

Øyer kommune
Kommunedirektør Åsmund Sandvik

Gjøvik, 24. august 2021

Vår ref: 2991/D44082

Internt notat – Konsekvenser av formannskapets vedtak av 17. august 2021

1. Bakgrunn

Formannskapet fattet vedtak den 17. august 2021 i sak 76/21 om å godkjenne anmodningen fra Hafjell Arena as om kjøp eller leie av tomt, samt å godkjenne en opsjonsavtale hvor Hafjell Arena as får rett til å kjøpe eller leie den aktuelle tomten.

Dagen før behandlingen i formannskapet mottok kommunen en anmodning fra Wellegruppen om kjøp av deler av samme tomt som Hafjell Arena ønsket å kjøpe. Formannskapet ble orientert om denne henvendelsen i møtet før innstillingsvedtaket ble fattet.

Spørsmålet er hva konsekvensen vil være hvis kommunestyret fatter vedtak i samsvar med formannskapets innstilling uten å ta hensyn til anmodningen fra Wellegruppen? Jeg har foretatt en rask vurdering av spørsmålet.

2. Vurdering

2.1 Når det offentlige inngår avtaler i kraft av privat autonomi gjelder ikke alle reglene i forvaltningsloven fordi slike avtaler i utgangspunktet ikke anses å være utøvelse av offentlig myndighet. Kapittel II og III om inhabilitet, veiledningsplikt, saksbehandlingstid, partsrepresentasjon, taushetsplikt og elektronisk kommunikasjon gjelder selv om det inngås en privatrettslig avtale, mens kapittel IV, V og VI om enkeltvedtak ikke gjelder. Det vil særlig være reglene om utredningsplikt (§ 17) og prinsippene om likebehandling som vil være viktige her.

Det er derfor viktig å fastslå om et eventuelt vedtak i kommunestyret i tråd med formannskapets innstilling vil være utøvelse av offentlig myndighet eller om det er en ren privatrettslig avtale. På den ene side vil avtaler som inngås på rene forretningsmessige vilkår høre inn under forvaltningens privatautonomi. På den annen side vil avtaler som har en klar offentligrettslig karakter være et enkeltvedtak og dermed utøvelse av offentlig myndighet. Mellom disse klare ytterpunktene må man vurdere forskjellige hensyn for å vite om avtalen er offentlig myndighetsutøvelse eller ikke. Hvilket samfunnsområde er det? Er formålet med avtalen kommersielt eller er det for å oppnå en bestemt samfunnsutvikling? Dreier det seg om

et knapphetsgode? Er avtalen balansert med hensyn til fordeling av rettigheter og plikter? Er formålet med avtalen å dekke grunnleggende behov for innbyggerne?¹

Det er mange hensyn som kan tale for at en inngåelse av opsjonsavtalen med Hafjell Arena vil kunne ses på som utøvelse av offentlig myndighet. Avtalen har åpenbart en annen begrunnelse enn bare å selge en eiendom (til hvem som helst). Dersom det også er andre interessenter til eiendommen vil en prosess hvor disse interessentene holdes utenfor kunne tyde på at det har vært viktig for kommunen hvem som kjøper eiendommen. I tillegg er det snakk om en (sannsynligvis) attraktiv tomt som det ikke er mange av i kommunen.

På den annen side er salg av tomter normalt ansett som privatautonomi, det er det innhentet takst, og det avtales vederlag i opsjonsperioden.

Min vurdering er at det er usikkert om en avtaleinngåelse må ses på som offentlig myndighetsutøvelse eller ikke. Dette betyr at dersom avtalen inngås uten at forvaltningsloven regler om enkeltvedtak følges, vil det være en risiko for at vedtaket ikke har vært fattet på korrekt måte. Det kan bli hevdet at det forelå et enkeltvedtak som er ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil (mangelfull utredning og forskjellsbehandling). Jeg mener at det er en risiko for at en vedtaket kan være ugyldig, og i alle fall en risiko for at andre interessenter til eiendommen kan komme til å forfølge vedtaket.

2.2 Jeg har tidligere skrevet et notat med vurdering av om en overdragelse av tomten til Hafjell Arene kan være i strid med EØS-avtalens artikkel 61 om offentlig støtte. Jeg konkluderte med at det var avgjørende at tomten eventuelt ble solgt til markedspris.² En akseptert måte å finne markedsmessig verdi var å innhente en takst. Det ble innhentet en takst, men på tidspunktet for takstmannens vurdering var det ingen andre interessenter til tomten. Nå vet vi at det foreligger en annen interessent. Det kan derfor tenkes (eller i alle fall problematiseres) at verdien på tomten faktisk er høyere enn taksten. Hvis det er tilfellet vil et salg eller bortfeste basert på taksten kunne bety et salg til under markedspris og dermed en fordel for kjøper som kan rammes av reglene om offentlig økonomisk støtte. Kommunen bør derfor undersøke – ved en henvendelse til takstmannen – hvorvidt den nye situasjonen med to interessenter til eiendommen endrer takstmannens oppfatning av tomteverdien.

Til slutt vil jeg nevne regelen i kommuneloven § 13-1 fjerde ledd som pålegger kommunedirektøren å gjøre folkevalgte organer oppmerksom på faktiske eller rettslige forhold av betydning for iverksetting av vedtaket.

3. Oppsummering

Dersom kommunestyret fatter vedtak i henhold til innstillingen fra formannskapet er det en risiko for at vedtaket er ugyldig fordi saksbehandlingen ikke har vært korrekt. Det er også en mulig risiko for at det må foretas en ny vurdering av forholdet til reglene om offentlig støtte.

Med hilsen
Advokatfirma Lohne Krokeide AS

¹ NOU 2019:5 kap 27.3.2.2

² Se notat av 14. januar 2021 fra undertegnede

advokat

Lars Braastad