

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: Kemal Zulovic, 22995958  
Vår ref.: 16/328-64  
Deres ref.:  
Dato: 07.04.2017

## Vedtak etter klage fra Green Cargo AB

### 1 Innledning

Statens jernbanetilsyn (tilsynet) viser til varsel om vedtak av 19. desember 2016 etter klage fra Green Cargo AB (Green Cargo), og kommentarer til varselet fra henholdsvis Bane NOR SF (det tidligere Jernbaneverket; i det videre «Bane NOR») av 31. januar 2017 og Green Cargo av 27. januar 2017. Klagen fra Green Cargo av 31. mars 2016<sup>1</sup> gjelder Bane NORs beslutning av 8. mars 2016 om tildeling av ruteleier som ble tilgjengelige som følge av Cargolink AS (Cargolink) sin markedsuttrede i mars samme år. Klagen retter seg spesifikt mot Bane NORs tildeling av det ene av to tilgjengeliggjorte ruteleier på strekningen Alnabru-Trondheim (det omstridte ruteleiet) til CargoNet AS (CargoNet) fremfor Green Cargo. Tilsynet beklager at det har tatt lang tid å behandle saken.

Green Cargo har i klagen anført to grunnlag for hvorfor det omstridte ruteleiet skulle ha vært tildelt Green Cargo. For det første mener Green Cargo at tildelingen «ikke er foretatt i henhold til gjeldende fordelingskriterier».<sup>2</sup> For det andre mener Green Cargo at beslutningen medfører en «klar forverring av konkurransesituasjonen» på strekningen Alnabru – Trondheim.<sup>3</sup>

Klagen er fremsatt i medhold av den tidligere gjeldende fordelingsforskriften § 9-4, som etter første ledd oppstilte adgang til å klage til tilsynet over blant annet tildeling av infrastrukturkapasitet. Etter fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd hadde tilsynet myndighet til å pålegge korrigerende tiltak.

I varsel av 19. desember 2016 er tilsynets vurdering av anførselen angående Bane NORs anvendelse av fordelingskriterier basert på den tidligere gjeldende fordelingsforskriften. Green Cargos anførsel knyttet til konkurransesituasjonen på strekningen Alnabru-Trondheim er vurdert etter den tidligere jernbaneforskriften § 8-3, hvoretter tilsynet «på grunnlag av klage eller på

<sup>1</sup> Datoer referert i dette dokumentet er fra 2016, med mindre noe annet er presisert  
<sup>2</sup> Siste avsnitt på side 2 av klagen; tilsvarende første avsnitt under punkt 4 på side 5 av klagen  
<sup>3</sup> Klagen side 5, første avsnitt under punkt 4

eget initiativ» hadde myndighet til å pålegge nødvendige tiltak for å korrigere en uønsket markedsutvikling.

Fordelingsforskriften og den tidligere jernbaneforskriften har blitt opphevet med virkning fra 1. januar 2017. De tidligere forskriftsbestemmelsene av betydning for denne saken er i all hovedsak videreført i den nye jernbaneforskriften, som trådte i kraft fra samme tidspunkt. Hva gjelder fordelingsforskriften §§ 9-4 første ledd og 9-5 annet ledd vises det til den nye jernbaneforskriften § 11-2, mens det for den tidligere jernbaneforskriften § 8-3 vises til den nye jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd.

Tilsynets vurderinger av Bane NORs anvendelse av fordelingskriterier og konkurransesituasjonen på strekningen Alnabru-Trondheim fremgår av henholdsvis punkt 3 og punkt 4 nedenfor. Forholdet mellom de tidligere gjeldende forskriftene og den nye jernbaneforskriften er behandlet under de respektive punktene.

Det tidligere Jernbaneverket har med virkning fra 1. januar 2017 blitt avviklet. Det tidligere 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 det tidligere Jernbaneverkets stilling i klagesaken.<sup>4</sup> Det tidligere Jernbaneverket vil i vedtaket bli referert til som Bane NOR også for perioden frem til 2017.

Tilsynet har som ledd i saksbehandlingen innhentet skriftlig informasjon fra Bane NOR, Green Cargo og CargoNet.<sup>5</sup> Tilsynet har videre avholdt møter med Bane NOR, Green Cargo og CargoNet henholdsvis 19. april, 3. mai og 20. mai 2016. Tilsynet har også innhentet skriftlig informasjon fra Cargolinks tidligere kunder Autolink AS, Posten Norge AS, PostNord AS og DB Schenker AS (henholdsvis Autolink, Posten, PostNord og DB Schenker).<sup>6</sup>

## **2 Sakens faktum og partenes anførsler**

### **2.1 Bakgrunn for Bane NORs beslutning av 8. mars 2016**

Bane NOR er som infrastrukturforvalter ansvarlig for å fordele infrastrukturkapasitet på det statlige jernbanenettet. Kapasiteten tildeles i form av ruteleier, som gir en rett til å benytte en angitt strekning i et angitt tidsrom. Bane NORs tildeling av ruteleier er i stor grad regulert i fordelingsforskriften.

De fleste ruteleier tildeles som ledd i den årlige ruteplanprosessen og innebærer en rett til å disponere tildelte ruteleier for hele den kommende ruteplanperioden. I tillegg tildeler Bane NOR individuelle ruteleier på ad hoc-basis i løpet av inneværende ruteplanperiode.

Cargolink ble for ruteplanperioden 2016 tildelt en rekke ruteleier på ulike strekninger, herunder to ruteleier på strekningen Alnabru-Trondheim. CargoNet ble for samme ruteplanperiode opprinnelig tildelt tre ruteleier på strekningen Alnabru-Trondheim.

---

<sup>4</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>5</sup> Brev av 5. april og e-post av 11. april med vedlegg fra Jernbaneverket, brev av 18. mai og e-poster av 1. juni og 8. juni fra CargoNet, brev av 19. mai fra Green Cargo

<sup>6</sup> Brev til tilsynet fra Autolink av 10. juni; Posten av 10. juni; PostNord av 7. juni; DB Schenker av 20. juni

Som følge av Cargolinks markedsuttrede ble samtlige ruteleier disponert av Cargolink, herunder de to ruteleiene på strekningen Alnabru-Trondheim, gjenstand for refordeling i løpet av ruteplanperioden for 2016.

Refordeling av et større antall ruteleier for resten av en ruteplanperiode i løpet av en ruteplanperiode er ikke spesifikt regulert i fordelingsforskriften. Hvordan slike situasjoner skal håndteres er heller ikke omtalt i Bane NORs nettveiledning.

Bane NOR innledet ved e-post av 19. februar 2016 en særskilt prosess for fordeling av Cargolinks ruteleier. E-posten var adressert til samtlige godsforetak med sportilgangsavtale (AST) under henvisning til at Bane NOR ønsket «å ivareta interessene til alle aktørene i markedet og hensynet til konkurransenøytralitet».

I e-posten av 19. februar ble det ikke opplyst om videre prosess eller hvilke prinsipper og kriterier fordelingen ville foretas etter i tilfelle søknadskonflikt.

Innen den oppstilte søknadsfristen mottok Bane NOR søknader fra Green Cargo og CargoNet. Det var ingen øvrige søkere. Green Cargo og CargoNet søkte om flere av de samme ruteleiene, inkludert de to ruteleiene på strekningen Alnabru-Trondheim.

Som følge av de kolliderende søknadene sendte Bane NOR 2. mars 2016 et brev til de to søkerne. Brevet ble ikke sendt til øvrige godsforetak. I brevet ble det opplyst at ruteleiene ble antatt kun å ha relevans for den søkeren som ville videreføre Cargolinks tidligere trafikk, og at ruteleiene «vil derfor i utgangspunktet bli tildelt det foretaket som kan dokumentere dette». I brevet ble det videre opplyst at nærmere angitte fordelingskriterier vil bli lagt til grunn dersom Cargolinks trafikk ble delt mellom søkerne «eller at det er tilkommet ny trafikk». Kriteriene var som følger, der de to første ble fremhevet som særlig sentrale:

1. Søkers reelle behov for ruteleier, enten basert på inngåtte avtaler om transporttjenester, eller basert på søkers utsikt til å inngå slike avtaler.
2. Kort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen, der det blant annet legges vekt på forutsigbarhet for brukerne av transporttjenester og et robust og stabilt togtilbud.
3. En optimal utnyttelse av infrastrukturen, herunder blant annet i hvilken grad tidligere tildelte ruteleier er blitt benyttet.
4. Miljøhensyn, herunder blant annet energieffektivt togmateriell.

Søkerne ble på denne bakgrunn bedt om å gi Bane NOR tilbakemelding med hensyn til i hvilken grad søknadene skulle etterkommes innen 7. mars kl. 9.00.

CargoNet og Green Cargo ga begge tilbakemeldinger innen den fastsatte fristen. CargoNets tilbakemelding var i stor grad basert på egen redegjørelse og fremlagte volumestimer, i tillegg til et vedlagt tilsagn fra Autolink om overtakelse av Cargolinks tidligere oppdrag for Autolink.<sup>7</sup> Green Cargos tilbakemelding besto i større grad av vedlagte tilsagn fra flere av Cargolinks tidligere kunder.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Brev fra CargoNet av 7. mars med vedlagt tilsagn fra Autolink og e-post til Jernbaneverket fra CargoNet av 7. mars kl. 08.53

<sup>8</sup> E-post fra Green Cargo av 4. mars med vedlagte tilsagn fra kundene DB Schenker, DSV, Post Nord og Posten (inntatt som bilag 10-14 til klagen)

Bane NOR fattet 8. mars 2016 beslutning om tildeling av ruteleiene etter Cargolink. På strekningen Alnabru-Trondheim ble søkerne tildelt et ruteleie hver. Ettersom CargoNet allerede i forkant av tildelingen disponerte tre ruteleier på strekningen, endte CargoNet og Green Cargo dermed opp med å disponere henholdsvis fire ruteleier og ett ruteleie på strekningen.

Beslutningen av 8. mars er begrunnet med hensynet til å unngå «en situasjon med monopol i markedet» og en forventet «økning i godstransport fra vei til bane». Begrunnelsen er ikke spesifikt knyttet opp mot enkeltstrekninger.

## **2.2 Partenes anførsler**

### **2.2.1 Green Cargos vesentligste anførsler**

Green Cargo har som nevnt anført at det omstridte ruteleiet skulle ha vært tildelt Green Cargo på bakgrunn av de oppstilte fordelingskriteriene og under henvisning til konkurransehensyn. Green Cargo har anmodet om at Bane NORs beslutning omgjøres i tråd med dette.<sup>9</sup>

Hva gjelder Bane NORs anvendelse av de oppstilte kriteriene har Green Cargo særlig vist til at Green Cargo mener å ha overtatt 77 % av Cargolinks tidligere trafikk, hvorav kunderelasjoner tilsvarende 70 % var opplyst om i forkant av Bane NORs beslutning.<sup>10</sup> Med hensyn til konkurransesituasjonen har Green Cargo påpekt at CargoNet allerede i forkant av tildelingen hadde tre ruteleier på strekningen Alnabru-Trondheim, og at tildelingen dermed medførte at CargoNets posisjon på strekningen ble styrket sammenlignet med situasjonen før Cargolink trakk seg ut av markedet.<sup>11</sup>

Green Cargo har i kommentarer til tilsynets varsel uttalt at Green Cargo er enig i tilsynets vurderinger, og antar at tilsynets varslede pålegg vil bidra til at det i fremtiden ikke skjer tilsvarende brudd på kravet om likebehandling. Green Cargo finner imidlertid grunn til å gi uttrykk for at det er beklagelig at behandlingen av klagen har tatt lang tid. Dette har ført til at Green Cargo ikke oppnådde hovedformålet med klagen selv om tilsynet fant den begrunnet.

### **2.2.2 Bane NORs vesentligste anførsler**

Bane NOR har i møte med tilsynet 19. april uttalt at CargoNets søknad ble ansett for å være bedre enn Green Cargos søknad, og at CargoNets angivelse av forventede volumer ble tillagt betydning. Dette er gjentatt i Bane NORs kommentarer til tilsynets varsel.<sup>12</sup> Bane NOR uttalte i nevnte møte at Bane NOR ikke hadde oversikt over hvor stor del av Cargolinks tidligere kundevolumer som lå an til å bli overtatt av Green Cargo i forkant av beslutningen, og at tildelingen av det omstridte ruteleiet potensielt kunne ha blitt en annen hvis Bane NOR hadde slik kjennskap.

Bane NOR opplyste videre at forbehold om kommersielle betingelser mv. i Green Cargos vedlagte kundetilsagn hadde skapt usikkerhet om hvorvidt Green Cargo faktisk ville overta den relevante trafikken.

Bane NOR har i kommentarer til tilsynets varsel uttalt at de oppstilte fordelingskriteriene ikke var uklare eller ga uttrykk for at videreføring av Cargolinks trafikk ville vektlegges særskilt. Bane

---

<sup>9</sup> Klagen side 5, andre avsnitt under punkt 4

<sup>10</sup> Klagen side 4

<sup>11</sup> Klagen side 5

<sup>12</sup> Bane NORs kommentarer til tilsynets varsel av 31. januar 2017 side 3

NOR mener at tildelingen av det omstridte ruteleiet ikke innebar forskjellsbehandling av Green Cargos og CargoNets søknader sett hen til den totale tildelingen av ruteleier etter Cargolink. Videre mener Bane NOR at det ikke var nødvendig å opplyse om relevante fordelingsprinsipper og –kriterier allerede da prosessen ble innledet, og at de aktuelle forskriftsbestemmelsene ikke gir grunnlag for å utlede spesifikke saksbehandlingskrav knyttet til situasjoner som den foreliggende.

I kommentaren til varselet drøfter Bane NOR rekkevidden av § 8-3 i tidligere jernbaneforskrift og stiller seg tvilende til om bestemmelsen gir hjemmel for tilsynet til å gripe inn i enkeltsaker. Videre ønsker Bane NOR at tilsynet avklarer om inngrepshjemmelen etter § 8-3 står på selvstendig grunnlag, slik at den også kan anvendes mot kapasitetsfordelinger som ikke er i strid med fordelingsreglene.

Bane NORs kommentarer til varselet er utdypet og adressert i tilsynets vurderinger nedenfor.

### **2.2.3 CargoNets vesentligste anførsler**

CargoNet har i møte med tilsynet 20. mai 2016 uttalt at selskapet i fravær av det omstridte ruteleiet ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å betjene Autolink, som CargoNet overtok transporten for etter Cargolink. CargoNet har videre opplyst at selskapet også etter tildelingen av det omstridte ruteleiet ikke har tilstrekkelig kapasitet til å imøtekomme all kundeetterspørsel.<sup>13</sup> CargoNet mener at selskapet hadde et reelt behov for det omstridte ruteleiet.

CargoNet hadde ingen kommentarer tilsynets varsel om vedtak, men viste til sine tidligere kommentarer i saken.

## **3 Tilsynets vurderinger etter den tidligere fordelingsforskriften**

### **3.1 Rettslig utgangspunkt og vurderingstemaer**

Fordeling av infrastrukturkapasitet var på tidspunktet for Bane NORs tildelingsbeslutning regulert i fordelingsforskriften. Tilsynets vurdering av hvorvidt tildelingen var i tråd med relevant regelverk vil derfor baseres på de relevante bestemmelsene i fordelingsforskriften.

De relevante bestemmelsene i fordelingsforskriften er som nevnt i all hovedsak videreført i den nye jernbaneforskriften. Med mindre noe annet fremgår, legger tilsynet til grunn at tilsynets vurderinger knyttet til fordelingsforskriften vil gjøre seg gjeldende for de korresponderende bestemmelsene i den nye jernbaneforskriften.

Ettersom de relevante bestemmelsene i fordelingsforskriften i all hovedsak er videreført i den nye jernbaneforskriften omtales de i det videre i presensform.

Fordelingsforskriften inneholder både regler som kun gjelder for bestemte typer situasjoner, og regler som gjelder generelt ved all kapasitetsfordeling<sup>14</sup>.

Blant reglene som gjelder for bestemte typer situasjoner kan det særlig sondres mellom regler knyttet til den årlige ruteplanen og regler knyttet til ad hoc-søknader om individuelle ruteleier. Reglene knyttet til den årlige ruteplanen er betydelig mer utførlige. Ad hoc-søknader er særskilt,

<sup>13</sup> Brev fra CargoNet til tilsynet av 18. mai, nest siste avsnitt

<sup>14</sup> Med «kapasitet» siktes det i dette varselet til infrastrukturkapasitet, med mindre noe annet fremgår eksplisitt eller av konteksten.

men kortfattet regulert i fordelingsforskriften § 7-11. Bestemmelsen er videreført i den nye jernbaneforskriften § 8-7.

Blant reglene som gjelder generelt for all kapasitetsfordeling er fordelingsforskriften § 3-1 særlig sentral. Bestemmelsen er videreført i den nye jernbaneforskriften § 4-1.<sup>15</sup> I henhold til bestemmelsen plikter Bane NOR som infrastrukturforvalter å tilby den minste pakken med tjenester uten forskjellsbehandling. Den minste pakken er beskrevet i forskriftens vedlegg 1 punkt 1, og omfatter blant annet behandling av søknader om infrastrukturkapasitet, rett til å bruke tildelt kapasitet og tjenester/informasjon som er nødvendig for å kunne bruke kapasiteten.<sup>16</sup>

Etter tilsynets oppfatning gir fordelingsforskriften § 3-1 uttrykk for et overordnet prinsipp som er ment å ivareta et av de helt sentrale formålene bak fordelingsforskriften, nemlig å sikre aktørene tilgang til jernbanenettet på ikke-diskriminerende vilkår. Tilsynet anser at flere av forskriftens øvrige bestemmelser i stor grad har som funksjon å utfylle og supplere nettopp dette prinsippet, herunder blant annet forskriftens krav om at kapasitetsfordelingen skal foretas etter forutsigbare og transparente kriterier og at samtlige aktører skal gis tilgang til informasjon om tilgjengelig kapasitet.

Bane NOR har i kommentarer til varselet uttrykt at fordelingsforskriften § 3-1 «først og fremst er en materiell bestemmelse, mens tilsynet i dette tilfelle synes å ha utledet krav til saksbehandlingen av bestemmelsen».<sup>17</sup>

Tilsynet er uenig i at § 3-1 ikke gir grunnlag for å utlede krav til Bane NORs saksbehandling, og viser til at bestemmelsen eksplisitt omfatter Bane NORs «behandling av søknader om infrastrukturkapasitet».<sup>18</sup> 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 tilsynets oppfatning en nødvendig forutsetning for å sikre ikke-diskriminerende og materielt sett riktige tildelinger.

Bane NOR gir videre slik tilsynet forstår det i kommentarene uttrykk for at § 3-1 er for overordnet til å oppstille spesifikke krav.<sup>19</sup> Tilsynet vil påpeke at bestemmelser om å tilby ikke-diskriminerende tilgang finnes i flere sektorregelverk, inkludert energilovforskriften § 4-4 bokstav d og offentlignettforskriften § 3-2. At slike bestemmelser gir grunnlag for å utlede spesifikke krav er lagt til grunn i praksis fra ulike tilsynsmyndigheter.<sup>20 21</sup>

Fordelingsforskriften er i stor grad en implementering av direktiv 2001/14/EF. Direktivet og praksis knyttet til dette er dermed relevante for forståelsen av forskriftens bestemmelser.

Direktiv 2001/14/EF er innenfor EU-retten erstattet av direktiv 2012/34/EU. Sistnevnte forventes å bli inntatt i EØS-avtalen, og ligger til grunn for den nye jernbaneforskriften. Direktiv

<sup>15</sup> Bestemmelsens ordlyd og struktur er noe endret i den nye jernbaneforskriften, men tilsynet legger til grunn at dens materielle innhold er uendret sammenlignet med fordelingsforskriften § 3-1.

<sup>16</sup> Herunder blant annet operativ trafikkstyring og nødvendig informasjon.

<sup>17</sup> Bane NORs kommentarer til varselet av 31. januar 2017, andre nye avsnitt på side 4.

<sup>18</sup> Jf. fordelingsforskriften vedlegg 1 punkt 1 bokstav a. I den nye jernbaneforskriften fremgår det samme av § 4-1.

<sup>19</sup> Bane NORs kommentarer til varselet av 31. januar 2017, andre nye avsnitt på side 4.

<sup>20</sup> Se blant annet vedtak og varsel om tvangsmulkt av 16. desember 2016 fra Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE). Tilgjengelig via følgende link: [https://www.nve.no/Media/5175/31-201604653-5-klage-p%C3%A5-manglende-informasjon-fra-hafslund-nett-ifm-levering-av-str%C3%B8m-fra-plus-1894150\\_31\\_1.pdf](https://www.nve.no/Media/5175/31-201604653-5-klage-p%C3%A5-manglende-informasjon-fra-hafslund-nett-ifm-levering-av-str%C3%B8m-fra-plus-1894150_31_1.pdf)

<sup>21</sup> Se blant annet vedtak fra det tidligere Post- og teletilsynet (i dag Nasjonal kommunikasjonsmyndighet/Nkom), dokument nr. 8:72 (2002-2003). Tilgjengelig via følgende link: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Representantforslag/2002-2003/dok8-200203-072/3/>

2012/34/EU inneholder enkelte presiseringer og utdypinger av bestemmelsene i direktiv 2001/14/EF. I den grad slike presiseringer og utdypinger ikke innebærer noen materiell forskjell fra norsk regelverk, antar tilsynet at direktiv 2012/34/EU kan ha relevans for tolkningen av fordelingsforskriften.

Bane NOR har i nettveiledningen gitt utfyllende/supplerende opplysninger om prosessuelle og materielle forhold knyttet til kapasitetsfordeling. I nettveiledningen punkt 1.4.1 er det uttalt at dokumentet i utgangspunktet er rent informativt. Etter tilsynets vurdering vil imidlertid nettveiledningen på enkelte områder kunne skape legitime forventninger hos jernbaneaktørene, og dermed – innenfor rammene av fordelingsforskriften – legge føringer for Bane NORs handlingsrom.

I den videre vurderingen vil tilsynet med utgangspunkt i fordelingsforskriften § 3-1 først vurdere Bane NORs overordnede utforming av prosess og kriterier for fordeling av ruteleier etter Cargolink i punkt 3.2. Deretter vil tilsynet i punkt 3.3 vurdere Bane NORs gjennomføring av den oppstilte prosessen, med særlig fokus på Bane NORs behandling av partenes søknader og anvendelse av de oppstilte kriteriene.

Bane NOR har i kommentarer til varselet anført at sontringen mellom utforming av prosess og kriterier og gjennomføring av prosessen fremstår som kunstig, og at det avgjørende er hvorvidt tildelingen «samlet sett» er i strid med forskriften.<sup>22</sup> Tilsynet anser sontringen for å bidra til å tydeliggjøre de ulike problemstillingene, og anser at en alternativ samlet fremstilling ikke ville ha påvirket tilsynets materielle vurderinger og konklusjoner.

I punkt 3.4 drøfter tilsynet hvorvidt det på bakgrunn av tilsynets vurdering av prosessen er grunnlag for korrigerende tiltak i medhold av den nye jernbaneforskriften §§ 11-2 annet ledd og 11-1 syvende ledd.

### **3.2 Bane NORs utforming av fordelingsprosess og -kriterier**

Etter tilsynets oppfatning utgjør Bane NORs refordeling av ruteleier som følge av Cargolinks markedsuttrede en særskilt situasjon som ikke er spesifikt regulert i fordelingsforskriften. Den særskilte situasjonen det her siktes til gjelder refordeling av ruteleier som opprinnelig ble tildelt under siste årlige ruteplanprosess, men som tilbakeleveres til infrastrukturforvalter i løpet av ruteplanperioden. Som det fremgår i det følgende tilsier den manglende reguleringen at Bane NOR selv – og innenfor rammen av forskriftens generelle regler om kapasitetsfordeling – har ansvar for å fastlegge nærmere prinsipper og kriterier for behandlingen av denne typen situasjoner.

Klare og forutsigbare prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling er etter tilsynets oppfatning et viktig element i å sikre likebehandling i tråd med fordelingsforskriften § 3-1. Sammenhengen mellom tilgang til nødvendig informasjon og likebehandling er omtalt i fortalen til direktiv 2001/14/EF, der det uttales at «[t]o ensure transparency and non-discriminatory access to rail infrastructure for all railway undertakings all the necessary information required to use access rights are to be published in a network statement».<sup>23</sup>

Kravene til klare og forutsigbare kapasitetsfordelingsprinsipper har kommet til uttrykk i fordelingsforskriften § 2-2 punkt 3, som angir at Bane NORs nettveiledning «skal inneholde [...]

<sup>22</sup> Bane NORs kommentarer til tilsynets varsel av 31. januar 2017 side 2

<sup>23</sup> Fortalens premiss 5. Tilsvarende fremgår av premiss 34 i fortalen til direktiv 2012/34/EU.

[o]pplysninger om prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling», inkludert «fremgangsmåten for inngivelse av søknader om kapasitet» og «søknadens innhold». Det siste er også uttrykt i forskriften § 5-2 andre setning, hvor det presiseres at Bane NOR «fastsetter [...] krav til søknadens innhold». Fordelingsforskriften § 2-2 punkt 3 og § 5-2 er videreført i den nye jernbaneforskriften § 5-2 bokstav c og § 8-2.

For at opplysninger om prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling skal kunne bidra til å skape forutsigbarhet, klarhet og likebehandling, er det en forutsetning at de opplyste prinsippene og kriteriene faktisk følges. Dette tilsier etter tilsynets oppfatning at forskriften § 2-2 punkt 3 og § 5-2, som tolket i lys av forskriften § 3-1 og bestemmelsens bakenforliggende formål, innebærer at Bane NOR som hovedregel må anses bundet av de prinsippene og kriteriene som har blitt oppstilt.

Kravet i forskriften §§ 2-2 punkt 3 og 5-2 om å opplyse om fordelingsprinsipper og –kriterier og søknaders innhold i nettveiledningen er etter bestemmelsens ordlyd ikke begrenset til spesifikke fordelingssituasjoner (som den årlige ruteplanprosessen). Etter tilsynets oppfatning gjør behovet for klare og forutsigbare prinsipper og kriterier seg gjeldende for alle fordelingssituasjoner, og tilsynet kan ikke se at det foreligger grunn til å tolke ordlyden innskrenkende i denne sammenheng. Opplysningkravene i forskriften §§ 2-3 punkt 3 og 5-2 må dermed anses å gjelde for alle aktuelle fordelingssituasjoner, inkludert (re)fordeling av et større antall ruteleier i løpet av en ruteplanperiode.

Det foregående tilsier etter tilsynets oppfatning at konfliktsituasjoner tilsvarende den som oppsto som følge av Cargolinks markedsuttrede skulle ha vært nærmere regulert i Bane NORs nettveiledning.

På tidspunktet for Bane NORs refordeling av ruteleier etter Cargolink forelå det imidlertid ingen særskilte bestemmelser om slike situasjoner i nettveiledningen. Bane NOR var dermed henvist til å fastlegge konkret hvordan den aktuelle situasjonen skulle håndteres. Som beskrevet i det følgende etablerte Bane NOR en egen søknadsprosess med særskilte kriterier for fordelingen. Prosessen ble innledet ved at Bane NOR informerte samtlige godsforetak om den tilgjengeliggjorte kapasiteten etter Cargolinks uttrede fra markedet ved e-post av 19. februar. De aktuelle godsforetakene ble gitt anledning til å søke om kapasiteten innenfor den oppstilte fristen 1. mars.

Det fremgår av Bane NORs e-post av 19. februar at bakgrunnen for å informere alle aktuelle godsforetak var et ønske om «å ivareta interessene til alle aktørene i markedet og hensynet til konkurransenøytralitet». Henvisningen til konkurransenøytralitet synes å være utledet av en intern vurdering foretatt av Bane NORs juridiske avdeling i januar 2016, der det særskilt vises til fordelingsforskriften § 7-1 andre ledd og kravet om at alle potensielle søkere skal opplyses om ledig kapasitet.<sup>24</sup>

Tilsynet er enig i Bane NORs vurdering av fordelingsforskriften § 7-1. Det vises i denne sammenheng også til at Bane NOR etter fordelingsforskriften § 3-1 plikter å tilby infrastrukturkapasitet uten forskjellsbehandling, noe som forutsetter at alle aktører informeres om ledig kapasitet for dermed å gis reell anledning til å søke.

---

<sup>24</sup> Intern e-post til Jernbaneverkets markedsdirektør av 28. januar 2016



Innen den oppstilte fristen mottok Bane NOR søknader fra CargoNet og Green Cargo, som begge søkte om blant annet de to ruteleiene som Cargolink tidligere hadde disponert på strekningen Alnabru-Trondheim. Det var ingen øvrige søkere.

Bane NOR informerte CargoNet og Green Cargo om søknadskonflikten ved brev av 2. mars. I brevet ble det også angitt nærmere kriterier for tildelingen. De to søkerne ble bedt om å inngi relevant informasjon og dokumentasjon innen 7. mars kl. 09:00; dagen før Bane NOR fattet sin endelige beslutning.

Der det på grunn av manglende omtale av relevante prinsipper og kriterier i nettveiledningen viser seg å være nødvendig å etablere en egen prosess og relevante kriterier i en konkret sak må forskriftens generelle krav til likebehandling, forutsigbarhet og klarhet like fullt følges. Tilsynet vil i det videre vurdere hvorvidt den konkret oppstilte prosessen med kriterier oppfylte disse kravene.<sup>25</sup>

Etter tilsynets oppfatning må utgangspunktet for vurderingen av Bane NORs prosess og kriterier særlig bero på e-posten av 19. februar og brevet av 2. mars sett i sammenheng. Som nevnt ble refordelingsprosessen innledet ved e-posten av 19. februar adressert til samtlige godsforetak med AST, mens nærmere prinsipper og kriterier for fordelingen først ble oppstilt i brev av 2. mars som var adressert kun til de to søkerne CargoNet og Green Cargo.

Som en innledende bemerkning mener tilsynet at prosessen og kriteriene, herunder krav til søknadens innhold og dokumentasjon, skulle ha vært klargjort allerede ved Bane NORs første e-post til godsforetakene. Dette er en naturlig følge av kravet om å opplyse om relevante fordelingsprinsipper og –kriterier i nettveiledningen etter fordelingsforskriften § 2-2 punkt 3, og kravet om likebehandling i forskriften § 3-1. Etter tilsynets oppfatning er det ikke forenelig med kravet om tilgang til lik informasjon og likebehandling av potensielle interessenter at Bane NOR ved brev av 2. mars introduserte nye kriterier som ikke var nevnt i e-posten av 19. februar. Introduksjonen av nye kriterier innebar at andre godsforetak enn de to opprinnelige søkerne ikke ble tilstrekkelig opplyst om relevante fordelingskriterier før de besluttet ikke å søke. Det kan ikke utelukkes at enkelte av de øvrige godsforetakene hadde vært interessert i å søke dersom det i e-posten av 19. februar hadde blitt opplyst om at også ny trafikk kunne gi grunnlag for tildeling i tilfelle av en konflikt med en søknad om ruteleie for å videreføre Cargolinks tidligere trafikk. Introduksjonen av nye fordelingskriterier ved brev av 2. mars innebærer dermed etter tilsynets vurdering at øvrige interessenter ikke ble gitt reell anledning til å søke på ruteleiene på likeverdige vilkår i tråd med fordelingsforskriften § 3-1, jf. §§ 2-2 punkt 3 og 5-2.

Bane NOR har i denne sammenheng kommentert at tilsynet ikke har tatt hensyn til viktigheten av en rask kunngjøring av den ledige kapasiteten.<sup>26</sup> Tilsynet anerkjenner hensynet til å foreta en rask kunngjøring, og har forståelse for at det kunne være vanskelig å utarbeide prinsipper og kriterier i løpet av et døgn etter Cargolinks fraskrivelse 18. februar 2016.<sup>27</sup> Tilsynet vil imidlertid påpeke at Bane NOR allerede i januar samme år var kjent med at Cargolink skulle legge ned virksomheten og i den forbindelse vurderte om det «lar seg gjøre å overføre ruteleier fra Cargolink til CargoNet».<sup>28</sup> Bane NOR hadde dermed en foranledning flere uker i forkant av fraskrivelsen til å forberede relevante prinsipper og kriterier. Uavhengig av den konkrete

<sup>25</sup> Anvendelsen av de oppstilte kriteriene er nærmere behandlet i punkt 3.3 nedenfor.

<sup>26</sup> Bane NORs kommentarer til varselet av 31. januar 2017 side 2

<sup>27</sup> E-post fra Autoiink til Bane NOR av 18. februar 2016

<sup>28</sup> E-post fra Bane NORs juridiske avdeling til trafikkdirektøren 28. januar 2016

situasjonen skulle Bane NOR i tråd med tilsynets vurderinger ovenfor i alle tilfelle allerede ha utarbeidet og opplyst om relevante prinsipper og kriterier i nettveiledningen, som dermed hadde vært tilgjengelige for alle potensielle søkere på kunngjøringstidspunktet. Tilsynet kan dermed ikke se at behovet for rask kunngjøring legitimerer den manglende informeringen om prinsipper og kriterier for fordelingen.

Videre er det tilsynets oppfatning at den oppstilte prosessen og kriteriene også skapte uforutsigbarhet og manglende klarhet for de to involverte søkerne. Et sentralt tema i denne sammenheng er etter tilsynets oppfatning i hvilken grad prinsippene og kriteriene var egnet til å skape usikkerhet med hensyn til betydningen av trafikk knyttet til Cargolinks tidligere kunder ville bli tillagt sammenlignet med nytilkommen trafikk.

E-posten av 19. februar innleder med å informere om at Cargolink har fraskrevet seg samtlige ruteleier i Norge. Videre uttaler Bane NOR at søknadsfristen – satt til 1. mars – er oppstilt med sikte på å «tilpasse den situasjonen som har oppstått» og «sørge for at mest mulig av trafikken kan opprettholdes på jernbanen». E-postens innledning og de siterte formuleringene er etter tilsynets oppfatning egnet til å skape inntrykk av at videreføring av Cargolinks tidligere trafikk ville være det primære hensynet ved refordelingen av ruteleiene.

At videreføring av Cargolinks tidligere trafikk fremheves som det sentrale fordelingsprinsippet styrkes av de innledende delene av Bane NORs brev av 2. mars, der Bane NOR uttaler at ruteleiene «i utgangspunktet vil bli tildelt det foretaket som kan dokumentere [at det viderefører] trafikk som har foregått i Cargolink AS sin regi».

I brevet av 2. mars – som kun ble sendt til de to søkerne – er det imidlertid også gitt uttrykk for at eventuell nytilkommen trafikk vil tas i betraktning, og at ny trafikk til og med vil kunne være et selvstendig grunnlag for å fravike utgangspunktet om tildeling basert på dokumentert videreføring av Cargolinks trafikk. I brevet er det således uttalt at nærmere angitte kriterier vil legges til grunn dersom Cargolinks trafikk blir delt mellom søkerne «*eller* at det er tilkommet ny trafikk» (tilsynets kursivering). Formuleringene kan forstås som å gi uttrykk for at nytilkommen trafikk vil kunne være et selvstendig grunnlag for å fravike utgangspunktet om tildeling på bakgrunn av videreføring av Cargolinks tidligere trafikk.

De siterte uttalelsene fremstår for tilsynet som uklare og delvis motstridende med hensyn til betydningen av Cargolinks tidligere trafikk sammenlignet med nytilkommen trafikk. Fastsettelse av uklare og delvis motstridende fordelingsprinsipper og -kriterier i løpet av fordelingsprosessen skaper uforutsigbarhet og uklarhet med hensyn til hvilke forhold som vil vektlegges tyngst ved tildelingen, og dermed hvilke opplysninger og dokumenter søkerne bør fremlegge overfor Bane NOR.

Bane NOR har i kommentarer til varselet uttalt at de er uenige i at prinsippene og kriteriene oppstilt i brevet av 2. mars skapte uklarhet for søkerne ettersom det fremgikk av brevet at både Cargolinks tidligere trafikk og ny trafikk ville vektlegges.<sup>29</sup> Som det fremgår av forrige avsnitt og som utdypet i punkt 3.3 nedenfor, er det etter tilsynets oppfatning først og fremst *hvor stor vekt* Cargolinks tidligere trafikk ville tillegges sammenlignet med ny trafikk som fremstår som uklart utfra brevet av 2. mars. At prinsippene og kriteriene var uklare tydeliggjøres etter tilsynets oppfatning av at Green Cargo anså videreføring av Cargolinks trafikk for å være «det primære

---

<sup>29</sup> Bane NORs kommentarer til varselet av 31. januar side 2 siste avsnitt

hensynet og innrettet seg etter dette»<sup>30</sup>, mens CargoNet i sin søknad ikke differensierte mellom henholdsvis Cargolink-trafikk og annen trafikk.

I tillegg til å skape usikkerhet for søkerne, åpner uklare prinsipper og kriterier for skjønnsmessige og subjektive vurderinger fra Bane NORs side. Dette gjelder særlig der Bane NORs beslutning er kortfattet og i liten grad redegjør for hvordan de oppstilte prinsippene og kriteriene konkret har blitt anvendt. I beslutningen av 8. mars er det uttalt at Bane NOR har lagt vekt på å unngå at det «oppstår en situasjon med monopol», og at det «til og med kan forventes en økning i godstransport fra vei til bane». Videreføring av Cargolinks tidligere trafikk er derimot ikke spesifikt omtalt i beslutningen til tross for fokuset denne trafikken ble gitt i e-posten av 19. februar og brevet av 2. mars. Også de spesifikt oppstilte fordelingskriteriene er i liten grad adressert i Bane NORs beslutning. Bane NOR har i beslutningen heller ikke omtalt vurderinger knyttet til de enkelte ruteleier eller strekninger.

Den kortfattede og upresise begrunnelsen bidrar til å skape usikkerhet knyttet til hvilke fordelingsprinsipper og -kriterier Bane NOR faktisk vektla ved fordelingen av det omstridte ruteleiet, noe som gjør det vanskelig for søkerne og tilsynet som overvåkende myndighet å ta stilling til om tildelingen materielt sett var riktig. Etter hva tilsynet har fått opplyst fra Bane NOR, ble det heller ikke utarbeidet noen andre dokumenter som redegjør for Bane NORs vurdering av søknadene og dokumentasjonen til Green Cargo og CargoNet. Dette bidrar ytterligere til usikkerhet om grunnlaget for Bane NORs tildeling.

På bakgrunn av det foregående er det tilsynets vurdering at Bane NORs oppstilling av fordelingskriterier ikke oppfyller forskriften § 3-1 sitt krav om at ruteleier skal tilbys uten forskjellsbehandling.

Tilsynet kommer tilbake til de oppstilte fordelingsprinsippene og -kriteriene nedenfor i punkt 3.3 om Bane NORs gjennomføring av prosessen.

Oppsummeringsvis mener tilsynet at Bane NORs overordnede tilnærming og informering av samtlige godsforetak om lediggjort kapasitet i den konkrete situasjonen – gitt at fordelingsprosess og kriterier for denne type situasjoner ikke i forkant var omtalt i nettveiledningen – er i overensstemmelse med fordelingsforskriften.

Tilsynet finner imidlertid at opplysninger om relevante prinsipper og kriterier for situasjoner tilsvarende den som oppsto etter Cargolinks markedsuttreten på generell basis skulle ha vært gitt i nettveiledningen, slik som foreskrevet i fordelingsforskriften § 2-2 punkt 3 jf. § 3-1. Tilsynet anser videre at andre potensielle søkere enn Green Cargo og CargoNet ikke ble gitt tilstrekkelig informasjon om prosessen og relevante fordelingskriterier, ved at dette ikke ble opplyst om i e-posten av 19. februar. De opplyste fordelingskriteriene fremsto på bakgrunn av e-posten og brevet av 2. mars sett i sammenheng som uklare og delvis selvmotsigende særlig med hensyn til vektleggingen av Cargolinks tidligere trafikk, og var dermed etter tilsynets oppfatning ikke i henhold til kravene om forutsigbarhet og likebehandling etter fordelingsforskriften § 3-1. Videre er det tilsynets oppfatning at beslutningen av 8. mars i liten grad redegjør for hvilke hensyn som ligger til grunn for tildelingen av det omstridte ruteleiet, noe som gjør det vanskelig i etterkant å vurdere om tildelingen ble foretatt i tråd med oppstilte kriterier i henhold til fordelingsforskriften § 3-1, jf. §§ 2-2 punkt 3 og 5-2.

---

<sup>30</sup> Green Cargos kommentarer av 15. februar 2017 til Bane NORs brev av 31. januar 2017 punkt 3 femte avsnitt

### 3.3 Bane NORs tildeling og anvendelse av oppstilte kriterier

Tilsynet vil i det videre vurdere Bane NORs gjennomføring av den oppstilte tildelingsprosessen. Vurderingen vil særlig fokusere på hvorvidt Bane NORs anvendelse av de oppstilte fordelingskriteriene og behandling av partenes søknader var i tråd med kravet om at ruteleier skal tilbys uten forskjellsbehandling etter fordelingsforskriften § 3-1.

Som nevnt ovenfor uttrykte Bane NOR i brev av 2. mars at ruteleiene etter Cargolink i utgangspunktet ville bli tildelt det foretaket som kunne dokumentere å ha overtatt Cargolinks trafikk, men at nærmere angitte kriterier ville bli anvendt dersom Cargolinks tidligere trafikk ble delt mellom søkerne eller det var tilkommet ny trafikk. Kriteriene er referert i sin helhet i punkt 2.1 ovenfor.

Søkerne ble bedt om å underbygge søknadene sine under henvisning til de angitte kriteriene, og med særlig vekt på «[s]økers reelle behov for ruteleier, enten basert på inngåtte avtaler om transporttjenester, eller basert på søkers utsikt til å inngå slike avtaler» og «[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 har i møte med tilsynet 19. april gitt uttrykk for at de to øvrige kriteriene i liten grad ble vektlagt sammenlignet med det første, noe som for tilsynet i hovedsak ser ut til å være i samsvar med Green Cargo og CargoNets tilbakemeldinger.<sup>31</sup> Tilsynet vil i sin vurdering fokusere tilsvarende.

De spesifikke kriteriene må ses i sammenheng med e-posten av 19. februar og brevet av 2. mars for øvrig. Som omtalt ovenfor, underbygger disse etter tilsynets oppfatning at Cargolinks tidligere trafikk fremheves som det primære hensynet ved Bane NORs refordeling.

At videreføring av Cargolinks tidligere trafikk i forkant av Bane NORs beslutning fremsto som et sentralt fordelingskriterium underbygges av det andre kriteriets omtale av kort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen, med særlig henvisning til «forutsigbarhet for brukerne av transporttjenester og et stabilt og robust togtilbud». Tilsynet antar at det i all hovedsak er for Cargolinks tidligere kunder at avbrutte muligheter for jernbanetransport ville kunne skape uforutsigbarhet og manglende stabilitet.

På bakgrunn av Bane NORs uttrykte fokus på Cargolinks tidligere kunder/trafikk, mener tilsynet at de oppstilte prinsippene og kriteriene samlet sett ga søkerne rimelig grunn til å forvente at videreføring av Cargolinks tidligere trafikk ville vektlegges tyngre enn eventuell ny trafikk ved refordelingen av ruteleiene.

Til tross for dette fremstår det for tilsynet som at Bane NOR i forbindelse med refordelingen av ruteleier ikke har sondret mellom denne trafikken og annen trafikk. Hensynet til videreføring av Cargolinks tidligere trafikk er ikke nevnt i Bane NORs beslutning av 8. mars. Bane NOR bekreftet i møte med tilsynet 19. april at videreføring av Cargolinks tidligere trafikk ikke hadde blitt tillagt større vekt sammenlignet med annen trafikk ved fordelingen.

Bane NOR har i møte med tilsynet 19. april snarere gitt uttrykk for at de ved tildelingen av det omstridte ruteleiet la stor vekt på CargoNets konkrete volumangivelse i e-post av 7. mars. I e-posten opplyser CargoNet at selskapet «kan dokumentere» at kundene deres ønsker å plassere 310 TEU per uke i CargoNets tog på strekningen Alnabru-Trondheim. At

---

<sup>31</sup> Se brev fra CargoNet av 7. mars og brev fra Green Cargo av 4. mars

volumangivelsen ble tillagt sentral betydning fremgår også av Bane NORs kommentarer til varselet.<sup>32</sup>

Som utdypet i det følgende, er Bane NORs betydelige vektlegging av CargoNets volumangivelser etter tilsynets vurdering ikke i tråd med de oppstilte fordelingsprinsippene og – kriteriene.

For det første er det i volumangivelsene fra CargoNet ikke sondret mellom volumer som representerer en videreføring av Cargolinks tidligere trafikk og øvrige volumer. I lys av CargoNets redegjørelse av 7. mars, der også øvrige kunder enn de som tidligere hadde benyttet Cargolink er nevnt for strekningen Alnabru-Trondheim<sup>33</sup>, var det imidlertid grunn til å anta at deler av de angitte volumene ikke representerte en videreføring av Cargolinks tidligere trafikk.

På bakgrunn av tilsynets oppfatning om at de oppstilte prinsippene og kriteriene ga uttrykk for at Cargolinks tidligere trafikk ville vektlegges tyngre enn øvrig trafikk, tilsier den manglende sondringen at deler av CargoNets volumangivelser (altså de delene som ikke er knyttet til Cargolinks tidligere trafikk) har blitt tillagt større vekt enn prinsippene og kriteriene ga grunnlag for. Den uforholdsmessige vektleggingen av CargoNets volumer knyttet til øvrig trafikk tilsier samtidig at Green Cargos anførte trafikk knyttet til Cargolinks tidligere kunder har blitt tillagt korresponderende mindre vekt.

Det foregående innebærer at Bane NOR har fraveket de oppstilte prinsippene og kriteriene til CargoNets fordel og Green Cargos ulempe. En slik fravikelse er etter tilsynets vurdering i strid med kravet om at Bane NOR skal tilby ruteleier uten forskjellsbehandling etter fordelingsforskriften § 3-1.

For det andre finner tilsynet at Bane NOR skulle ha tydeliggjort betydningen av volumanslag overfor Green Cargo, eller eventuelt søkt å innhente tilsvarende opplysninger om Green Cargos trafikk på andre måter, før volumanslag fra CargoNet ble tillagt sentral betydning.

Som omtalt i punkt 3.2 ovenfor, var fordelingsprinsippene og -kriteriene som ble oppstilt av Bane NOR uklare og motstridende. Dette er reflektert i Green Cargo og CargoNets ulike tilnærminger i sine tilbakemeldinger til Bane NOR. Mens CargoNet i større grad baserte sin tilbakemelding på egen redegjørelse og spesifiserte (men overveiende udokumenterte) volumanslag, valgte Green Cargo snarere å dokumentere sin forventede overtakelse av betydelige deler av Cargolinks tidligere trafikk ved å oversende inngåtte avtaler med og tilsagn om avtaler fra Cargolinks tidligere kunder.

I klagen er det anført at kundeavtaler/tilsagn som ble vedlagt Green Cargos søknad representerer 70 prosent av den trafikken som tidligere ble transportert av Cargolink.<sup>34</sup> Bane NOR har i møte med tilsynet opplyst at Bane NOR ikke var kjent med hvor store volumer kundene som ble angitt av Green Cargo utgjorde på strekningen Alnabru-Trondheim. Bane NOR ga i møtet videre uttrykk for at tildelingen av det omstridte ruteleiet kunne ha blitt en annen

<sup>32</sup> Bane NORs kommentarer til varselet av 31. januar 2017 side 3

<sup>33</sup> På side 2 av redegjørelsen, under punktet «Dovrebanen», nevnes blant andre [REDACTED]

<sup>34</sup> Klagen side 3. I klagen anføres det i tillegg at Green Cargo overtok ytterligere 7 % representert ved Maersk Line etter tidspunktet for Jernbaneverkets beslutning.

dersom Bane NOR hadde hatt bedre kunnskap om hvor stor andel av Cargolinks tidligere trafikk som angivelig ble overtatt av Green Cargo.

Dersom volumanslag ble ansett som en viktig indikasjon på i hvilken grad partene oppfylte Bane NORs kriterier, skulle Bane NOR all den tid dette ikke fremgikk av Bane NORs e-post eller brev etter tilsynets oppfatning ha bedt om tilsvarende informasjon om Green Cargos forventede trafikk. Tilsynet viser i denne sammenheng særlig til fordelingsforskriften § 7-4, hvorav det følger at Bane NOR «så langt det er mulig [skal] ta hensyn til alle forhold av betydning for søkerne».<sup>35</sup> Ordlyden indikerer at Bane NOR i utgangspunktet har en selvstendig plikt til å identifisere og innhente relevante opplysninger, og sørge for et tilstrekkelig utredet faktisk grunnlag før en beslutning om tildeling tas.

Tilsynet bemerker at det i kommentarene til fordelingsforskriften § 7-4 er uttalt at det «er opp til søkeren å gi opplysninger om forhold som kan ha betydning for søkeren ved fordeling av ruteleier».<sup>36</sup> For å være i stand til å identifisere hvilke forhold som «kan ha betydning» ved tildelingen, og som det dermed er relevant å inngi opplysninger om, vil imidlertid en søker være avhengig av å motta informasjon om hvilke opplysninger og dokumentasjon søknaden skal inneholde fra Bane NOR. Slik tilsynet ser det må fordelingsforskriften § 7-4 og søkers plikt til å inngi relevante opplysninger ses i sammenheng med Bane NORs plikt til å oppstille klare og forutsigbare prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling i medhold av forskriften §§ 3-1 og 2-2 punkt 3, samt plikten til å fastsette krav til søknaders innhold etter forskriften § 5-2. Slik tilsynet ser det hadde Green Cargo på bakgrunn av de oppstilte prinsippene og kriteriene ikke oppfordring til å tydeliggjøre omfanget av den aktuelle trafikken i form av volumanslag.

Det foregående tilsier at Bane NOR skulle ha tydeliggjort betydningen av volumangivelser overfor Green Cargo og/eller innhentet tilsvarende informasjon om Green Cargos trafikk i forkant av tildelingen. Den manglende tydeliggjøringen og utredningen innebærer etter tilsynets oppfatning et brudd på kravet om at Bane NOR skal tilby ruteleier uten forskjellsbehandling etter fordelingsforskriften § 3-1.

Etter tilsynets vurdering er imidlertid Bane NORs likebehandlings- og utredningsplikt i denne saken ikke begrenset til å innhente sentral informasjon fra Green Cargo (der dette ikke fremgikk av de oppstilte prinsippene og kriteriene). Likebehandlings- og utredningsplikten innebærer også at Bane NOR må foreta en objektiv vurdering av de opplysningene og den dokumentasjonen som søkerne legger frem. Dette gjør seg særlig gjeldende for udokumenterte opplysninger om forhold som tillegges sentral betydning, noe som etter tilsynets forståelse var tilfelle med CargoNets volumanslag. Dette er utdypet i det følgende.

For det tredje er det tilsynets vurdering at Bane NOR bedømte CargoNets søknad – herunder de anførte volumene – mindre kritisk enn Green Cargos søknad.

Bane NOR har som nevnt i møte med tilsynet gitt uttrykk for at CargoNets volumangivelser ble tillagt sentral betydning. De angitte volumene ble av CargoNet beskrevet som «volumer som vi nå kan *dokumentere* at våre kunder ønsker å plassere i tog» (tilsynets kursivering).<sup>37</sup> Med unntak av kundetilsagnet fra Autolink ble imidlertid CargoNets angitte volumer ikke dokumentert

<sup>35</sup> Bestemmelsen er videreført i den nye jernbaneforskriften § 8-6 første ledd

<sup>36</sup> Kommentarene er tilgjengelige via følgende link: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Kommentarer-til-de-enkelte-bestemmelsene-i-fordelingsforskriften/id107365/>

<sup>37</sup> E-post til Jernbaneverket fra CargoNet av 7. mars kl. 8.53

overfor Bane NOR. Bane NOR har etter hva tilsynet er kjent med heller ikke forsøkt å innhente dokumentasjon for eller på annen måte søkt å få verifisert de angitte volumene.

Slik tilsynet ser det forelå det på tidspunktet for Bane NORs beslutning grunn til å stille spørsmål ved holdbarheten av deler av CargoNet anførte volumer. Tilsynet viser til at CargoNet opplyste at [REDACTED] var blant kundene som CargoNet hadde «nye avtaler med om økt transport» på Dovrebanen.<sup>38</sup> Det var dermed grunn til å anta at [REDACTED] trafikk inngikk i de anførte volumene. Samtidig fremgikk det av tilsagn fra [REDACTED] som ble vedlagt Green Cargos søknad at [REDACTED] støttet Green Cargos satsing i Norge, og det ble presisert at støtten «vil bli gitt i form av volumer som i all hovedsak er det vi kjører med Cargolink i dag».<sup>39</sup> Søkernes respektive opplysninger om [REDACTED] fremstår dermed som delvis motstridende, og ga etter tilsynets oppfatning grunn til å stille spørsmål ved riktigheten av CargoNets volumangivelser.

Tilsynet har som ledd i klagebehandlingen foretatt nærmere undersøkelser av grunnlaget for CargoNets volumangivelser. Undersøkelsene tyder på at CargoNets volumangivelser i realiteten var delvis feilaktige og beheftet med større usikkerhet enn hva CargoNet ga uttrykk for i forkant av Bane NORs beslutning. I henhold til en tabelloversikt over hvilke kunderelasjoner som utgjør de aktuelle volumene oversendt fra CargoNet til tilsynet fremgår det at deler av volumene på tidspunktet for Bane NORs beslutning ble beskrevet som «[u]avklarte» i CargoNets interne underlagsmateriale.<sup>40</sup> De uavklarte<sup>41</sup> volumene utgjorde i henhold til tabelloversikten samlet sett mer enn en tredjedel av CargoNets angitte volumer på strekningen Alnabru-Trondheim. Videre er deler av volumene i tabelloversikten knyttet til kundene [REDACTED] [REDACTED], som har gitt uttrykk for et ønske om i større grad å kunne benytte Green Cargo som transportør.<sup>42</sup>

At det i ettertid har vist seg å hefte usikkerhet ved CargoNets delvis udokumenterte volumer, og at det var indikasjoner på at volumangivelsene kunne være uriktige i forkant av Bane NORs beslutning, underbygger etter tilsynets oppfatning at Bane NOR skulle ha foretatt nærmere undersøkelser av grunnlaget for CargoNets volumangivelser før disse ble tillagt sentral betydning ved tildelingen.

Samtidig som at Bane NOR la til grunn de i stor grad udokumenterte volumangivelsene fra CargoNet, har Bane NOR i møte med tilsynet 19. april gitt uttrykk for at Green Cargos anførte trafikk ble ansett som delvis usikker ettersom de aktuelle kundetilsagnene inneholdt enkelte forbehold om kommersielle betingelser. Usikkerheten ble opplyst å tillegges negativ vekt ved Bane NORs vurdering av hvem som skulle tildeles det omstridte ruteleiet. At forbeholdene bidro til at Green Cargos søknad ble vurdert som svakere enn CargoNets er bekreftet i Bane NORs kommentarer til varselet.<sup>43</sup> Etter hva tilsynet er kjent med søkte imidlertid ikke Bane NOR å avklare hvor stor usikkerhet forbeholdene faktisk innebar, for eksempel ved å kontakte de aktuelle kundene i forkant av tildelingen.

Det foregående tilsier at Bane NOR har foretatt en strengere vurdering av Green Cargos dokumenterte trafikk sammenlignet med CargoNets i stor grad udokumenterte trafikk. Dette

<sup>38</sup> Se CargoNets brev til Jernbaneverket av 7. mars med tittelen «Redegjørelse for søknad om ruter», der [REDACTED] er nevnt som en blant flere kunder som

<sup>39</sup> Se tilsagn fra [REDACTED] vedlagt Green Cargos brev til Jernbaneverket av 4. mars (inntatt som bilag [REDACTED] til klagen)

<sup>40</sup> Tabelloversikt over grunnlaget for CargoNets angitte volumer på Dovrebanen, mottatt av tilsynet fra CargoNet som vedlegg til e-post av 8. juni

<sup>41</sup> Inkludert [REDACTED] på bakgrunn av det omtalte tilsagnet vedlagt Green Cargos søknad. [REDACTED] er ikke beskrevet som «[u]avklart» i tabellen.

<sup>42</sup> Det vises til tilsagn fra [REDACTED] vedlagt Green Cargos søknad, samt [REDACTED]

<sup>43</sup> Bane NORs kommentarer til varselet av 31. januar 2017 side 3

innebærer etter tilsynets vurdering at Bane NOR har forskjellsbehandlet Green Cargo og CargoNet i strid med kravet om likebehandling av søknader etter fordelingsforskriften § 3-1.

Bane NOR har i kommentarer til varselet uttrykt at CargoNets søknad ikke ble vurdert mindre kritisk enn Green Cargos «sett den totale tildelingen av ruteleier etter Cargo[']s markedsuttreden under ett», og at tildelingen av det omstridte ruteleiet må ses i sammenheng med Bane NORs tildelinger på andre strekninger, herunder at ruteleiene på strekningen Alnabru-Bergen ble «tildelt tilsvarende med ett til hver».<sup>44</sup> Tilsynet kan ikke se at Bane NORs tildelinger på øvrige strekninger er direkte relevant for eller egnet til å påvirke tilsynets vurdering av klagen angående det omstridte ruteleiet, inkludert Bane NORs vektlegging av henholdsvis CargoNets udokumenterte volumangivelser og forbehold i Green Cargos kundetilsagn.

Tilsynet mener for øvrig at det på bakgrunn av Bane NORs fokus på Cargolinks tidligere kunders ønsker og behov i e-post av 19. februar og brev av 2. mars hadde vært naturlig om Bane NOR i forkant av tildelingen hadde henvendt seg til de aktuelle kundene med sikte på å avklare eventuell usikkerhet knyttet til søkernes respektive trafikk- og volumutsikter.

Tilsynet har som ledd i klagebehandlingen innhentet opplysninger fra Cargolinks tidligere kunder Autolink, Posten, PostNord og DB Schenker. Mens Autolink uttaler at tildelingen er «riktig basert på kunde og volum»<sup>45</sup>, synes de øvrige respondentene i all hovedsak å gi uttrykk for at de hadde foretrukket om ruteleiet ble tildelt Green Cargo på bakgrunn av de volumer som var tiltenkt plassert hos Green Cargo.

Posten uttaler således at en økning i CargoNets antall ruteleier på bekostning av mindre aktører «hemmer konkurransen», og at tildeling av det omstridte ruteleiet til Green Cargo (i tillegg til det ruteleiet Green Cargo ble tildelt) «[best] legger til rette for en sunn konkurranseutvikling».<sup>46</sup> Videre uttaler Posten «[p]å generelt grunnlag [å være] svært overrasket» over tildelingen av ruteleier etter Cargolink. Også PostNord viser til at det er «viktig med konkurranse på bane», og uttaler at tildelingsprosessen virker «noe spesiell» ettersom «både CargoNet og Bane NOR var fullstendig klar over vårt og andre transportørers ønske om at Green Cargo skulle få tilgang på de gamle [ruteleiene] til Cargolink».<sup>47</sup> DB Schenker uttaler at de så «svært positivt» på Green Cargos utspill om å overta Cargolinks aktivitet i Norge, og viser i likhet med Posten og PostNord til viktigheten av konkurranse.<sup>48</sup>

Slik tilsynet ser det ville en henvendelse fra Bane NOR til Cargolinks tidligere kunder i forkant av tildelingen kunne ha bidratt til en bedre opplysning av saken, og dermed potensielt ha avklart/avdekket eventuell usikkerhet knyttet til søkernes respektive trafikk.

Tilsynet vil presisere at det ikke har tatt stilling til hvorvidt tildelingen av det omstridte ruteleiet til CargoNet materielt sett var riktig på bakgrunn av de oppstilte prinsippene og kriteriene. Bane NOR har i kommentarer til varselet uttalt at det var «vanskelig å komme unna at også CargoNet [...] hadde et reelt behov for ruteleie på strekningen».<sup>49</sup> Tilsynet utelukker ikke at CargoNet på søknadstidspunktet hadde behov for et ytterligere ruteleie på strekningen. Dette behovet må imidlertid vurderes i sammenheng med Green Cargos søknad og på bakgrunn av prinsippene

<sup>44</sup> Bane NORs kommentarer av 31. januar 2017 side 3 siste avsnitt

<sup>45</sup> Brev fra Autolink til tilsynet av 10. juni

<sup>46</sup> Brev fra Posten til tilsynet av 10. juni

<sup>47</sup> Brev fra PostNord til tilsynet av 7. juni

<sup>48</sup> Brev fra DB Schenker til tilsynet av 20. juni

<sup>49</sup> Bane NORs kommentarer av 31. januar 2017 side 3



og kriteriene oppstilt ved Bane NORs e-post av 19. februar og brev av 2. mars. Som det fremgår ovenfor, ble dette etter tilsynets oppfatning ikke i tilstrekkelig grad gjort.

Bane NOR har i kommentarer til varselet også vist til at Green Cargo i etterkant av tildelingen ble tilbudt og angivelig «først [...] akseptert[e]» et alternativt ruteleie på strekningen Alnabru-Trondheim, og at Green Cargo ikke har søkt om øvrig kapasitet som ble tilgjengeliggjort etter avsluttede vedlikeholdsarbeider i september 2016.<sup>50</sup> Green Cargo har som svar til Bane NORs kommentar avvist at det tilbudte alternative ruteleiet ble akseptert. Etter tilsynets oppfatning utgjør de nevnte forholdene etterfølgende omstendigheter som ikke påvirker tilsynets vurderinger av prosess og saksbehandling frem mot tildelingen.

På denne bakgrunn er det tilsynets oppfatning at Bane NORs utredning og vurdering av søknadene ikke har oppfylt fordelingsforskriftens krav til å behandle søknader uten forskjellsbehandling.

Oppsummeringsvis mener tilsynet at Bane NOR har forskjellsbehandlet Green Cargo og CargoNet i strid med fordelingsforskriften § 3-1 ved:

- ikke å tillegge Cargolinks tidligere trafikk større betydning enn ny trafikk slik de oppstilte prinsippene og kriteriene etter tilsynets oppfatning ga grunnlag for.
- ikke i tilstrekkelig grad å innhente relevante opplysninger om forhold som ble tillagt stor vekt (og som ikke fremgikk som krav til søknadens innhold eller dokumentasjon for å demonstrere oppfyllelse av de angitte kriteriene).
- å stille tilsynelatende strengere krav til dokumentasjon fra Green Cargos side enn fra CargoNets side.

### **3.4 Korrigerende tiltak**

#### **3.4.1 Aktuelle tiltak og tilsynets myndighet**

Tilsynet hadde tidligere adgang til å «gi pålegg om korrigerende tiltak» etter fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd. Tilsynets myndighet etter fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd er videreført i den nye jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd, hvor det fremgår at tilsynet etter en klage «om nødvendig [skal] treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen». Tilsynets vurdering av eventuelle tiltak vil i det videre knyttes til den nye jernbaneforskriften ettersom denne hjemler tilsynets myndighet på vedtakstidspunktet.

I den nye jernbaneforskriften § 11-2 tredje ledd er det angitt at ved klager på avslag om infrastrukturkapasitet skal tilsynet enten bekrefte at endring ikke er nødvendig eller kreve en endring av beslutningen «etter nærmere retningslinjer».

Tilsynet tolker regelverket slik at det vil ligge innenfor tilsynets myndighet å oppheve beslutninger som Bane NOR har fattet i strid med regler i fordelingsforskriften/den nye jernbaneforskriften, forutsatt at mangel på etterlevelse av regelverket kan ha virket inn på beslutningen. Tilsynet legger videre til grunn at tilsynet vil kunne gi pålegg om at Bane NOR må behandle en konkret sak på nytt i henhold til nærmere føringer og kriterier fastsatt av tilsynet.

---

<sup>50</sup> Bane NORs kommentarer av 31. januar 2017 side 3 siste avsnitt

Etter tilsynets oppfatning er jernbaneforskriften § 11-2 tredje ledd ikke til hinder for at tilsynet på bakgrunn av en klage over ruteleietildeling også pålegger mer generelle tiltak rettet mot Bane NORs fremtidige prosesser og tildelinger. Etter tilsynets oppfatning må jernbaneforskriften § 11-2 således ses i sammenheng med § 11-1 syvende ledd, hvor det er angitt at tilsynet ved behov blant annet kan pålegge «hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering mellom søkere». Myndigheten til å pålegge tiltak etter § 11-1 syvende ledd gjelder «også forholdene nevne i § 11-2 første ledd», inkludert kriterier fastsatt i nettveiledningen og fordelingsprosessen.

At tilsynet på bakgrunn av en klage over ruteleietildeling også kan oppstille mer generelle tiltak rettet mot senere tildelinger støttes etter tilsynets oppfatning av en tolkningsuttalelse fra departementet knyttet til klagebehandling etter fordelingsforskriften § 9-4, hvor departementet uttaler at tilsynet «[vil] kunne gi føringer i et vedtak som kan få betydning for senere ruteplaner».

Etter tilsynets oppfatning legger den nye jernbaneforskriften §§ 11-1 syvende ledd og 11-2 annet ledd dermed opp til at tilsynet i utgangspunktet har en vid adgang når det gjelder utformingen av hensiktsmessige tiltak for å rette opp manglende etterlevelse av regelverket og motvirke diskriminering mellom søkere, skadelig konkurransevridning og alle andre former for uønskede situasjoner.

Bane NOR har i kommentarer til varselet gitt uttrykk for at de varslede tiltakene er «hjemlet» i fordelingsforskriften §§ 3-1, 2-2 punkt 3 og 5-2<sup>51</sup> og at disse bestemmelsene ikke kan brukes som grunnlag for å utlede krav til saksbehandlingen<sup>52</sup> eller stille så spesifikke krav som varslet<sup>53</sup>.

Tilsynet påpeker at tilsynets vedtakshjemmel etter fordelingsforskriften var § 9-5 annet ledd, og at det etter jernbaneforskriften er §§ 11-1 syvende ledd og 11-2 annet ledd. Bestemmelsene vist til av Bane NOR vil allikevel være av betydning for utformingen av tilsynets vedtak, som nettopp tar sikte på å sikre overholdelse av forskriftens bestemmelser.

Tilsynet finner på denne bakgrunn at det som utgangspunkt vil ligge innenfor tilsynets myndighet å oppheve fordelingsbeslutninger foretatt i strid med fordelingsforskriften, samt å pålegge nærmere føringer både for Bane NORs videre saksbehandling i den konkrete saken og for Bane NORs generelle prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling.

### **3.4.2 Opphevelse, føringer og refordeling i den konkrete saken**

Green Cargo har i klagen bedt om at Bane NORs beslutning av 8. mars omgjøres med den følge at det omstridte ruteleiet tildeles Green Cargo.

Tilsynet har ovenfor i punkt 3.3 konkludert med at Bane NORs saksbehandling frem mot tildelingen av det omstridte ruteleiet ikke var i henhold til fordelingsforskriften § 3-1 og kravet om å tilby ruteleier uten forskjellsbehandling.

Som nevnt ovenfor har Bane NOR selv gitt uttrykk for at tildelingen kunne ha blitt en annen dersom Bane NOR i forkant av beslutningen var kjent med hvor stor andel av Cargolinks tidligere trafikk som på beslutningstidspunktet lå an til å bli overtatt av Green Cargo. Videre har det vist seg at CargoNets volumangivelser, som Bane NOR har opplyst å tillegge stor

<sup>51</sup> Bane NORs kommentarer til varselet side 4, fjerde siste avsnitt under punkt 2.2 og andre avsnitt under punkt 2.3

<sup>52</sup> Bane NORs kommentarer til varselet side 4, tredje siste avsnitt under punkt 2.2

<sup>53</sup> Bane NORs kommentarer til varselet side 4, tredje avsnitt under punkt 2.3

betydning, i realiteten var delvis usikre og potensielt uriktige. Dette tilsier at volumangivelsene trolig ville ha blitt tillagt mindre vekt dersom Bane NOR hadde undersøkt CargoNets dokumentasjon nærmere.

Tilsynet antar på denne bakgrunn at Bane NORs manglende sontring mellom Cargolinks tidligere trafikk og øvrig trafikk, manglende utredning og unnlattelse av å innhente dokumentasjon fra CargoNet kan ha påvirket tildelingen av det omstridte ruteleiet.

Tilsynet finner etter dette at det i utgangspunktet hadde vært grunnlag for å oppheve Bane NORs beslutning av 8. mars for så vidt angår tildelingen av det omstridte ruteleiet til CargoNet.

Tilsynet finner imidlertid at en eventuell opphevelse vil være uten praktisk betydning på dette tidspunktet ettersom ny ruteplan for 2017 allerede har trådt i kraft.<sup>54</sup>

Av samme grunn anser tilsynet at det ikke er aktuelt å pålegge Bane NOR å modifisere den konkrete tildelingen.

Tilsynet vil på denne bakgrunn ikke pålegge tiltak rettet mot Bane NORs konkrete tildeling i denne saken.

Tilsynet vil presisere at klagen fra Green Cargo har belyst viktige mangler ved Bane NORs prosess og saksbehandling. Selv om klagen ikke har resultert i en konkret omgjøring i tråd med Green Cargos klagepåstand, er Green Cargos anførsler en viktig foranledning for tilsynets varslede vedtak om pålegg rettet mot Bane NORs saksbehandling og etablering av prosess og kriterier omtalt i punkt 3.4.3 nedenfor.

### **3.4.3 Korrigerende tiltak knyttet til Bane NORs fastsettelse av prosess, kriterier og saksbehandling generelt**

Som omtalt i punkt 3.2 ovenfor, er det tilsynets oppfatning at Bane NOR i medhold av fordelingsforskriften § 3-1 jf. § 2-2 punkt 3 skulle ha fastsatt prinsipper og kriterier i nettveiledningen for fordeling av ruteleier i situasjoner tilsvarende den aktuelle, der et større antall ruteleier refordales for resten av gjeldende ruteplanperiode. De nevnte bestemmelsene er videreført i den nye jernbaneforskriften §§ 4-1 og 5-2 bokstav c.

På bakgrunn av tilsynets vurderinger knyttet til fordelingsforskriften og med sikte på å sikre fremtidig etterlevelse av de korresponderende bestemmelsene i den nye jernbaneforskriften finner tilsynets grunnlag for å presisere forskriftskravene i form av et pålegg om at Bane NOR skal utarbeide og opplyse i nettveiledningen om relevante prinsipper og kriterier for situasjoner der ruteleier tilbakeleveres og refordales i løpet av en ruteplanperiode. Dette er gjort i påleggets punkt (1) under punkt 5 av tilsynets vedtak nedenfor.

Bane NOR har i kommentarer til varselet uttrykt at det varslede påleggets punkt (1) om å utarbeide og publisere prinsipper og kriterier for tilsvarende situasjoner er for snevert utformet, og mener at pålegget bør gjelde for alle tildelinger som ikke er del av den årlige kapasitetsfordelingsprosessen eller gjenstand for fordeling på ad hoc-basis.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Etter hva tilsynet har forstått, har Green Cargo blitt tildelt det omstridte ruteleiet for den kommende ruteplanperioden.

<sup>55</sup> Bane NORs kommentarer av 31. januar 2017 side 4

Pålegget er utformet på bakgrunn av den konkrete klagesaken, og er derfor avgrenset til situasjoner tilsvarende den som oppsto etter Cargolinks markedsuttreden; altså der ruteleier tilbakeleveres og refordelles i løpet av en ruteplanperiode. Som det fremgår av punkt 3.2 ovenfor, er det imidlertid tilsynets oppfatning at påleggets punkt (1) første setning i realiteten reflekterer en plikt som på tidspunktet for Bane NORs beslutning allerede fulgte av fordelingsforskriften §§ 3-1 og 2-2 punkt 3, og som i dag følger av den nye jernbaneforskriften §§ 4-1 og 5-2 bokstav c. Dette tilsier at Bane NOR allerede på bakgrunn av det relevante regelverket og uavhengig av utformingen av tilsynets pålegg punkt (1) plikter å utarbeide prinsipper og kriterier også for andre situasjoner. Avgrensningen av tilsynets pålegg innebærer ikke at Bane NORs plikter etter forskriften har falt bort.

Med sikte på å tydeliggjøre at påleggets punkt (1) ikke er til hinder for at Bane NOR kan utforme videre prinsipper og kriterier som dekker andre situasjoner ved siden av refordeling i løpet av en ruteplanperiode har tilsynet justert påleggets ordlyd noe. Justeringen er ikke ment å innebære noen realitetsendring sammenlignet med varselet.

Videre har tilsynet ovenfor i punkt 3.3 påpekt flere forhold ved Bane NORs konkrete saksbehandling som er funnet ikke å være i henhold til fordelingsforskriftens krav om at den minste pakken med tjenester skal tilbys uten forskjellsbehandling etter § 3-1. Bestemmelsen og kravene til Bane NORs saksbehandling er videreført i den nye jernbaneforskriften § 4-1.

De påpekte forholdene foranlediger etter tilsynets vurdering at følgende pålegg oppstilles for å sikre at Bane NORs fremtidige saksbehandling i tilfeller av konflikt mellom ulike søknader om infrastrukturkapasitet ved refordeling er i tråd med den nye jernbaneforskriften § 4-1:

- Bane NOR skal i tilfeller av søknadskonflikt ved refordeling av ruteleier i løpet av en ruteplanperiode foreta en objektiv gjennomgang og vurdering av mottatte opplysninger og mottatt dokumentasjon. Bane NOR skal søke å verifisere udokumenterte opplysninger, der opplysningene antas å være av betydning.
- Bane NOR skal i slike tilfeller under saksbehandlingen utarbeide dokumentasjon som viser hvilke vurderinger som ligger til grunn for Bane NORs tildeling, herunder på bakgrunn av oppstilte fordelingsprinsipper og -kriterier.
- Bane NOR skal i slike tilfeller gi en skriftlig begrunnelse til søkerne for Bane NORs tildelingsbeslutning. Det skal fremgå av begrunnelsen at Bane NORs tildeling er foretatt i henhold til oppstilte prinsipper og kriterier, og hvilke vurderinger som ligger til grunn for tildelingen.

De nevnte tiltakene fremgår av påleggets punkt (2) – punkt (4) under punkt 5 nedenfor.

Med hensyn til kravet om begrunnelse av tildelingsbeslutninger i konflikttilfeller ved refordeling, vil tilsynet bemerke at det i ny jernbaneforskrift § 1-2 tiende ledd er tydeliggjort at forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak<sup>56</sup> kommer til anvendelse på infrastrukturforvalters beslutninger om tildeling av infrastrukturkapasitet. De aktuelle saksbehandlingsreglene omfatter blant annet plikten til å begrunne vedtak i henhold til forvaltningslovens §§ 24 og 25.

---

<sup>56</sup> Forvaltningslovens kapitler IV-VI, jf. forvaltningsloven § 3 første ledd

Bane NOR har i kommentarer til varselet under henvisning til fordelingsforskriften §§ 3-1, 2-2 punkt 3 og 5-2 gitt uttrykk for at tilsynet ikke har hjemmel til å pålegge såpass spesifikke krav som fremgår av det foregående.<sup>57</sup> Som omtalt under punkt 3.4.1, mener tilsynet at den nye jernbaneforskriften §§ 11-1 syvende ledd og 11-2 annet ledd gir tilsynet en vid adgang når det gjelder utforming av hensiktsmessige tiltak. Eventuelle tiltak må imidlertid være saklige og forholdsmessige, og utarbeidet med sikte på å avbøte på de forholdene tilsynet har funnet å være i strid med regelverket. Bestemmelsene i regelverket, inkludert fordelingsforskriften §§ 3-1, 2-2 punkt 3, 5-2 og de korresponderende bestemmelsene i den nye jernbaneforskriften vil følgelig være av betydning for utformingen av tilsynets vedtak.

Etter tilsynets oppfatning ligger håndheving av forbudet mot diskriminering ved tildeling av ruteleier innenfor kjerneområdet av tilsynets oppgaver på markedsovervåkningsområdet. Dette har kommet til uttrykk blant annet i beskrivelsen av tilsynets oppgaver i den nye jernbaneforskriften § 11-1. Tilsynet anser det som naturlig at tilsynet blant annet som ledd i klagesaksbehandling presiserer og utfyller hvilke nærmere krav som kan utledes av forbudet mot diskriminering, og at tilsynet der en klagesak viser behov for det pålegger spesifikke tiltak med sikte på å sikre likebehandling og overholdelse av regelverket i fremtiden. Tilsynet mener dermed at de angitte tiltakene ikke er mer spesifikke enn hva tilsynet har adgang til å pålegge.

#### **3.4.4 Forholdsmessighet**

Tilsynet antar at påleggene som er skissert i punkt 3.4.3 ovenfor vil være egnet til å avbøte på de forholdene tilsynet har funnet å være i strid med fordelingsforskriften. Tilsynet kan ikke se at det foreligger andre og mindre byrdefulle tiltak som er aktuelle i denne sammenheng. Tilsynet mener videre at de aktuelle tiltakene ikke er urimelig inngripende overfor Bane NOR.

## **4 Tilsynets vurderinger etter jernbaneforskriften**

### **4.1 Rettslig utgangspunkt og vurderingstemaer**

Green Cargo har klaget over at Bane NORs tildeling til CargoNet av det omstridte ruteleiet har ført til en klart forverret konkurransesituasjon på strekningen Alnabru-Trondheim. Det vises til at CargoNet som følge av Bane NORs beslutning har fått økt antall ruteleier fra tre til fire på strekningen, i tillegg til ruteleier på strekningen Alnabru – Bodø via Trondheim.<sup>58</sup> Green Cargo har på sin side fått ett ruteleie, noe som er ett mindre enn Cargolink hadde før de avviklet virksomheten. Green Cargo mener at en ytterligere økning i antall ruteleier disponert av CargoNet sammenlignet med andre aktører på strekningen medfører en uakseptabel styrkning av CargoNets konkurransemessige stilling.

Videre er en styrking av CargoNets konkurransemessige stilling ifølge Green Cargo ikke forenelig med Bane NORs uttalelse om at Bane NOR i forbindelse med beslutningen av 8. mars 2016 har lagt vekt på å fordele kapasiteten på en slik måte at det ikke oppstår en situasjon med monopol i markedet. Green Cargo anfører også i sin klage at Bane NORs beslutning medfører at Green Cargo ikke vil være i stand til å ta unna transportvolumet til de av Cargolinks tidligere kunder som Green Cargo hadde fått tilsagn om og truffet forberedelser til å overta.<sup>59</sup> Sistnevnte er en anførsel som etter tilsynets oppfatning må sees i sammenheng med anførselen om at konkurransesituasjonen forverres.

<sup>57</sup> Bane NORs kommentarer til varsel punkt 2.3 andre avsnitt

<sup>58</sup> Brev med klage til Statens jernbanetilsyn av 31. mars 2016

<sup>59</sup> Brev med klage til Statens jernbanetilsyn av 31. mars 2016

Etter tidligere jernbaneforskrift § 8-2 kunne alle søkere fremsette klage dersom de mente at de hadde blitt «urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller krenket på andre måter». Green Cargo har ikke henvist til jernbaneforskriften § 8-2 i sin klage, men etter sitt innhold er det naturlig å vurdere klagegrunnene knyttet til konkurranse etter denne bestemmelsen. Tidligere jernbaneforskrift er opphevet og klageadgangen er nå regulert i ny jernbaneforskrift § 11-2. Tilsynet forstår klagen slik at Green Cargo oppfatter å ha blitt urettferdig behandlet og utsatt for forskjellsbehandling av Bane NOR i denne saken.

Ifølge tidligere jernbaneforskrift § 8-3 skal tilsynet på grunnlag av klage eller på eget initiativ, treffe beslutning om nødvendige tiltak for å rette på en uønsket utvikling i markedet. Bestemmelsen er videreført med en noe endret ordlyd i ny jernbaneforskrift § 11-1 syvende ledd. I gjennomgangen nedenfor vil mange av anførselene referere seg til tidligere bestemmelser, og det vil i fremstillingen fremgå om det er gammelt eller nytt regelverk det vises til.

Bane NOR stiller seg i kommentar til varsel om vedtak tvilende til at tidligere jernbaneforskrift § 8-3 kan forstås så vidt at den gir hjemmel for tilsynet å gripe inn i enkeltsaker, og tilsynet tar innledningsvis stilling til denne anførselen. Tilsynet deler ikke Bane NORs forståelse av § 8-3. Etter ordlyden i bestemmelsen fremgår det at tilsynet skal treffe beslutning om tiltak på grunnlag av klage eller på eget initiativ. At bestemmelsen viser til en klage som mulig grunnlag gir i seg selv uttrykk for at bestemmelsen gjelder enkeltsaker, ettersom klager normalt gjelder enkeltsaker. Ny jernbaneforskrift § 11-1 syvende ledd får enda tydeligere frem at inngrepshjemmelen for tilsynet gjelder enkeltsaker, da det nå henspilles klart på enkelthendelser som «uønskede situasjoner».

Bane NOR fremhever videre at den forståelsen av tidligere jernbaneforskrift § 8-3 som tilsynet legger til grunn, etter Bane NORs tolkning av alminnelige prinsipper, krever en tydelig forankring i lovs form. Tilsynet legger til grunn at Bane NOR med dette henspiller på det ulovfestede legalitetsprinsippet om at inngripende myndighetshandlinger krever hjemmel i lov. I henhold til legalitetsprinsippet vil også en forskriftshjemmel være tilfredsstillende, så lenge den aktuelle forskriftsbestemmelsen har hjemmel i lov. Jo sterkere inngrep fra et myndighetsorgan som en forskriftshjemmel gir adgang til, desto klarere må forskriften være forankret i lov. En inngripen fra relevant myndighet i form av et pålegg om at Bane NOR må endre en fordeling av ruteleier vil etter tilsynets oppfatning ikke være særlig inngripende for Bane NOR som statsforetak og infrastrukturforvalter. For en aktør som mister et tildelt ruteleie vil et slikt tiltak være inngripende til en viss grad, men vil uansett ikke gjelde lenger enn frem til oppstart av ny ruteplan. Jernbaneforskriften § 8-3 var etter tilsynets oppfatning tilstrekkelig forankret i jernbaneloven § 11.

Etter ikrafttredelse av ny jernbaneforskrift finner tilsynet det nå mest relevant å konstatere at forskriftshjemmelen for å gripe inn i enkeltsaker med enkeltvedtak etter ny jernbaneforskrift § 11-1 syvende ledd er klart forankret i jernbaneloven § 11b. I jernbaneloven § 11b fremgår det i første ledd annet punktum at departementet kan gi nærmere bestemmelser i forskrift om markedsovervåkingsorganets oppgaver, og i tredje ledd omtales enkeltvedtak fra tilsynet som markedsovervåkingsorgan og at disse ikke kan påklages. At tilsynet som markedsovervåkingsorgan kan treffe enkeltvedtak i medhold av forskrift med hjemmel i jernbaneloven § 11b, fremgår også klart av omtalen av § 11b i Samferdselsdepartementets høringsnotat fra 2. desember 2013.

I kommentarer til varselet ber Bane NOR tilsynet om å avklare om det er tilsynets oppfatning at lovlige kapasitetsfordelinger etter fordelingsforskriften samtidig kan underkjennes av tilsynet etter reglene om uønsket markedsutvikling etter jernbaneforskriften § 8-3. På generelt grunnlag bekrefter tilsynet at det ikke kan utelukkes at det kan oppstå tilfeller der kapasitetsfordeling, som ikke i seg selv strider mot bestemmelser i forskriften om fordeling av infrastrukturkapasitet, kan anses for å føre til en uønsket utvikling/situasjon i markedet, og som det derfor kan være aktuelt for tilsynet å gripe inn mot. Etter ny jernbaneforskrift vil det da være tale om inngrep mot en fordeling for å rette opp en uønsket situasjon i markedet i henhold til § 11-1 syvende ledd. Det er ingen holdepunkt i direktiv 2012/34/EU eller ny jernbaneforskrift om at ikke direktivets artikkel 56 (9) og forskriften § 11-1 syvende ledd skulle være en inngrepshjemmel som kan anvendes på selvstendig grunnlag når det foreligger uønsket utvikling/situasjoner i markedene. Bestemmelsen har ingen vilkår om at det må foreligge brudd på aktuelt regelverk. Tilsynet understreker likevel at dersom Bane NOR gjennomfører en transparent og ikke-diskriminerende fordelingsprosess i tråd med regelverket og videre bruker samordningsprinsipper og prioriteringskriterier som også tar hensyn til konkurransemessige virkninger ved fordelingen, vil normalt et inngrep fra tilsynet være lite aktuelt.

Tilsynet vil i det følgende se nærmere på muligheten for anvendelse av jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd i denne saken.

Jernbaneforskriften implementerer blant annet direktiv 2001/12/EF i norsk rett. Direktivet og praksis knyttet til dette er dermed etter tilsynets oppfatning relevant for forståelsen av forskriftens bestemmelser. Direktiv 2001/12/EF er innenfor EU-retten erstattet av direktiv 2012/34/EU. Direktiv 2012/34/EU forventes å bli inntatt i EØS-avtalen, og ligger til grunn for den nye jernbaneforskriften.

Etter ordlyden i jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd er grunnvilkåret for å pålegge eventuelle tiltak at det foreligger «uønskede situasjoner i markedet». Sett i sammenheng med markedsovervåkingsorganets oppgaver etter jernbaneforskriften § 11-1 første ledd, vil et tiltak etter § 11-1 syvende ledd for å rette på en uønsket situasjon i markedet bidra til et effektivt jernbanemarked med sunn konkurranse og likeverdige vilkår. Årsakene til en slik situasjon kan springe ut fra diverse forhold som vilkår, avtaler og handlinger. Hvorvidt det foreligger en uønsket situasjon i markedet beror etter tilsynets oppfatning primært på en økonomisk vurdering av markeds- og konkurranseforhold. Ordlyden åpner etter tilsynets oppfatning for at eventuelle pålegg om tiltak ikke nødvendigvis må være rettet mot en ulovlig handling, men at tiltak også kan anvendes i tilfeller der en i utgangspunktet lovlig handling eller praksis etter jernbanelovgivningen leder til en uønsket markedsutvikling/markedssituasjon.

Ordlyden sier ikke noe uttrykkelig om terskelen for å konstatere en uønsket situasjon. At eventuelle tiltak må være «hensiktsmessige» impliserer likevel at ikke enhver negativ utvikling nødvendigvis vil være gjenstand for inngrep. På bakgrunn av alminnelige betraktninger om forholdsmessighet legger tilsynet til grunn at en aktuell forverring må være av en viss betydning før forskriftens vilkår kan anses oppfylt. Tilsynet antar imidlertid at det skal en mindre forverring til for å konstatere at vilkåret er oppfylt dersom konkurransen i markedet allerede i forkant av utviklingen var begrenset.

## 4.2 Om markedet for godstransport med jernbane

### 4.2.1 Innledning

Klagen omhandler godstransport med jernbane på strekningen mellom godsterminalen Alnabru i Oslo og godsterminalen Brattøra i Trondheim. Godstransport med jernbane omfatter frakt av gods fra A til Å på ulike strekninger i Norge og er en del av et større transportmarked der ulike transportmidler utfyller hverandre og dels konkurrerer. Transport av gods med jernbane er regnet for å være velegnet ved transport av store volumer over lengre avstander.

Jernbaneforetak må ha lisens og sikkerhetssertifikat for å kunne operere i markedet for frakt av gods med jernbane. Videre trenger jernbaneforetak tilgang til infrastrukturkapasitet som Bane NOR fordeler og tilgang til terminaler og tjenester i terminaler som enten leveres av jernbaneforetakene selv, infrastrukturforvalter eller av terminaloperatører. Leverandørene leverer bl.a. infrastrukturkapasitet (ruteleier) og jernbanerelaterte tjenester. Jernbaneforetakene som utfører godstransporten tilbyr tjenester hovedsakelig til logistikkspeditører og større bedrifts- og industrikunder.

### 4.2.2 Beskrivelse av markedsstrukturen

#### **Aktører som tilbyr godstransport med jernbane - jernbaneforetakene**

Jernbaneforetakene som er etablert i markedet tilbyr forskjellige typer transport, eksempelvis kombilast som omfatter frakt av intermodale lastbærere (kontainere som løftes om bord i togvogner), vognlast hvor kunder bestiller transport av enkeltvogner og systemlast hvor kunder bestiller hele tog. Intermodale transport (kombilast) stod for ca. 60 % av det totale transportarbeidet i Norge i 2015 og de største terminalene er spesialtilpasset kombilast.<sup>60</sup>

I 2015 drev åtte aktive aktører<sup>61</sup> med godstransport med jernbane i Norge, mens antallet nå i 2016 er redusert til seks. Aktiviteten til aktørene er derimot svært forskjellig og i enkelte tilfeller begrenset til nisjedeler av markedet som malmtransport, tømmerlast og vognlast på spesifikke strekninger. Flere av disse transportene er også grenseoverskridende. I realiteten var det derfor kun CargoNet og Cargolink som før sistnevntes markedsuttreden var i direkte konkurranse om å frakte betydelige mengder gods (gjennom kombinerte transport) med jernbane innenlands. Disse to selskapene, samt Green Cargo, beskrives derfor nedenfor.

CargoNet er den klart største<sup>62</sup> godstransportøren med jernbane i Norge og utfører transporttjenester på de fleste strekningene der det drives kombinert transport, særlig på innenlandske strekninger mellom kombiterminalene. Selskapet ble etablert som et selskap i NSB-konsernet i 2002, som erstatning for forløperen NSB Gods AS. Godstransport på bane med pendeltog for intermodale lastbærere utgjør den største delen av CargoNets virksomhet.<sup>63</sup> I tillegg leverer selskapet transport i form av dedikerte driftsopplegg for enkeltkunder, herunder transport av tømmer, malm og flydrivstoff. I tillegg til godstransport tilbyr også CargoNet terminaltjenester relatert til intermodale transport gjennom sitt heleide datterselskap RailCombi AS.

<sup>60</sup> Prop. 1 S (2016 – 2017), Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak), For budsjettåret 2017 Utgiftskapitler: 1300–1380, Inntektskapitler: 4300–4380, 5577, 5618, 5619, 5622 og 5624, s. 144.

<sup>61</sup> CargoNet AS, Malmtrafikk AS, Cargolink AS, Hector Rail AB, Green Cargo AB, TX Logistik AB, Tågakeriet AB og Grenland Rail AS

<sup>62</sup> Basert på innrapporterte sikkerhetsindikatorer til tilsynet for året 2015 stod CargoNet for henholdsvis ca. 64 % av alle kjørte togkilometer og ca. 58 % av alle kjørte netto godstonnkilometer i Norge.

<sup>63</sup> CargoNet Konsern, Årsregnskap 2015.



Cargolink ble opprettet i juli 2008 som et selskap i Autolink Group-konsernet med mål om å utvikle Autolinks fokus på jernbanetransport, herunder transport av biler. Selskapet vokste kraftig etter etableringen og utvidet virksomheten i januar 2011 til også å omfatte intermodale transporter. Målt ut fra volum var intermodale transporter selskapets hovedområde frem til Cargolinks eier, Autolink, annonserte nedleggelse av selskapet i februar 2016. Frem til Autolink besluttet å avvike virksomheten innen godstransport med jernbane, var Cargolink den nest største aktøren i markedet for godstransport med jernbane i Norge målt i togkilometer. Cargolink etablerte seg også som operatør på terminaler og utførte terminaltjenester i Oslo, Bergen, Trondheim og Åndalsnes, samt også tidligere i Narvik. Som terminaloperatør leverte Cargolink hovedsakelig tjenester til egen virksomhet.

Green Cargo AB ble etablert 1. januar 2001 og eies av den svenske staten gjennom Näringsdepartementet. Selskapet tilbyr logistikk-løsninger innenfor ulike virksomhetsområder, men hoveddelen av virksomheten er innenfor godstransport med jernbane. Frem til selskapets beslutning om å utvide virksomheten i Norge på våren 2016, besto selskapets virksomhet i Norge stort sett av grenseskissende transporter mellom Sverige og Norge. Green Cargo utførte blant annet togframføringen for DB Schenkers North Rail Express tog som frakter gods fra Oslo til Narvik via Sverige. Siden mars 2016 har Green Cargo etablert seg som godstransportør med jernbane på de innenlandske strekningene Oslo – Stavanger, Oslo – Bergen, Oslo – Åndalsnes og Oslo – Trondheim. Green Cargo er således per i dag CargoNets nærmeste konkurrent.

### **Leverandører av infrastrukturkapasitet og jernbanerelaterte tjenester**

For å kunne tilby godstransport med jernbane trenger jernbaneforetakene ruteleier og tilgang til terminaler og tjenester i terminaler, herunder løfte- og lossetjenester.

Bane NOR skal som infrastrukturforvalter på vegne av staten drifte, vedlikeholde og bygge ut statens jernbaneinfrastruktur med tilhørende anlegg og innretning. Som infrastrukturforvalter har Bane NOR særlig ansvar for kapasitetsfordeling, ruteplanlegging og operativ trafikkstyring.<sup>64</sup> Infrastrukturkapasiteten tildeles i form av ruteleier, jf. fordelingsforskriften § 7-1. Markedet for levering av infrastrukturkapasitet er ansett for å være et naturlig monopol ut fra kostnadene knyttet til investering i spor og annen infrastruktur.

Operatører av serviceanlegg er en sammensatt gruppe av eiere av de enkelte anleggene og operatører som tilbyr tjenester på anleggene. Jernbanerelaterte tjenester omfatter eksempelvis lasting og lossing av gods på terminaler. Avhengig av type serviceanlegg, er det forskjellige aktører som tilbyr tjenester. Bane NOR har siden 2015 overtatt driftsansvaret for de største kombiterminalene i Norge. Bane NOR tilbyr i liten grad terminaltjenester som lasting og lossing mv. selv, men har opprettet en godkjenningsordning for operatører på terminalene. I dag er det vanlig at jernbaneforetakene selv etablerer seg som operatør på terminalene for å utføre de tjenestene som er nødvendig for å drive godstransport. I den forbindelse inngås det leieavtaler til bygg, arealer mv. med Bane NOR.

### **Kunder**

Kunder som benytter seg av godstransport med jernbane er i stor grad speditører og bedriftskunder som har behov for å flytte større volum av gods på strekninger med en godsterminal som start- og endepunkt. Klagen gjelder strekningen mellom Alnabru Godsterminal i Oslo og Brattøra Godsterminal i Trondheim.

<sup>64</sup> Regjeringens instruks for Jernbaneverket 12.juni 2009

Ifølge opplysninger tilsynet har mottatt i saken kjøper bl.a. Posten Norge AS (Posten), PostNord AS (PostNord), Autolink AS, DSV AS, Maersk, Rema, ASKO og DB Schenker AS transporttjenester fra jernbaneforetak på denne strekningen. Flere av disse var kunder hos både CargoNet og Cargolink i 2015 og hadde rammeavtaler med begge selskapene.

For mange av de ovenfor nevnte kundene er tilfellet slik at de ikke er sluttbrukerne av de varene som transporteres, men at de er speditører som tilbyr logistikk- og distribusjonstjenester til de endelige sluttbrukerne.

### **4.3 Det aktuelle markedet**

#### **4.3.1 Innledning**

For å vurdere de konkurransemessige virkningene av Bane NORs tildeling av ruteleier i denne konkrete saken, må tilsynet ta stilling til hvilket marked som påvirkes av tildelingen som Green Cargo har klaget over. Vurderingen av de konkurransemessige virkningene vil tjene som grunnlag for å ta stilling til om Bane NORs fordeling av ruteleier i dette tilfellet førte til en uønsket utvikling i markedet, jf. tidligere jernbaneforskrift § 8-3.

Tilsynet vil med bakgrunn i det aktuelle markedet beregne markedsandeler og markedskonsentrasjon. Konsentrasjonen i markedet er en indikator på hvordan konkurranseforholdene er, og således et utgangspunkt for vurderingen av hvordan Bane NORs tildeling påvirker konkurransen og om det har skjedd en uønsket utvikling.

#### **4.3.2 Godstransport med jernbane på strekningen Alnabru – Trondheim**

Tilsynet anser at det aktuelle markedet i denne saken er godstransport med jernbane på strekningen Oslo – Trondheim mellom godsterminalene Alnabru og Brattøra.<sup>65</sup>

Utgangspunktet for denne vurderingen er at for kundene som ønsker å transportere gods på strekningen som klagen gjelder, og som ønsker å benytte jernbane som transportmiddel, vil ikke transport med bil eller båt eller transporttjenester på andre strekninger, være et reelt alternativ. Vurderingen er etter tilsynets oppfatning i tråd med hvordan Kommisjonen har avgrenset markeder i jernbanesektoren i lignende saker.<sup>66</sup> Tilsynet gjør likevel oppmerksom på at det ikke er gjort enn full markedsavgrensning etter EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.<sup>67</sup> Det kan derfor ikke utelukkes at en markedsavgrensning i tråd med kunngjøringen, ville gitt et annet resultat.

### **4.4 Vurdering av konkurransemessige virkninger av Bane NORs tildeling**

#### **4.4.1 Innledning**

Tilsynet vil i det følgende foreta en vurdering av om Bane NORs tildeling har påvirket konkurransen på strekningen mellom godsterminal Alnabru i Oslo og godsterminal Brattøra i Trondheim på en negativ måte, slik som klager påstår, og videre vurdere om dette har ført til en uønsket utvikling i markedet. Etter tilsynets oppfatning er det naturlig å sammenligne konkurransesituasjonen før og etter Bane NORs refordeling. Dersom konkurransen i

<sup>65</sup> For de stedene i de følgende kapitlene hvor også navnet Alnabru-Trondheim brukes som navn på aktuell strekning i saken, er dette å forstå som Oslo – Trondheim mellom godsterminalene Alnabru og Brattøra.

<sup>66</sup> Se bl.a. Case No Comp/M.5096 – RCA / MAV Cargo, Case No Comp/M.6150 – Veolia Transport / Trenitalia / JV, Case No Comp/M.5480 – Deutsche Bahn / PCC Logistics og Case At.40098 – Blocktrains

<sup>67</sup> Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) – EFT L 200, 16. juli 1998, side 46 og EØS-tillegget til EF-tidende No 28, 16 juli 1998, side 3.

utgangspunktet er begrenset, legger tilsynet til grunn at det skal mindre til for at en eventuell forverring anses for en uønsket utvikling i markedet.

Tilsynet anser at et sentralt moment i hvorvidt det er sunn konkurranse i et marked er at det er tilfredsstillende konkurranse mellom flere aktører. Tilfredsstillende konkurranse gjennom at aktørene i markedet utøver tilstrekkelig konkurransepress på hverandre vil normalt bidra til lavere priser, eventuelt i kombinasjon med lavere kostnader, samt bedre kvalitet, service og produktutvalg enn i en situasjon uten fungerende konkurranse. Dersom konkurranseintensiteten svekkes, kan det innebære en uønsket utvikling i markedet, blant annet gjennom at aktører får en mulighet til å utøve markedsrett eller at markedsretten styrkes.

Med markedsrett menes vanligvis en bedrifts evne til å gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at det blir ulønnsomt. En aktør med markedsrett kan i større eller mindre grad opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og leverandører.

Markedsrett kan komme til uttrykk gjennom høyere priser, ev. i kombinasjon med høyere kostnader, men kan også gi utslag i dårligere service, kvalitet og produktutvalg, og begrenset produktutvikling.

Utøvelse av markedsrett innebærer en sløsing i samfunnsøkonomisk forstand gjennom at markedstilpasningen som oppstår gir en samlet ressursbruk som er mindre effektiv enn den ville ha vært med virksom konkurranse.

Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i markedet. Statens jernbanetilsyn legger til grunn at høy markedskonsentrasjon normalt vil være en nødvendig, men ikke en tilstrekkelig betingelse for å fastslå at konkurransen er begrenset. Tilsynet anser at jo høyere konsentrasjonen er i et marked, desto mer sannsynlig er det at konkurransen i markedet er vesentlig begrenset.

Det er flere forhold som er relevante i vurderingen av graden av konkurranseintensitet i et marked, og dermed også for aktørenes muligheter til å utøve markedsrett. I tillegg til markedskonsentrasjon vil konkurransenevnerhet, ledig kapasitet, etableringshindringer, potensiell konkurranse og kjøperrett kunne påvirke graden av konkurranse i et marked.

#### **4.4.2 Konkurransesituasjonen før Cargolinks uttrede og Bane NORs tildeling**

##### **Markedsandeler og konsentrasjon**

På den aktuelle strekningen i denne saken, Alnabru – Trondheim, var det frem til 20. mars 2016 kun CargoNet og Cargolink som konkurrerte om å frakte gods med jernbane.

Tabellen nedenfor viser markedsandeler beregnet ut fra tildelte ruteleier på strekningen Alnabru – Trondheim for årene 2013 - 2015.<sup>68</sup> Tilsynet anser at andeler basert på tildelte ruteleier er et egnet utgangspunkt for å beregne selskapenes markedsandeler<sup>69</sup>, da det er et uttrykk for den kapasiteten som aktørene har tilgjengelig og kan tilby kundene.

<sup>68</sup> Basert på statistikk fra Jernbaneverkets TIOS system.

<sup>69</sup> Oftest brukes også omsetningstall/verdi til å beregne markedsandeler, men er i denne sammenhengen blitt vurdert til å være uforholdsmessig vanskelig å innhente. Tilsynet ser heller ikke at det finnes grunner for at markedsandeler beregnet ved bruk av omsetningstall/verdi vil føre til at beregningene av markedsandeler vil bli vesentlig endret i denne saken.

Tabell 1: Markedsandeler 2013 – 2015, målt ved antall ruteleier på strekningen Alnabru – Trondheim. Kilde: Planlagte tog i TIOS.

Jernbaneforetak	2013	2014	2015
<b>CargoNet AS</b>	68,0 %	64,7 %	64,0 %
<b>Cargolink AS</b>	32,0 %	35,3 %	36,0 %

Tilsynet bruker Herfindahl-Hirschmann-indeksen<sup>70</sup> (HHI-indeksen) som en indikator for konsentrasjonsgraden i markedet. HHI-indeksen for strekningen er beregnet til 5390 og indikerer at markedet var sterkt konsentrert i 2015.<sup>71</sup>

Videre tilsier CargoNets markedsandel på over 60 % at selskapet før Cargolinks uttreden hadde en sterk markedsstilling. Sterk markedskonsentrasjon og CargoNets høye markedsandel tyder isolert sett på at konkurransen var svak på strekningen Alnabru-Trondheim forut for Cargolinks uttreden. Høye markedsandeler og sterk konsentrasjon er imidlertid ikke nok til å konkludere med at konkurransen er svak. I tillegg er etableringshindringer, potensiell konkurranse og hvorvidt kundene har kjøpermakt av betydning for om man kan si at konkurransen er svak.

#### **Etableringshindringer og potensiell konkurranse**

Etableringshindringer er en samlebetegnelse på de forhold og betingelser som en bedrift står ovenfor når den vurderer å etablere seg i et marked. Etableringshindringer avgjør styrken på den potensielle konkurransen fra aktører som ikke er etablert i det aktuelle markedet. Eksempler på etableringshindringer er tilgang på nøkkelressurser, offentlige reguleringer, irreversible investeringer og stordriftsfordeler.

For at trusselen om etablering skal legge begrensninger på markedsaktørenes atferd, må etableringen være sannsynlig, effektiv og tidsnær. Høye etableringshindringer tilsier at etablerte aktører i mindre grad må ta hensyn til at nye aktører kan etablere seg i markedet ved eksempelvis en prisøkning. I markeder med lave etableringshindringer vil de etablerte aktørene være forsiktige med å øke prisene fordi dette kan tiltrekke nye konkurrenter.

Videre må etableringer være av et slikt omfang at utøvelse av markedsrett forhindres. Etablering i liten skala, for eksempel i en nisje av markedet, vil ikke nødvendigvis være tilstrekkelig for å disiplinere etablerte aktører.

En potensiell konkurrent er et foretak som ikke deltar i det aktuelle markedet for øyeblikket, men som er i stand til eller kan forventes å gjøre det i nær fremtid. Potensiell konkurranse forutsetter at tilbydere, som reaksjon på en prisøkning, evner å omstille salget/produksjonen og markedsføre produktene/tjenestene i løpet av forholdsvis kort tid, uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller risiko.

Historisk sett har godstransport med jernbane vært en del av monopolvirksomheten til det statlige jernbanemonopolet i Norge. Etter markedsåpning har nye aktører kommet til, men særtrekk ved markedet gjør etablering komplisert og kostnadskrevenende for nye og mindre

<sup>70</sup> HHI-indeksen beregnes ved å summere kvadratet av markedsandelene til aktørene i et marked og er et mål på graden av markedskonsentrasjon.

<sup>71</sup> EU Kommisjonen bruker følgende tommelfingerregler/terskelverdier for HHI: Verdier under 1000 indikerer at markedet ikke er konsentrert, verdier mellom 1000 og 2000 indikerer moderat konsentrasjon, mens verdier over 2000 er et uttrykk for at markedet har høy konsentrasjon.

aktører. Ved siden av at det er knyttet betydelige kostnader til å etablere og drive jernbanevirksomhet, er det også et stort omfang av offentlige reguleringer og krav som selskapene må oppfylle. Tilsynet vil nedenfor gjennomgå de etableringshindringene som etter tilsynets vurdering er av vesentligst betydning for konkurransen i markedet for godstransport med jernbane.

### **Tilgang til infrastrukturkapasitet**

Jernbaneforetak er avhengig av å få tildelt ruteleier/infrastrukturkapasitet til og fra riktig terminal for å kunne drive godstransport med jernbane, og dermed for å kunne konkurrere i markedet. Tilgang til infrastrukturkapasitet, eller manglende tilgang, kan derfor være en betydelig etableringshindring i markedet for godstransport med jernbane.

Tilgang til infrastrukturkapasitet reguleres i fordelingsforskriften og fordeles av Bane NOR. Mesteparten av kapasiteten tildeles gjennom den årlige ruteplanprosessen som er regulert i fordelingsforskriften kapittel 7. Dette fører til at jernbaneforetakene normalt må bestille ruteleier nær ett år før transporten starter. Lang ledetid krever stor grad av planlegging fra aktørens side og medfører en betydelig risiko knyttet til etablering eller utvidelse av virksomhet. For nye aktører kan det være vanskelig å tiltrekke seg kunder og inngå kundeavtaler så lang tid før transporten starter. Dette er særlig problematisk for små/nye aktører som ennå ikke har opparbeidet seg en kundebase.

Både antall ruteleier og tidspunkt for ruteleiene som Bane NOR tildeler til godsforetakene er av stor betydning for om et foretak vil være konkurransedyktig. Antall ruteleier som et selskap blir tildelt er vesentlig for om selskapet kan oppnå tilstrekkelig godsvolum fra kunder til å dekke de samlede kostnadene ved å drive transport og nødvendig terminalvirksomhet på den aktuelle strekningen. Videre er tidspunktene for ruteleiene selskapene blir tildelt viktig for om man greier å tiltrekke seg kunder. Det er fordi kundene har behov for å få levert godset på spesifikke tidspunkt av døgnet. Etter det tilsynet er kjent med er det på enkelte strekninger knapphet på ruteleier som tilfredsstillende behovene til jernbaneforetakenes kunder. Det innebærer at hvem Bane NOR fordeler de ulike ruteleiene til kan ha stor betydning for hvilket selskap som vinner kunden.

Selv om ruteleier ikke omsettes i et marked, men mer gjennom en skjønnsbasert, offentlig administrert ordning, kan man si at jernbaneforetakene også konkurrerer om å sikre seg ruteleier. Det er fordi Bane NOR i en knapphetssituasjon baserer beslutning om fordeling ut fra hvilket foretak som kan påvise størst reelt behov for ruteleie, enten basert på inngåtte avtaler om transporttjenester, eller basert på søkers utsikter til å inngå slike avtaler, se Network Statement 2016 punkt 3.4.1 om samordningsprosessen. Dersom flere foretak søker om samme ruteleie, må derfor foretakene i forkant av søknadsprosessen ha tiltrukket seg kunder eller inngått kundeavtaler for å være konkurransedyktig i Bane NORs søknadsprosess. For kunder kan det være stor usikkerhet forbundet med å inngå forpliktende avtaler med aktører som fra før ikke har ruteleier eller er etablert på en strekning. Knapphet på infrastrukturkapasitet fungerer derfor som en vesentlig etableringshindring for nye aktører som ønsker å etablere seg i godstransportmarkedet.

Etter tilsynets vurdering er infrastrukturkapasitet i form av ruteleier fordelt av Bane NOR en helt nødvendig innsatsfaktor i markedet for godstransport med jernbane. Tilsynet anser at knapphet

og manglende tilgang på konkurransedyktige ruteleier er en betydelig etableringshindring i jernbanemarkedet.

På strekningen mellom godsterminalene Alnabru og Brattøra var det i 2015 og 2016 knapphet på konkurransedyktige ruteleier.

### **Materiell**

Tilgang på materiell i form av kjøretøy av ulik størrelse, type og fremdriftsteknologi er en sentral innsatsfaktor i markedet for levering av godstransport med jernbane. Typen kjøretøy kan være avgjørende for hvor egnet en aktør er til å tilby godstransport med jernbane for spesifikke oppdrag. En stor kjøretøysflåte fordelt på forskjellige typer lokomotiver og vogner gir i tillegg fleksibilitet for aktørene.

Dersom aktørene ikke har tilgjengelig kjøretøy ved oppstartstidspunkt for et kundeoppdrag, avhenger deres tilbud enten av ombygging av eksisterende kjøretøy, leie, kjøp av kjøretøy i et annenhåndsmarked eller investering i nye kjøretøy. I jernbanemarkedet kan dette vanskelig gjennomføres på kort tid på grunn av bl.a. offentlige reguleringer som krever at alle kjøretøy må ha en godkjenning fra sikkerhetsmyndigheter før de kan tas i bruk.

Usikkerhet med hensyn til tilgang til ruteleier og kunder, samt kostnadene forbundet med godkjenning og anskaffelse av materiell, gjør at det er risikofylt for nye og mindre aktører å investere i materiell.

### **Offentlige reguleringer**

For at en aktør skal kunne kjøre godstransport med jernbane i Norge må aktøren ha en lisens, et sikkerhetssertifikat del A<sup>72</sup> og et sikkerhetssertifikat del B<sup>73</sup>, samt bli tildelt ruteleier. I tillegg må både personell og materiell som jernbaneforetaket bruker være sertifisert, godkjent og vedlikeholdt i henhold til regelverket.

Kravene til lisens, sikkerhetssertifikat, godkjent materiell/personell og ruteleie, er alle regulert gjennom spesifikke bestemmelser i jernbanelovgivningen som alle aktørene må overholde. Dette innebærer at for å drive med godstransport med jernbane må aktørene kunne dokumentere at de innehar nødvendig jernbanekompetanse på en rekke områder. Eksempelvis må aktørene før de får innvilget et sikkerhetssertifikat del A kunne dokumentere på forhånd at de innehar den nødvendige kompetansen angående blant annet sikkerhet, risiko, og beredskap. Videre må det før en innvilgelse av et sikkerhetssertifikat del B blant annet dokumenteres at aktøren har et opplegg på plass for opplæring av førere, opplastere og skiftere for trafikk i Norge.

For å overholde kravene i de spesifikke jernbanereguleringene må jernbaneforetakene pådra seg betydelige kostnader knyttet til styring, søknads- og tillatelsesprosesser, førerkompetanse, administrasjon mv. For en ny og liten aktør som har et mindre volum å spre faste kostnader på, kan dette føre til at etablering og drift er ulønnsomt.

---

<sup>72</sup> Sikkerhetssertifikat del A er et europeisk sikkerhetssertifikat som viser at aktøren tilfredsstiller krav til et generisk sikkerhetsstyringssystem.

<sup>73</sup> Sikkerhetssertifikat del B er et sikkerhetssertifikat som viser at aktøren oppfyller spesifikke nasjonale krav som er satt med henblikk på risikohåndtering og sikker bruk av jernbanenettet i Norge.

## Stordriftsfordeler

Jernbanetransport er karakterisert som en transportform med høye faste kostnader og relativt moderate marginalkostnader, noe som gjør seg utslag i at det er betydelige stordriftsfordeler tilstede i produksjon av jernbanetransport.<sup>74</sup> Faste kostnader er bl.a. knyttet til anskaffelse og vedlikehold av materiell, terminalvirksomhet, personell og administrasjon.

Tilsynet legger til grunn at det er vesentlige stordriftsfordeler tilstede i produksjonen av godstransport med jernbane på strekningen Oslo – Trondheim. Dette underbygges bl.a. av informasjon som Green Cargo har fremvist i sakens anledning som viser at selskapets budsjetterte omsetning med to ruteleier er ca. ■ % høyere enn med kun ett ruteleie, mens selskapets budsjetterte terminalkostnader kun er ca. ■ % høyere med to ruteleier.<sup>75</sup>

Det at stordriftsfordeler er tilstede i produksjonen av jernbanetjenester fører til at pris, volum og tilgjengelig kapasitet henger tett sammen. Lave volumer er assosiert med høye priser, middels høye volumer er assosiert med lave priser, mens veldig høye volumer (maks kapasitet) igjen er assosiert med høye priser.<sup>76</sup> Nye aktører som forsøker å etablere seg i markedet er derfor avhengige av å både ha tilstrekkelig tilgjengelig kapasitet og nok volum til å kunne senke sine enhetskostnader til et nivå som gjør dem i stand til å tilby konkurransedyktige priser.

Stordriftsfordelene i jernbanetransport gjør at etablering i liten skala vanskelig vil føre til at nye aktører vil kunne tilby et prisnivå som legger press på etablerte aktører som nyter godt av stordriftsfordeler.

## Oppsummering - tilsynets vurdering av etableringshindringer

Etter tilsynets vurdering er det høye etableringshindringer til markedet for godstransport med jernbane på strekningen Alnabru-Trondheim spesielt og i Norge generelt. På grunn av knapphet på ruteleier, høye faste kostnadene og stordriftsfordeler forbundet med å drive jernbane- og terminalvirksomhet, og omfattende offentlige krav til virksomhetene, anser tilsynet at etableringshindringene er høye og sannsynligheten er liten for at det vil skje en tidsnær nyetablering som vil styrke konkurransen.

## Oppsummering - tilsynets vurdering av potensiell konkurranse

Etableringshindringene kan være noe lavere for aktører som er etablert i tilgrensende markeder enn for nye aktører. Med tilgrensende markeder menes enten aktører som opererer utenfor det aktuelle geografiske området, slik som Green Cargo gjorde mens Cargolink fortsatt var tilstede på den aktuelle strekningen, eller aktører som i dag er aktive innen nisjedeler av jernbanemarkedet eller i andre deler av transportmarkedet. Dette kan eksempelvis være jernbaneforetak som allerede innehar sikkerhets sertifikater og lisens i andre EU/EØS-land.

Selv om etableringshindringene for aktører i tilgrensende markeder er noe lavere enn for nye aktører, anser tilsynet at de generelt høye etableringshindringene i markedet tilsier at hindringene ikke er tilstrekkelig lave for å tillate en tidsnær nyetablering som vil styrke konkurransen. Tilsynet anser derfor at den potensielle konkurransen i markedet for godstransport med jernbane på strekningen Oslo-Trondheim ikke er sterk nok til å endre konklusjonen om at det er lite sannsynlig med tidsnære nyetableringer.

<sup>74</sup> For en nærmere beskrivelse av stordriftsfordelene i produksjonen av jernbanetransport, se bl.a. s. 64 i OE-rapport 2015-9, Konkurransanalyse av godstransportmarkedet, skrevet av Oslo Economics på oppdrag fra Samferdselsdepartementet.

<sup>75</sup> Brev av 19. mai 2016 fra Thommesen v/Green Cargo AB til Statens jernbanetilsyn.

<sup>76</sup> OE-rapport 2015-9, Konkurransanalyse av godstransportmarkedet, skrevet av Oslo Economics på oppdrag fra Samferdselsdepartementet, s. 71.

## Kjøpermakt

Kjøpermakt kan motvirke muligheten en eller flere aktører har til å utøve markedsrett. Med kjøpermakt menes at en kjøper, på grunn av sin posisjon i markedet og den kommersielle betydningen kjøperen har for leverandøren, kan motvirke at en aktør øker prisene, senker kvaliteten på varen eller tjenesten, eller på en annen måte leverer til dårligere betingelser for kjøperen. Kjøpermakt kan blant annet gi seg utslag i at kunden truer med å bytte leverandør eller starter egen virksomhet.

Kjøpermakt får betydning for konkurransesituasjonen i et marked når en kjøper innen rimelig tid har mulighet til å bytte til en annen tilbyder eller har mulighet til å få potensielle tilbydere til å etablere seg i markedet.

For å kunne utøve kjøpermakt, må kjøperen ha mulighet til å sette ulike tilbydere opp mot hverandre i konkurranse om et oppdrag. Dette kan være vanskelig dersom det kun er et fåtalls aktører som konkurrerer i markedet og/eller om aktørene som konkurrerer driver under full kapasitetsutnyttelse og mangler ledig kapasitet. Gitt et tilfelle med to foretak hvor kun det ene har mangel på kapasitet, vil kundene som ønsker varene sine transportert med jernbane kunne ende opp i en situasjon hvor de på kort sikt kun har en reell tilbyder av slike tjenester.

## Tilsynets vurdering av kjøpermakt

Både før og etter Bane NORs refordeling av det omstridte ruteleiet er det kun to tilbydere av godstransport med jernbane på strekningen mellom Oslo-Trondheim. Uttalelser fra kundene i saken tyder på at de anser konkurranse mellom flere tilbydere av godstransport med jernbane som sentralt for at de skal kunne utøve kjøpermakt.

Green Cargo og CargoNet har videre i møter<sup>77</sup> med tilsynet informert om at det er vanlig praksis i markedet for godstransport med jernbane at kunder inngår rammeavtaler med flere jernbaneoperatører samtidig. Det at markedet for godstransport med jernbane fungerer på denne måten anser tilsynet er et tegn på at kundene innehar en viss kjøpermakt. Kundene som inngår rammeavtaler med flere jernbaneoperatører får gjennom denne mekanismen en anledning til å sammenligne tilbudene de får fra aktørene og spille disse ut mot hverandre. Ledig kapasitet hos hvert jernbaneforetak er derimot en forutsetning for at kundene effektivt skal kunne bruke kjøpermakt på denne måte.

Kundene Posten Norge AS (Posten), DB Schenker og PostNord har i sakens anledning gitt uttrykk for at det er viktig for dem å kunne ha flere aktører å kunne spille på når de velger hvem de skal plassere sine volum hos. Posten uttaler bl.a. at «som stor kunde på jernbanetransport, er Posten opptatt av at det er sunn konkurranse i dette markedet».<sup>78</sup> PostNord uttaler at «[det] for PostNord er viktig med konkurranse på bane, og i denne sammenheng kunne bidra med volumer og forutsigbarhet for at en ny aktør skal kunne etablere seg».<sup>79</sup> DB Schenker uttaler på sin side at «det [er] viktig å opprettholde konkurranseeffekten med flere aktører på de norske jernbanestrekningene».<sup>80</sup>

Tilsynets vurdering er derfor at kundene på strekningen Alnabru - Trondheim innehar en viss kjøpermakt, men at denne makten er begrenset av at det kun er to aktører på strekningen.

<sup>77</sup> Møte med Green Cargo 3. mai 2016 og møte med CargoNet 20. mai 2016.

<sup>78</sup> Brev fra Posten Norge AS av 10. juni 2016.

<sup>79</sup> E-post fra PostNord av 7. juni 2016.

<sup>80</sup> E-post fra DB Schenker AS av 20. juni 2016.



### **Konklusjon - Konkurransesituasjonen før Bane NORs tildeling**

Etter tilsynets oppfatning er markedet for godstransport med jernbane på strekningen Alnabru – Trondheim sterkt konsentrert, med kun to aktører tilstede på strekningen. Målt i antall tildelte ruteleier var CargoNet den største aktøren i 2015, med en markedsandel på 64 %.

Tilsynet har videre kommet til at det er betydelige etableringshindringer og begrenset potensiell konkurranse i markedet. Etter tilsynets vurdering begrenses kundenes kjøpermakt på strekningen av at det er få aktører på strekningen og mangel på kapasitet.

Tilsynets samlede vurdering av konkurransesituasjonen før Bane NORs tildeling av 8. mars 2016 er derfor at konkurransen i markedet var begrenset eller svak allerede før Cargolinks uttrede fra markedet og Bane NORs refordeling av ruteleier.

#### **4.4.3 Konkurransesituasjonen etter Bane NORs tildeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet – hvorvidt en uønsket utvikling i markedet har oppstått**

Tilsynet vil i dette kapittelet beskrive de forventede konkurransemessige effektene av Bane NORs tildeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet i markedet for godstransport med jernbane på strekningen Alnabru – Trondheim. Videre vil tilsynet sammenligne konkurransesituasjonen i markedet før og etter Bane NORs tildeling for til slutt konkludere om Bane NORs tildeling har ført til en forverring av konkurransen, og dermed en uønsket utvikling og situasjon i markedet.

#### **Markedsandeler og konsentrasjon**

Som nevnt har tilgang på infrastrukturkapasitet vært en begrensende innsatsfaktor på strekningen Alnabru – Trondheim. Det er derfor klart at både CargoNets markedsandel og markedskonsentrasjonen vil øke som følge av Bane NORs tildeling av ett av Cargolinks innleverte ruteleier til CargoNet. Det trekker isolert sett i retning av at konkurransen forverres som følge av Bane NORs refordeling og at CargoNets markedsstilling ytterligere styrkes sammenlignet med konkurransesituasjonen før refordelingen.

Tilsynet har anslått CargoNets og Green Cargos markedsandeler etter Bane NORs refordeling i 2016 ved å tilordne Cargolinks tildelte ruteleier på strekningen for 2015 likt mellom selskapene. Etter tilsynets beregninger øker CargoNets markedsandel anslagsvis fra 64 % før tildeling til 82 % etter tildeling. Green Cargos markedsandel anslås til 18 %. Konsentrasjonen i det aktuelle markedet målt ved HHI-indeksen øker også som følge av forskyvningen i markedsandeler til CargoNets fordel.<sup>81</sup>

Etter tilsynets vurdering tilsier den betydelige økningen i CargoNets markedsandel sammen med sterkere konsentrasjon på at konkurransen blir ytterligere forverret som følge av Bane NORs tildeling på strekningen Alnabru – Trondheim.

Som nevnt tidligere, er høye markedsandeler og et konsentrert marked likevel ikke alene tilstrekkelig for å konkludere med at konkurransen i markedet er begrenset. I det følgende drøftes kort etableringshindringer, potensiell konkurranse, bortfall av konkurransepress og kjøpermakt i etterkant av tildelingen av det omstridte ruteleiet til CargoNet. Tilsynet legger til

---

<sup>81</sup> HHI-indeksen for strekningen etter Jernbaneverkets tildeling er beregnet til 7045.

grunn at tilsvarende vurderinger som gjort i punkt 4.4.2 også gjelder etter Bane NORs tildeling og gjentar ikke disse her.

### **Etableringshindringer og potensiell konkurranse**

Tilsynet er av den oppfatning at en aktør som ønsker å etablere seg på strekningen Alnabru – Trondheim vil møte betydelige etableringshindringer også i etterkant av Bane NORs refordeling av ruteleier. Tilsynet legger derfor til grunn at det fremdeles er betydelige etableringshindringer og begrenset potensiell konkurranse også etter Bane NORs refordeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet.

### **Bortfall av konkurransepress og kjøpermakt**

Green Cargo har i forbindelse med sin klage anført at Bane NORs beslutning om fordeling av ledig infrastrukturkapasitet medfører at Green Cargo ikke vil være i stand til å dekke etterspørselen fra Cargolinks tidligere kunder som de har inngått avtale med.<sup>82</sup> Utfra opplysningene i saken, blant annet fra kundene, finner tilsynet at denne anførselen gir en riktig beskrivelse av Green Cargos kapasitet for ruteplan 2016.

Etter tilsynets oppfatning tilsier det at Bane NORs fordeling av ruteleier har medført at den ene av to aktører på strekningen Alnabru – Trondheim ikke hadde tilstrekkelig kapasitet i form av ruteleier ut ruteplanperioden for 2016 til å dekke etterspørselen fra Cargolinks tidligere kunder. I så tilfelle var Green Cargo på kort sikt ikke i stand til å konkurrere effektivt med CargoNet om kundene. Det omfatter både Cargolinks tidligere kunder og eventuelt nye kunder og volumer. Videre vil det at Green Cargos kapasitet er fullt utnyttet bidra til å redusere kundenes kjøpermakt. Det er fordi Green Cargo ikke vil kunne levere tilbud i forbindelse med kundeforespørsler så lenge kapasiteten er fullt utnyttet.

Green Cargos mangel på kapasitet kan på kort sikt løses dersom det finnes alternative konkurransedyktige ruteleier eller andre måter å utvide Green Cargos kapasitet på. Bane NOR har opplyst tilsynet om at Green Cargo etter tildelingsbeslutningen ble tilbudt et alternativt ruteleie.<sup>83</sup> Dette ruteleiet har Green Cargo informert om at selskapet ikke har tatt imot på grunn av at det ikke er konkurransedyktig. Dette skyldes høye kostnader forbundet med bruk av flere lokomotiver og fordi tidspunktene for det alternative ruteleiet ikke er tilpasset Cargolinks tidligere kunders behov.<sup>84</sup> I møte med tilsynet av 20. mai 2016 har også CargoNet gitt uttrykk for at det alternative ruteleiet som er tilbudt Green Cargo ikke er å regne som likeverdig med det omstridte ruteleiet. Tilsynet legger ut fra disse opplysningene til grunn at det ikke fantes alternative konkurransedyktige ruteleier for Green Cargo.

Tilsynet har videre i telefonsamtale med Bane NOR fått opplyst at Green Cargo har fått dispensasjon fra Bane NOR lokalt til å kjøre lengre tog. Tilsynet er ikke kjent med omfanget av denne dispensasjonen, men antar at det kan ha avhjulpet noe på Green Cargos kapasitetsmangel.

For tilsynet fremstår det som klart at CargoNet etter Bane NORs tildeling har hatt ledig kapasitet, noe som informasjon innhentet fra kundene i saken underbygger. For eksempel har Posten Norge AS (Posten) informert tilsynet om at Posten i utgangspunktet hadde til hensikt å la Green Cargo overta volumene som tidligere ble fraktet med Cargolink. Som følge av Bane

<sup>82</sup> Brev med klage til Statens jernbanetilsyn av 31. mars 2016.

<sup>83</sup> Møte mellom Statens jernbanetilsyn og Jernbaneverket 19. april 2016.

<sup>84</sup> Brev av 31. mars 2016 fra Green Cargo AB med klage til Statens jernbanetilsyn.

NORs beslutning ble imidlertid deler av volumet flyttet over til CargoNet siden Green Cargo ikke fikk tilgang på flere rutetider.<sup>85</sup>

Opplysningene i saken tyder derfor på at Bane NORs fordeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet har medført at Green Cargo ble satt i en situasjon med mangel på kapasitet, mens CargoNets kapasitet er øket sammenlignet med situasjonen forut for Bane NORs tildeling. Etter tilsynets vurdering innebærer dette isolert sett at Green Cargo som ny aktør på strekningen i ruteplan 2016 ikke vil kunne utøve samme konkurransepress som Cargolink tidligere var i stand til på samme strekning. Manglende kapasitet hos Green Cargo svekker også etter tilsynets vurdering kundenes kjøpermakt. Kundens valg om å flytte volum som opprinnelig skulle kjøres med Green Cargo til CargoNet, som et resultat av at Green Cargo ikke har flere konkurransedyktige ruteleier, er etter tilsynets vurdering en tydelig indikasjon på dette. En fordeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet har derfor etter tilsynets vurdering medført ytterligere svekket konkurranse og at CargoNet møter mindre konkurransepress i markedet for godstransport med jernbane på strekningen Alnabru – Trondheim.

### **Utvidelse av kapasitet på strekningen i ruteplan 2017**

Tilsynet har fått opplysninger fra Bane NOR om at infrastrukturkapasiteten på strekningen er blitt utvidet slik at begge aktørene har fått tilgang på flere ruteleier i ruteplanen for 2017. Bane NOR opplyser på sine nettsider at det i ruteplanen for 2017 er lagt inn åtte togpar per døgn på strekningen Alnabru - Trondheim, fem for CargoNet og tre for Green Cargo.<sup>86</sup> Tilsynet antar derfor at det ikke vil være en tilsvarende mangel på kapasitet på strekningen Alnabru – Trondheim i 2017 som det var i 2016. Siden Green Cargo har fått økt kapasitet og dermed vil kunne kjøre flere tog i ruteplan for 2017 enn i 2016, vil Green Cargos posisjon i markedet trolig styrkes. På sikt legges det derfor til rette for en forbedring i konkurranseforholdene mellom CargoNet og Green Cargo på strekningen. Ruteplanen for 2017 ble iverksatt 12. desember 2016.

Selv om Bane NORs beslutning om refordeling av ruteleier etter Cargolinks uttreden av markedet på kort sikt medførte redusert konkurranse og dermed en uønsket utvikling/situasjon i markedet, synes det som dette er rettet opp i ruteplanen for 2017.

### **Konklusjon**

Tilsynets samlede konklusjon er at Bane NORs fordeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet på kort sikt (i ruteplan 2016) medfører at konkurransen på strekningen Alnabru – Trondheim reduseres og at CargoNets markedsposisjon styrkes sammenlignet med konkurransesituasjonen i markedet før Cargolinks uttreden. På grunn av høye etableringsbarrierer og svak kjøpermakt vil ikke nyetableringer, potensiell konkurranse eller tilstrekkelig press fra kundene avhjelpe denne endringen i konkurranseforholdene. På kort sikt fører derfor Bane NORs tildeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet til en uønsket utvikling i markedet.

På lengre sikt, og allerede fra oppstart for ruteplanperioden 2017, vil konkurranseforholdene endre seg ved at Green Cargo får økt kapasitet i form av å være tildelt flere ruteleier på strekningen Alnabru-Trondheim. Økningen i Green Cargos kapasitet innebærer etter tilsynets

<sup>85</sup> Brev av 10. juni 2016 fra Posten Norge AS til Statens jernbanetilsyn

<sup>86</sup> Nyhet publisert 19. oktober 2016 på Jernbaneverkets nettside, *Ekspresstog på Vestfoldbanen og flere godstog*: <http://www.jernbaneverket.no/Nyheter/Nyhetsarkiv/2016/ekspresstog-pa-vestfoldbanen-og-flere-godstog/>

oppfatning at selskapet fremover vil være en mer jevnbyrdig konkurrent til CargoNet og et mer reelt alternativ for kundene. På lengre sikt synes skaden derfor å være motvirket av Bane NORs tildeling av flere ruteleier til Green Cargo for ruteplan 2017 som ble iverksatt 11. desember 2016.

Tilsynets samlede vurdering er derfor at det nå ikke er aktuelt å treffe beslutning om hensiktsmessige tiltak, jf. jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd, for å rette på den uønskede utviklingen i konkurransen i markedet som Bane NORs tildeling av det omstridte ruteleiet til CargoNet førte til på kort sikt i 2016.

## 5 Vedtak

Tilsynet har funnet at Bane NORs tildeling av det omstridte ruteleiet ikke ble foretatt i henhold til kravet om likebehandling i fordelingsforskriften § 3-1, sml. den nye jernbaneforskriften § 4-1. Videre har tilsynet funnet at tildelingen har ledet til en uønsket markedsutvikling etter jernbaneforskriften § 8-3, sml. den nye jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd. Ettersom ny ruteplan for 2017 allerede har trådt i kraft, ville det imidlertid ha vært uten praktisk betydning å ta Green Cargos konkrete påstand om omgjøring av Bane NORs beslutning helt eller delvis til følge. Foranlediget av den aktuelle saken finner imidlertid tilsynet grunnlag for å treffe vedtak rettet mot Bane NORs fremtidige håndtering av tilsvarende situasjoner og behandling av søknader i tilfelle av konflikt.

Statens jernbanetilsyn pålegger med hjemmel i jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd jf. § 11-1 syvende ledd Bane NOR å

- (1) i tråd med fordelingsforskriften § 3-1, jf. 2-2 punkt 3 og den nye jernbaneforskriften § 4-1, jf. § 5-2 nr. c utarbeide relevante prinsipper og kriterier som dekker situasjoner der ruteleier tilbakeleveres og refordelles i løpet av en ruteplanperiode. Prinsippene og kriteriene skal fremgå av nettveiledningen innen seks måneder fra vedtakstidspunktet.
- (2) i tilfeller av søknadskonflikt i situasjoner som omtalt i punkt (1) første setning foreta en objektiv gjennomgang og vurdering av opplysninger og dokumentasjon mottatt i tilknytning til de respektive søknadene i tråd med fordelingsforskriften § 3-1, jf. § 7-4 første ledd og den nye jernbaneforskriften § 4-1, jf. § 8-6 første ledd. Bane NOR må herunder innhente dokumentasjon eller på annen måte søke å verifisere udokumenterte opplysninger fremlagt av søkerne, særlig der opplysningene er av sentral betydning for beslutningen om fordeling.
- (3) i tilfeller som nevnt i punkt (2) første setning utarbeide dokumentasjon under saksbehandlingen som redegjør for hvilke vurderinger som ligger til grunn for Bane NORs tildeling, herunder hvordan Bane NOR har vurdert de respektive søknadene på bakgrunn av de relevante prinsippene og kriteriene i tråd med fordelingsforskriften § 3-1 og den nye jernbaneforskriften § 4-1.
- (4) i tilfeller som nevnt i punkt (2) første setning gi en skriftlig begrunnelse til søkerne for Bane NORs beslutning om tildeling. Det skal fremgå av begrunnelsen at Bane NORs tildeling er foretatt i henhold til de oppstilte prinsippene og kriteriene i tråd med fordelingsforskriften § 3-1 og den nye jernbaneforskriften § 4-1, herunder hvilke vurderinger som ligger til grunn for tildelingen.
- (5) innen utløpet av januar 2018 sende tilsynet en skriftlig redegjørelse for hvordan Bane NOR har fulgt opp punktene (1) - (4).

Med hilsen

Erik Ø. Reiersøl-Johnsen

Direktør

*Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur*