

Vestland fylkeskommune
Avdeling for mobilitet og kollektivtransport

Sendes per e-post: post@vlfk.no

Deres ref.:
2020/36722-13

Vår ref.:

Ansvarlig advokat:
Anders Anundsen

Oslo, 27.11 2020

KLAGE OVER AVSLAG PÅ SØKNAD OM RUTELØYVE

Vi viser til Vestland fylkeskommunes brev av 19 november d.å til Hop On AS med meddelelse om at Fylkesutvalget den 29. oktober i år mot H og FrPs stemmer avslo søknad av 04.03 i s.å om ruteløyve. Avslaget påklages med dette på vegene av Hop On AS (heretter «Hop On»). Vedtaket er sendt søker 19. november d.å. Klagen er rettidig.

Søknaden er behandlet etter yrkestransportlovens § 6 første og annet ledd som lyder:

«(1) Den som mot vederlag vil drive persontransport i rute med motorvogn må i tillegg til løyve etter § 4 første ledd ha særskilt løyve for rutetransport.

2) Løyve til persontransport i rute over ei viss lengd skal ikkje behovsprøvast. Departementet fastset i forskrift den nedre grensa for persontransport i rute som ikkje skal behovsprøvast. Den nedre grensa kan ikkje setjast lågare enn 80 km. Departementet kan fastsetje i forskrift at særlege former for persontransport i rute ikkje skal behovsprøvast utan omsyn til lengda på ruta.»

Av bestemmelsen fremgår det at søknad om løyve til rutetransport skal behovsprøves med mindre ruten har en viss lengde. Vestland Fylkeskommune avslår søknaden fra Hop On med følgende begrunnelse som fremgår av saksfremstillingen, i realiteten en henvisning til Fylkesutvalgets behandling av en annen søknad fra Hop On i mars 2020:

1. *Os buss og Strømmen Norge har ruteløyve for en strekning som er nesten lik.*
2. *Det er mangel på ledig holdeplasskapasitet i Bergen Sentrum.*
3. *Skyss sine busser har redusert punktlighet i sommerhalvåret på grunn av kapasitetsmangel ved holdeplassene.*
4. *Det er registrert ledig kapasitet på eksisterende tilbud.*
5. *Det er etablert konkurranse med to aktører.*
6. *Bergen kommune er negativ til at det skal gis løyve.*

Behovsprøving

Utgangspunktet for Fylkeskommunens behandling skal være en vurdering av om det er et behov for tjenesten eller ikke. Det er i denne saken ikke foretatt noen konkret vurdering eller beregning fra Fylkeskommunens side som tyder på at det ikke er behov for tjenesten Hop On tilbyr. Det eneste som foreligger av tallgrunnlag, er de opplysningene som fremkommer av søknaden. Der fremgår det at det er et stort behov for tjenesten ved at det allerede i dag er forventet om lag 600.000 årlige cruisegjester til Bergen. Det fremgår videre at behovet vil bli større fremover blant annet fordi antallet gjestedøgn på overnattingsbedriftene i Bergen er økende. I tillegg vil tilbudet være nyttig for andre tilreisende turister, og for en del av innbyggerne i Bergen.

Fylkeskommunen imøtegår ikke tallgrunnlaget fra søker. Det er imidlertid lagt vekt på at Fylkesutvalget i sin behandling av en annen søknad fra Hop On la til grunn at det var ledig kapasitet hos eksisterende tilbydere av lignende tjeneste. Dette er ikke dokumentert eller undersøkt på noen måte, og fremstår som en løs påstand uten empirisk grunnlag. I den grad en skal imøtegå søkers oppfatning av markedsmulighetene, altså behovet for tjenesten, må det gjøres basert på noe mer konkret enn en løs observasjon av ledig kapasitet hos en konkurrerende aktør.

Med det kundetilfanget som er i Bergen, er det klart mest sannsynlige at kun to operatører ikke kan tilfredsstille behovet. Den ene av de to eksisterende aktørene benytter minibuss og har således svært begrenset kapasitet, særlig til å håndtere større grupper på reise.

Det kan og vil være slik at det i perioder er ledig kapasitet. Knappt noen bransjer er uten ledig kapasitet til tider. Det betyr ikke at man kan unnlate å ha et tilbud i de travle periodene. Med et så stort marked som beskrevet, er det bestående tilbudet i en normalsituasjon altfor knapt.

Fylkeskommunen må foreta en konkret vurdering av hvilken virkning det nye rutetilbudet vil få i forhold til eksisterende rutetilbud. Formålet med avveiningen er å sikre en samfunnsøkonomisk rasjonell transport. En forutsetning for at Fylkeskommunen skal kunne foreta en slik vurdering, er at det foreligger et objektivt faktisk grunnlag som vurderingen kan

baseres på. Det er avgjørende for at Fylkeskommunen skal oppfylle sin utredningsplikt, jf. fvl. § 17.

I denne saken er det ikke innhentet noen slike opplysninger fra Fylkeskommunens side så langt vi kan se. Det er utelukkende henvist til løse antagelser som Fylkeskommunen ikke kan bygge vedtaket på. Fylkeskommunen kunne enkelt innhentet konkrete tall fra aktørene som viser den faktiske ledige kapasiteten og hvordan kapasitetsutnyttelsen er i de ulike månedene tilbudet er planlagt å gjelde for. Så vidt vi kan forstå er det ikke innhentet noen slike trafikkdata.

Det er videre anført at tilbudet vil føre til at den ordinære rutebussen får redusert punktlighet på grunn av trengsel på holdeplassene. Dersom Fylkeskommunen skal kunne bygge på dette må det fremlegges dokumentasjon som viser at punktligheten for rutebussene til Skyss er lavere i de månedene det er tilbud om sightseeingbusser og at dette ikke skyldes for eksempel økt passasjertrykk på rutebussene i sommerhalvåret. Dette er enkle data å innhente, men Fylkeskommunen har så vidt vi kan finne ikke fremlagt slik dokumentasjon.

Det er altså ikke fremlagt noen dokumentasjon fra Fylkeskommunen som indikerer at det ikke er behov for en ytterligere aktør som tilbyr sightseeing i Bergen. Det er ingen dokumentasjon for at det ville medføre negative konsekvenser for eksisterende aktører at det etableres et nytt tilbud, og det er ikke fremlagt dokumentasjon for at det vil gi en mindre samfunnsøkonomisk rasjonell transporttjeneste i området.

Så godt som hele saksutredningen og hele uttalelsen fra Bergen kommune som det tydelig er lagt vekt på, dreier seg ikke om behovet for transporten, men trafikken i enkelte gater. Det er utenfor eller i beste fall på siden av lovens temaer og er dessuten løsbart ved enkle justeringer i ruten.

Vedtaket oppfyller ikke kravene i yrkestransportloven § 6, i det Fylkeskommunen ikke har foretatt noen behovsprøving. Vedtaket er heller ikke i samsvar med fvl. § 17 i det saken ikke er tilstrekkelig opplyst til at Fylkeskommunen kan konkludere med at det ikke er behov for den omsøkte tjenesten. Det er hverken faktisk eller rettslig grunnlag for å avslå søknaden, jf. yrkestransportloven § 6, annet ledd.

Rutene er ikke sammenfallende

Fylkeskommunen anfører som avslagsgrunn at rutene som Hop On har søkt om i stor grad er sammenfallende med rutene som etablerte aktører har. Det medfører ikke riktighet. Selv om det er enkelte strekk som er sammenfallende, har Hop On tilpasset sin rute slik at rutevalget ligger utenom de mest belastede områdene i Bergen.

Dette kan uansett bare vektlegges i vurderingen av om det er behov for tilbudet eller ikke, basert på objektive kriterier, jf. omtale under. Det foreligger som nevnt ingen slik vurdering fra Fylkeskommunens side.

EØS-retten

Utgangspunktet i EØS-retten, som Norge er bundet av, er at det skal være fri etableringsrett på tvers av EØS-statene og internt i hver enkelt EØS-stat, jf. EØS-avtalen art. 31:

«1. I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.

2. Vedlegg VIII til XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsrett.»

I den grad denne retten kan innskrenkes, hvilket det kan være tvil om, må i det minste innskrenkningene begrunnes svært godt, og uansett være basert på objektive, åpne og ikke-diskriminerende vilkår. Norsk rett og praktiseringen av norsk rett skal være i samsvar med EØS-loven art. 31 også på transportområdet, jf. uttalelse fra ESA i sak 74881 (om norsk regulering av Taxi-næringen). Dette har direkte virkning på Fylkeskommunens behandling av søknad om løyve etter yrkestransportloven.

ESA konstaterer i nevnte uttalelse at enhver hindring av retten til å etablere seg i utgangspunktet er i strid med EØS-avtalen, jf. uttalelsen pkt. 5.2:

«As the ECJ and EFTA Court have consistently held, Article 31(1) EEA precludes any national measure which, even though it is applicable without discrimination on grounds of nationality, is liable to hinder or to render less attractive the exercise by EU citizens of the freedom of establishment. The concept of „restriction“ for the purposes of Article 31(1) EEA covers measures taken by an EEA State which, although applicable without distinction, affect the access to the market for undertakings from other Member States and thereby hinder intra-EEA trade. Article 31 EEA also prohibits discriminatory national measures which do not distinguish upon nationality as such, but de facto have (indirect) discriminatory effects. Furthermore, it prohibits rules which impede or render less attractive the exercise of the freedom of establishment, in particular through the application of a prior authorisation procedure.

National legislation which makes the establishment of an undertaking from another Member State conditional upon the issue of prior authorisation constitutes a restriction, since it is capable of hindering the exercise by that undertaking of its freedom of establishment, by deterring or even preventing it

from freely pursuing its activities through a fixed place of business.»

I denne saken er Fylkeskommunen løyvemyndighet og skal foreta en konkret vurdering av om løyve/rett til etablering skal gis eller ikke. Vurderingen må være innenfor rammen satt i EØS-avtalen og i yrkestransportloven. Fylkeskommunen kan ikke utøve fritt skjønn om hvorvidt vilkårene for å gi løyve er oppfylt eller ikke. En slik vurdering skal være basert på objektive kriterier, vurdert opp mot hensynet bak løyveordningen.

Argumenter som ikke har noe med behovsvurderingen å gjøre er uansett ikke relevante. At Bergen kommune er mot at det gis løyve og mener det er kø på holdeplassene sommerhalvåret, at Fylkesutvalget mener det er ledig kapasitet hos en aktør, at rutene ligner på hverandre, eller andre utenforliggende hensyn gir ikke grunnlag for å avslå løyve.

Fylkeskommunens vedtak er i strid med EØS-loven artikkel 31.

Konkurrans

Fylkeskommunen anfører at det er etablert konkurranse for sightseeing-busser i Bergen allerede ved at det finnes 2 aktører, og at det derfor ikke er nødvendig med flere løyver. På denne måten setter Fylkeskommunen et tak på antall løyver som kan gis til sightseeing-busser i Bergen. Som følge av EØS-avtalens bestemmelse om etableringsfrihet kan det ikke settes begrensninger i antall aktører for etablering i et marked.

Fylkeskommunens vurdering i denne saken er i direkte strid med EØS-retten, jf. uttalelse fra ESA i sak 74881, s. 8 annet avsnitt:

«However, the Authority is concerned with the restriction of the freedom of establishment that follows from the numerical limitation of available taxi licences. Under the applicable legal framework referred to under Section 4.2 above, a licence for the establishment of a new taxi business will only be granted under very specific conditions that are outside the sphere of influence of the provider seeking to obtain a licence. In the view of the Authority, these conditions do not satisfy the requirements set up by the European Courts for prior authorisation schemes, namely that they constitute objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily.»

Det er i strid med EØS-retten å fastsette et maksimalt antall aktører innenfor et tjenesteområde. Selv om det ikke er fastsatt en konkret grense i regelverket som Fylkeskommunen benytter, vil forbudet også ramme tilfeller hvor det i realiteten er fastsatt en grense på antall aktører.

Oppsummering

Fylkeskommunens vedtak er i strid med Yrkestransportloven § 6, fordi det ikke er foretatt en behovsanalyse som grunnlag for vurderingen av søknaden fra Hop On. Vedtaket er i det alt vesentlig fattet på bakgrunn av vurderingstemaer som ikke er hjemlet i loven. Vedtaket er således også fattet i strid med fvl. § 17.

Fylkeskommunens vedtak er i strid med EØS-loven artikkel 31, fordi vedtaket i realiteten er en etableringshindring som ikke er basert på objektive, åpne og ikke-diskriminerende vilkår.

Vedtaket er således ugyldig. I samsvar med overstående ber klager om at vedtaket omgjøres og at tillatelse i samsvar med søknaden gis.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMA LØNNUM DA



Anders Anundsen
Advokat