



Klagenemnda for tilskudd
til kulturarrangementer

Avgjørelse fra Klagenemnda for tilskudd til kulturarrangementer 15. november 2022

Sak: 2022/763
Klager: Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS
Advokat: Advokat Gaute Corneliusen ved Advokatfirmaet
PricewaterhouseCoopers AS

Klagenemndas sammensetning:

Nemndsleder Tore Lunde, nemndsmedlemmene Anne-Margrete Fiskvik, Elin Melberg, Kiran Aziz og Jon Gotteberg

1 Sakens bakgrunn

- (1) Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS (heretter «klager») søkte 15. september 2020 som arrangør og underleverandør, 27. november 2020 som underleverandør og 1. mars 2021 som underleverandør om kompensasjon for tap på henholdsvis kroner 136 886, 528 551, 44 000 og 262 723 etter forskriftene (heretter som fellesbetegnelsen «forskriftene»):
- Forskrift av 16. juli 2020 nr. 1568 om midlertidig kompensasjonsordning i forbindelse med avlysning, stenging eller utsettelse av kulturarrangementer som følge av covid-19-utbruddet (kompensasjonsordningen mai-august 2020).
 - Forskrift av 4. november 2020 nr. 2250 om midlertidig kompensasjonsordning i forbindelse med avlysning, stenging eller utsettelse av kulturarrangementer planlagt avholdt i september 2020 som følge av covid-19-utbruddet.
 - Forskrift 4. november 2020 nr. 2245 om midlertidig kompensasjonsordning i forbindelse med avlysning eller stenging av kulturarrangementer planlagt avholdt i oktober til desember 2020 som følge av covid19-utbruddet.
- (2) Klager har i søknadene beskrevet virksomheten som et interkommunalt selskap (IKS) bestående av Kristiansand symfoniorkester, Kilden Teater, Kilden Opera og Kilden Kultur. Klager har fremholdt at det er avdelingen Kilden Kultur som representerer den regionale kulturhusvirksomheten. Videre at Kilden Kultur avlegger eget årsregnskap, som blir revidert av selskapets revisor. Klager har i tre av søknadene, søknader datert 15. september 2020 og søknad datert 1. mars 2021, vist til at virksomheten søker kompensasjon på vegne av avdelingen Kilden Kultur og at avdelingen får mindre enn

Postadresse
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

60 prosent av sine midler fra offentlig støtte. I søknad datert 27. november 2020 har klager informert om at «*Gj.snittlig billettinntekter og resultat under er basert på Kilden Kulturs utleie arr i konsertsalen i sept mnd 2017-2019*», men ikke spesifisert at det søkes kompensasjon på vegne av underenheten.

- (3) Kulturrådet fattet vedtak om tildeling av kompensasjon pålydende kroner 136 886, 528 551, 44 000 og kroner 262 723 henholdsvis ved to vedtak datert 4. november 2020, samt vedtak 18. desember 2020 og 31. mai 2021. Klager aksepterte samtlige vedtak/kontrakter 18. november 2020, 4. januar 2021 og 1. juni 2021.
- (4) I forbindelse med etterkontroll ble klager i brev datert 30. juni 2021 bedt av Kulturrådet om å redegjøre for andelen offentlig støtte virksomheten mottok i 2019. Kulturrådet har vist til at etter kompensasjonsforskriftene klager har søkt, og fått, kompensasjon etter er det et krav om et foretak ikke mottok mer enn 60 prosent av sine inntekter fra offentlige tilskudd i 2019.
- (5) Klager oversendte den etterspurte dokumentasjonen i e-post datert 16 august 2021. Vedlagt var tilskuddsbrev til Kilden fra Kulturdepartementet 2021, avtale mellom Kristiansand kommune og Vest-Agder fylkeskommune om lokal og regional driftsstøtte til Kilden, søknad til Kristiansand kommune om ordinært driftstilskudd for 2021, avdelingsregnskap for avdeling Kilden Kultur med tilhørende revisorgodkjenning og kopi av e-postutveksling mellom Kulturrådet og klager fra august 2020 om Kilden Kulturs adgang til å søke kompensasjon.
- (6) Kulturrådet sendte 4. november 2021 varsel om omgjøring av tildelingsvedtakene og krav om tilbakebetaling av utbetalt kompensasjon pålydende kroner 972 160, med den begrunnelse at klager som arrangør og underleverandør mottok mer enn 60 prosent av sine inntekter fra offentlig tilskudd i 2019, jf. forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd.
- (7) Kulturrådet og klager ved advokat Gaute Corneliussen ved advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS hadde løpende dialog gjennom november og desember 2021. Kulturrådet har veiledet klager ved utarbeidelse av tilsvarende svar og informert om at det per 3. desember 2021 ikke hadde vært eller var, etter det Kulturrådet hadde kunnskap om, lignende saker oppe i klagenemnda hvor en behandlet en tilsvarende problemstilling. Kulturrådet informerte imidlertid om at klagenemnda hadde behandlet saker rundt kommunale kinoer, hvor nemnda kom til at kinoen måtte anses som en del av kommunen etter kommuneloven § 9-1, slik at kommunen var å regne som søker.
- (8) Klager sendte inn merknader til Kulturrådets varsel 21. desember 2021. Vedlagt var e-postutveksling mellom Kulturrådet og klager om Kilden Kulturs adgang til å søke kompensasjon etter ordningen.
- (9) Den 27. januar 2022 fattet Kulturrådet vedtak om omgjøring og krav om tilbakebetaling av kompensasjon på kroner 972 160. Kulturrådet opprettholdt sin tolkning av forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd som fremgikk i varselet datert 4. november 2021 og viste videre til at vedtaket var ugyldig, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.
- (10) Klager mottok først Kulturrådets vedtak 6. april 2022. Fristen for å sende klage ble utsatt til 26. april 2022.

- (11) Klager påklaget vedtaket den 26. april 2022.
- (12) Kulturrådet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssaker datert 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble oversendt Klagenemnda for tilskudd til kulturarrangementer ved Kulturrådets innstilling datert 2. mai 2022.
- (13) Klager har i brev datert 18. mai 2022 fått informasjon om saksgangen for Klagenemnda for tilskudd til kulturarrangementer og frist til å inngi kommentarer til Kulturrådets innstilling i saken eller andre merknader.
- (14) Klager oversendte sine merknader i saken 31. mai 2022.
- (15) Klagenemnda for tilskudd til kulturarrangementer avholdt nemndsmøte i saken 15. november 2022.

2 Kulturrådets omgjøringsvedtak

- (16) Kulturrådet har i varsel datert 4. november 2021 og omgjøringsvedtak datert 27. januar 2022 vist til at det er Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS som har søkt kompensasjon. Ordlyden i forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd sett i sammenheng med kravet om registrering i Enhetsregisteret, jf. forskriftene §§ 2 og 5 første ledd bokstav a, tilsier at forskriftenes krav gjelder den enkelte søker. Dette gjelder også for bestemmelsen som utelukker organisasjoner med mer enn 60 prosent offentlig støtte fra ordningen. Kulturrådet har på denne bakgrunn fremholdt at hele foretakets inntekter og tilskudd må legges til grunn ved andelsberegning for 2019, og ikke kun deler av den juridiske enheten. Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS var derfor å regne som søker, og da mer enn 60 prosent av inntektene kom fra offentlig tilskudd i 2019, var vilkåret i forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd ikke oppfylt. På denne bakgrunn har Kulturrådet slått fast at klager ikke var berettiget kompensasjon og at kompensasjonen kan kreves tilbakebetalt etter forskriftene § 12.
- (17) Kulturrådet har i omgjøringsvedtaket redegjort ytterligere for bakgrunnen for omgjøringen. Kulturrådet har for det første vist til at de som offentlig forvalter av kompensasjonsmidlene er forpliktet til å forvalte midlene innenfor de rammene som er satt av Storting og Regjering. Det er Kulturrådets forståelse og faste praksis og rutine at en skal se hen til virksomheten som søker, og som er registrert i Enhetsregisteret, ved vurdering av om forskriftenes vilkår er oppfylt. Kulturrådet har videre vist til at deres supportavdeling i e-post datert 28. august 2020 informerte klager om at kommunale underenheter kunne søke om kompensasjon, så lenge underenheten hadde eget organisasjonsnummer. På denne bakgrunn har Kulturrådet fremholdt at klager var informert om praksisen.
- (18) Kulturrådet har vist til at gyldigheten av et vedtak er forutsatt av at forvaltningsorganet, her Kulturrådet, hadde kompetanse til å fatte vedtak i tråd med det aktuelle regelverket. Kulturrådet har fremholdt at ettersom vedtaket var i strid med forskriftenes materielle vilkår, manglet Kulturrådet kompetanse til å tildele klager kompensasjon, som medfører at vedtaket materielt sett er ugyldig. Kulturrådet har vist til at det følger av forvaltningsloven § 41 at vedtaket kan anses gyldig om «*feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold*». I den forlengelse har Kulturrådet vist til at feilen

klart har virket inn på vedtakene og at de av den grunn er ugyldig og må omgjøres etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.

3 Klagers anførsler

- (19) Klager har sendt inn merknader til varsel 21. desember 2021 og klage 26. april 2022.
- (20) Klager har prinsipalt anført at vedtakene om tildeling av kompensasjon til Kilden Kultur var riktig og at Kulturrådet ikke har adgang til å omgjøre vedtakene. Klager mener at Kilden Kultur er henholdsvis «arrangør» eller «underleverandør», ettersom denne underenheten har egen avdeling og avlegger eget avdelingsregnskap med tilhørende revisorgodkjenning, hvor regnskapet for 2019 viser at avdelingen fikk 56 prosent av sine inntekter fra tilskudd. Ordlyden i forskriftene er uklar, og det er ingen rettskilder som underbygger at «arrangør»/ «underleverandør» skal knyttes opp mot virksomheten som sådan. Kilden Kultur har utleie og egne arrangementer med 150 til 200 kulturhusaktiviteter årlig. Kompensasjon til Kilden Kultur vil være i tråd med forskriftenes formål. Videre er det presisert at det er avdelingen som står for utleie- og egenarrangement, hvor avdelingen ikke får tilgang til noen av de offentlige midlene som tildeles de andre avdelingene i virksomheten.
- (21) Klager har også vist til at virksomheten sendte inn søknader etter å ha vært i dialog med, og fått oppklart av, Kulturrådet at avdelingen Kilden Kultur kunne søke kompensasjon som arrangør og underleverandør på bakgrunn av underenhetens økonomiske tap eller merutgifter som følge av koronarestriksjonene. E-postkorrespondansen som Kulturrådet har vist til er tatt ut av sammenheng og det må ses hen til korrespondansen i sin helhet. I den forlengelse har klager sitert søknadsteksten og vist til at det fremgikk klart av søknadene at klager søkte kompensasjon på bakgrunn av tap Kilden Kultur hadde hatt, og ikke virksomheten som helhet.
- (22) Klager har videre anført at det ikke foreligger adgang til tilbakebetaling etter forskriftene § 12 da virksomheten ikke har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. Klager anfører at det må foreligge en form for opplysningssvikt hos søker som har virket inn på vedtaket, for at § 12 skal komme til anvendelse. Klager har vist til flere rettskilder som underbygger dette, og at rettsanvendelsesfeil ikke vil rammes som uriktige opplysninger. Klager mener at de har tydeliggjort i søknaden at det var Kilden Kultur som var søker. I dialog med Kulturrådet per e-post før søknadstidspunkt har klager vært åpen på selskapet som helhet ikke oppfylte det aktuelle vilkåret. Klager har underveis i korrespondansen tydelig spesifisert at underenheten ikke har et eget organisasjonsnummer og at virksomheten samlet sett ikke innfrir vilkårene om statsstøtte.
- (23) Klager anfører videre at vedtaket heller ikke kan omgjøres i medhold av forvaltningsloven § 35. Klager mener at dersom vedtaket anses som er ugyldig etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, gir ikke bestemmelsen en absolutt regel om at vedtaket må omgjøres. Det vises til at klager var i god tro etter dialog mellom klager og Kulturrådet i august i 2020, og tid- og innrettelseshensyn tilsier at det vil være urimelig å bruke omgjøringsadgangen i forvaltningsloven § 35. Et slikt vedtak er til skade for klager, og pengene er brukt til å unngå permitteringer og opprettholde drift. For øvrig har klager vist til at klagenemnda i flere saker har kommet til at et omgjøringsvedtak ville vært urimelig, og slik i strid med forvaltningsloven § 35 første ledd. I den forbindelse har klager fremholdt at det i de avgjorte sakene ofte var tale om

seks måneder, som er det samme som foreliggende sak. Klager har på bakgrunn av sakene anført at det vil være urimelig forskjellsbehandling å omgjøre vedtakene i foreliggende sak, til forskjell fra tidligere praksis, da det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende med tanke på tid, innrettelse, god tro og uriktig tolkning fra Kulturrådets side.

- (24) Ved klage 26. april 2022 viste klager til sine tidligere innsendte merknader og at Kulturrådet ikke hadde behandlet samtlige anførselene. Klager har særlig vist til at selskapet ikke kan se at Kulturrådet har foretatt en vurdering vedrørende om det foreligger endringsadgang i saken. Klager kunne heller ikke se at Kulturrådet har sagt noe om hvordan bestemmelsen med krav om mindre enn 60 prosent offentlig tilskudd ble fortolket på søknadstidspunktene

4 Kulturrådets innstilling

- (25) I sin innstilling datert 2. mai 2022 har Kulturrådet vist til forskriftene §§ 2 siste ledd og 5 siste ledd, og at beregning av kompensasjon må basere seg på hovedvirksomheten, som er registrert i Enhetsregisteret. Kulturrådet har imidlertid vist til at svaret supportavdelingen gav klager 31. august 2020 var noe uklart, og at de på denne bakgrunn har foretatt en ny vurdering av saken.
- (26) Kulturrådet har innledningsvis vist til at kompensasjonen er innvilget og utbetalt til Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS, med organisasjonsnummer 986471839, slik at en etter forskriftene må legge til grunn tallene som er knyttet til ovennevnte organisasjonsnummeret og da *«hovedvirksomhet»*. Det har slik ikke vært anledning for Kulturrådet å legge til grunn tall som tilhører og knytter seg opp kun til avdelingen Kilden Kultur, både når det vurderes mottakelse av *«60 prosent eller mer av sin inntekt fra offentlig tilskudd i 2019»* og andre tall som må legges til grunn for å beregne et korrekt kompensasjonsbeløp.
- (27) Dernest har Kulturrådet vist til at årsaken til at klager har mottatt kompensasjon er fordi Kulturrådet feilaktig la til grunn innsendte tall som tall som representerte hovedvirksomheten, virksomheten som er registrert i Enhetsregisteret, og ikke kun avdelingen Kilden Kultur. Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS oppfyller ikke forskriftenes vilkår i §§ 2 siste ledd og 5 siste ledd.
- (28) Kulturrådet har vist til at de, etter kompensasjonsordningenes godkjenningsvedtak av 3. april 2020 avsnitt 30-31 og forskriftene § 8, er pliktig til å føre kontroll over at vilkårene for å motta kompensasjon etter ordningen er oppfylt. Ettersom klager ikke oppfyller kravene i forskriftene, er Kulturrådets innvilgelse av søknadene ugyldige, jf. forvaltningsloven § 41. Kulturrådet har videre vist til at klager i kontraktutkast og aksepterte vedtak har blitt informert om at kompensasjonen vil kunne kreves tilbakebetalt i visse situasjoner, som her er aktuelle. Kulturrådet mener også at de må kreve tildelt kompensasjon tilbakebetalt etter forskriftene § 12 annet ledd, da det er *«feil fra forvalters side»* som har ført til at klager ble innvilget *«uberettigede andelen av kompensasjon»*.
- (29) Kulturrådet har videre vist til at de etter lov om offentlig støtte § 5, jf. EØS prosedyreforskriften § 1 har rett til å kreve tilbakebetalt ulovlig utbetalt støtte som følge av feil begått av bevilgende myndighet. Kulturrådet har bygget på at kompensasjonsordningen utgjør statsstøtte som i utgangspunktet må notifiseres og

godkjennes av EFTAs overvåkningsorgan, jf. prosedyreforskriften § 1. Videre at kompensasjonsordningen er godkjent av ESA, EFTAs overvåkningsorgan, i flere omganger. Formålet med tilbakebetalingskrav er å gjøre opp for at støtte har blitt ulovlig utdelt, i strid med ESA sin godkjenning. På denne bakgrunn har Kulturrådet vist til at den ulovlige støtten må kreves tilbake i form av renter på støttebeløpet. Dette ettersom mottaker har disponert ulovlig tildelt statsstøtte, og at det følger av ODA Protokoll 3 del II artikkel 14 at rente regnes fra det tidspunktet støtten ble stilt til støttemottakers rådighet og frem til støtten blir tilbakebetalt. Det er da heller ikke urimelig forskjellsbehandling at klager må betale tilbake støtten.

- (30) Kulturrådet har anført at norske myndigheter, etter godkjenningen fra ESA 3. april 2020 avsnitt 32, er forpliktet til å kreve utbetalt støtte i strid med ESAs godkjenning tilbakebetalt. Kulturrådet har også vist til Prop. 212 L (2020–2021) pkt. 7.2.1 som de tar til inntekt for at Kulturrådet kan kreve ulovlig støtte tilbakebetalt.
- (31) Avslutningsvis har Kulturrådet vist til at tilbakebetalingskravet ikke er foreldet verken etter den alminnelige foreldelsesfristen på tre år etter foreldelsesloven § 2 eller ESAs frist, jf. ODA protokoll 3 del II artikkel 15, jf. dagjeldende forskrift 21. februar 2003 nr. 198.

5 Klagers merknader til Klagenemnda

- (32) Klager oversendte sine merknader i saken 31. mai 2022.
- (33) Prinsipalt har klager anført at omgjøringsadgangen må vurderes etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Videre at Kulturrådet ikke har forstått deres argumentasjon om at bestemmelsen må anvendes i lys av nemndspraksis, men kun vurdert om det forelå «*urimelig forskjellsbehandling*» som var en tilleggsbemerkning fra klagers side.
- (34) Klager anfører at forvaltningsloven § 35 gjelder selv om forskriftene har reglene om tilbakebetaling, og at Kulturrådet ikke kan fravike forvaltningsloven gjennom å knytte avtalevilkår til utbetalingen. Selv om kompensasjonsordningen og tilhørende forskrifter er godkjent av ESA, kan ikke forskriftene gå foran reglene i forvaltningsloven. Forskrifter som innfører EØS-rett går bare foran senere lover, jf. EØS-loven § 2. Uansett er det ikke tale om en EØS-basert forskrift i dette tilfellet. Klager kan heller ikke se at godkjenningsbrevet gir grunnlag for noe tilbakebetalingskrav. Forarbeidene som Kulturrådet har vist til gjelder regler som ikke var trådt i kraft, og sier uansett ikke noe om fremgangsmåten for å kreve tilbakebetalt uforenelig støtte.
- (35) Kulturrådet har videre unnlatt å vise til at bestemmelsen i støtteleven § 5 er taus med hensyn til hvem som skal fremsette et tilbakebetalingskrav mot støttemottaker. Klager har fremholdt at slik de forstår støtteleven § 5 i lys av lovforarbeidene, ligger kompetansen for vedtak om tilbakebetaling hos departementet. Klager har på dette grunnlag anført at det er et spørsmål om Kulturrådet i det hele tatt har rettslig kompetanse til å vedta krav om tilbakebetaling for det de mener er ulovlig statsstøtte.
- (36) Videre er det klagers syn at dersom ulovlig statsstøtte skal kunne kreves tilbakebetalt, må det foreligge et vedtak der det vurderes om støtten er ulovlig eller uforenelig, jf. uttalelser i Rt. 2013 s. 1665 (Hydro/Sørål-saken). I lys av dommens fremgangsmåte krever et slikt vedtak saksforberedelse, med en nærmere vurdering av kravets omfang og innhold, før det kan fattes et eget vedtak med hjemmel i § 5 i støtteleven. Klager har på dette grunnlag fremholdt at tilbakebetalingskravet ikke vil stå seg rettslig før et nytt

vedtak er fattet. Videre har klager vist til at et slikt vedtak mest sannsynlig må fattes av departementet, som er tildelt vedtakskompetanse.

- (37) Oppsummert anses vedtaket av 27. januar 2022 ikke å være et vedtak om tilbakebetaling av ulovlig støtte, slik at Kulturrådet innstilling til Klagenemnda om offentlig støtte må ses bort fra i sin helhet.

6 Klagenemndas vurdering

- (38) Klagen gjelder vedtak om omgjøring av fire vedtak om bevilgning av kompensasjon, datert 4. november 2020, 18. desember 2020 og 31. mai 2021. Omgjøring ble besluttet i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Utbetalt kompensasjon på kroner 972 160 er krevd tilbakebetalt i medhold av forskriftene § 12.
- (39) Etter nemndas syn er det en forutsetning for at de nevnte grunnlagene skal kunne komme til anvendelse at klager ikke var berettiget til kompensasjon etter forskriftene. Nemnda vil derfor først ta stilling til om klager oppfyller forskriftenes vilkår. Nemnda viser for øvrig til at de aktuelle bestemmelsene er likelydende i de ulike forskriftene.
- (40) Innledningsvis finner klagenemnda grunn til å kommentere klagers anførsel om at de i dialog med Kulturrådet har fått beskjed om at Kilden Kultur kunne søke om kompensasjon. Som et uavhengig klageorgan fremholder nemnda at Kulturrådets saksbehandling ikke er bindende for nemndas vurdering i en klagesak. Nemnda vil derfor i det følgende foreta en selvstendig vurdering av om den foreliggende søknader oppfyller forskriftenes vilkår.
- (41) Det følger av forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd at arrangør eller underleverandør «*som mottar 60 prosent eller mer av sine inntekter fra offentlig tilskudd i 2019, ikke [har] rett til kompensasjon etter denne forskriften*». Dette er et unntak fra hovedregelen i første ledd og ordlyden tilsier at det ikke skal gis tilskudd til arrangører eller underleverandør som i praksis driftes hovedsakelig av offentlige midler, da arrangøren eller underleverandøren i slike tilfeller må anses å ha fått kompensert mye av tapet knyttet til covid-19-utbruddet via offentlige tilskudd.
- (42) Klager er i denne sak Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS. Det er også denne organisasjonen som er oppgitt som søker i søknadsskjemaet. Det er imidlertid søkt om kompensasjon for underenhetens Kilden Kultur sine tapte inntekter og merutgifter som følge av myndighetspålagte restriksjoner knyttet til covid-19. På denne bakgrunn har klager ved søknadsutfyllinger lagt underenhetens Kilden Kultur sine tall til grunn.
- (43) Etter forskriftene §§ 2 og 5 første ledd bokstav a må en arrangør eller underleverandør ha sin «*hovedvirksomhet i Norge*» og være «*registrert i Enhetsregisteret*» for å kunne bevilges kompensasjon. Etter klagenemndas syn må dette forstås slik at det som en hovedregel stilles krav om at arrangøren eller underleverandøren er en selvstendig enhet, med en egen registrering i Enhetsregisteret.
- (44) Hovedregelen medfører etter nemndas syn at henholdsvis arrangøren eller underleverandøren som kunne søke i dette tilfellet var Kilden teater og konserthus for Sørlandet IKS. Kilden Kultur er i realiteten en integrert del av klagers totale virksomhet, og heller ikke er registrert selvstendig i Enhetsregisteret. Ved vurderingen av om arrangøren eller underleverandøren mottok «*60 prosent eller mer av sine inntekter fra offentlig tilskudd i 2019*», må man da se til klagers økonomi i helhet, og ikke kun

underenheten som har blitt påført tap i form av tapte inntekter og/eller merutgifter. Det riktige ville derfor ha vært å ta utgangspunkt i klagers totale «*inntekter fra offentlig tilskudd i 2019*». Klager fikk over 60 prosent av sine inntekter fra offentlig tilskudd i 2019, noe som medfører at vilkåret i forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd ikke er oppfylt.

- (45) Kulturrådets vedtak datert 4. november 2020, 18. desember 2020 og 31. mai 2021 har fått den følge at klager har mottatt kompensasjonsmidler de ikke har krav på. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt disse pengene kan kreves tilbakebetalt til Kulturrådet.
- (46) Kulturrådet har i vedtak og innstilling krevd kompensasjonen tilbakebetalt med grunnlag i forskriftene, forvaltningslovens regler om omgjøring og statsstøtteregelverket. Klager har anført at tilbakebetalingskravet må fattes etter forvaltningsloven § 35, ettersom forskriftene § 12 ikke kan anvendes som tilbakebetalingshjemmel da klager ikke har gitt «*ufullstendige eller feilaktige opplysninger i søknaden*».
- (47) Nemnda vil først ta stilling til om Kulturrådet hadde hjemmel etter forskriftene § 12 til å kreve tilbakebetalt utbetalt kompensasjon på kroner 972 160.
- (48) Det følger av forskriftene § 12 første ledd første punktum at uberettiget kompensasjon som har blitt utbetalt som følge av at søker har gitt «*ufullstendige eller feilaktige opplysninger i søknaden*» kan kreves tilbakebetalt.
- (49) Etter nemndas syn vil alternativet «*uriktige*» opplysninger ramme tilfeller hvor klager har gitt opplysninger som ikke stemmer, men må etter nemndas vurdering avgrenses mot feilaktige rettslige vurderinger.
- (50) I foreliggende sak har klager i tre av søknadene opplyst at virksomheten søker om kompensasjon på vegne av underenheten Kilden Kultur, samt i siste søknad understreket at det er Kilden Kultur sine billettinntekter og resultat som legges til grunn. Det er klagenemndas vurdering at klager, ved å angi underenhetens økonomiske tall i søknadene, ikke har gitt opplysninger som ikke stemmer, men etter dialog med Kulturrådet har forstått ordningen slik at de kunne søke kompensasjon for underenhetens ved bruk av klagers organisasjonsnummer. Klager har etter nemndas syn ikke gitt noen «*uriktig opplysninger*» da virksomheten i søknadene oppgav de økonomiske tallene til Kilden Kultur, og ikke hele virksomheten som er registrert i Enhetsregisteret.
- (51) Nemnda kan heller ikke se at det at klager har gitt «*ufullstendige*» opplysninger i denne saken. Selv om klager bare har oppgitt tallene for Kilden Kultur, har de som tidligere nevnt informert Kulturrådet om dette og oversendt den dokumentasjon som har blitt etterspurt.
- (52) Klager har etter dette ikke gitt «*ufullstendige eller feilaktige opplysninger*» og det var følgelig ikke grunnlag for å kreve kompensasjonen tilbakebetalt etter § 12 første ledd første punktum.
- (53) Klagenemnda kan heller ikke se at forskriftene § 12 andre ledd gir grunnlag for å kreve kompensasjonen tilbakebetalt i denne saken. Etter sin ordlyd rammer § 12 andre ledd tilfeller der det «*utbetales for høy kompensasjon*» som følge av feil fra forvaltningens

side, og avgrenses derfor i utgangspunktet mot tilfeller der klager ikke er berettiget til kompensasjon i det hele tatt.

- (54) Kulturrådet hadde dermed ikke hjemmel til å kreve utbetalt kompensasjon på kroner 972 160 tilbakebetalt i medhold av forskriftene § 12.
- (55) Det blir da spørsmål om Kulturrådet kunne omgjøre vedtakene etter forskriften § 35 første ledd bokstav c, på bakgrunn av at klager ikke oppfylte forskriftenes vilkår og slik har mottatt kompensasjonsmidler virksomheten ikke hadde krav på.
- (56) Det følger av forvaltningsloven § 35 første ledd at «*et forvaltningsorgan kan omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget*» dersom ett av de opplistede vilkårene i bokstav a-c er oppfylt. Kulturrådet har vist til at deres fire vedtak om bevilgning av kompensasjon, datert 4. november 2020, 18. desember 2020 og 31. mai 2021, må anses ugyldige, jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c og kan på dette grunnlag omgjøres.
- (57) I juridisk teori har det blitt lagt til grunn at ugyldighetsspørsmålet som hovedregel må avgjøres på grunnlag av en vurdering av om vedtaket ville ha blitt ansett som ugyldig om det hadde blitt prøvd for domstolene, jf. Bernt, Norsk Lovkommentar, note 916 til forvaltningsloven § 35. I note 917 og 918 til samme bestemmelser skriver Bernt:

«Hovedregelen er at vedtak som etter sitt innhold direkte er i strid med lov eller forskrifter gitt i medhold av lov, kan annulleres av vedkommende forvaltningsorgan. Den som har fått en fordel ved et forvaltningsvedtak hvor organet har gått ut over den myndighet det har etter loven, har ikke noe offentligrettslig rettskrav på å få beholde den rettighet han eller hun etter vedtaket skulle ha, jf. Rt. 1965 s. 181.»

- (58) Dette synspunktet er også lagt til grunn av Høyesterett i blant annet HR-2016-2017-A avsnitt 63. Høyesterett uttalte her at det klare utgangspunkt er at innholdsmangler innebærer at vedtaket er ugyldig, selv der den private parten ikke kan bebreides. Det ble lagt til grunn at vedtaket i slike tilfeller kan omgjøres etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c, også til ugunst for den private part.
- (59) Samtidig er det juridisk teori lagt til grunn at:

«[...] hvis ugyldighet vil ha store negative konsekvenser, f.eks. fordi parten i god tro har investert og ikke selv har medvirket til feilen, er det ikke gitt at dette alltid bør bli resultatet. En viss rolle kan det nok også spille om det er tale om vedtak som fullstendig savner hjemmel, eller om de snarere er bygd på feiltolkning (eller feilbedømmelse av fakta) på et punkt av mer begrenset betydning.», jf. Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 12. utgave, 2022 side 484.

- (60) Høyesterett oppsummerer i HR-2021-2571-A avsnitt 63 rettstilstanden på følgende måte:

«Oppsummert legger jeg til grunn at det bare i helt særlige tilfeller er aktuelt å fravike hovedregelen om at et vedtak som lider av en innholdsmangel, er ugyldig. Det må foreligge spesielle og sterke grunner for at en part skal få en rettsposisjon som vedkommende ikke har krav på. Dersom det har gått lang tid fra vedtaket ble truffet, og parten i aktsom god tro har innrettet seg i tillit til

vedtaket, kan det tale for at vedtaket likevel er gyldig, men det skal foretas en helhetsvurdering med avveining mot ulike samfunnsmessige hensyn. Når parten har fremkalt vedtaket gjennom egen uaktsomhet, skal det svært mye til for å statuere gyldighet.»

- (61) I denne saken har Kulturrådet omgjort sine opprinnelige vedtak om tildeling av kompensasjon. Kulturrådet tolket i første omgang tallene i klagers søknader dithen at de var klager som helhet, som søker, sine tall og ikke kun avdelingen Kilden Kultur sine. Ved en nye søknadsbehandlinger kom imidlertid Kulturrådet til at klager måtte regnes som søker og ikke oppfyller vilkåret i forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd, ettersom klager mottok mer enn 60 prosent av inntektene sine fra offentlige tilskudd i 2019.
- (62) Som det følger av gjennomgangen i avsnitt 41 - 45 er klagenemnda enig med Kulturrådet i at forskriftene må tolkes slik at en må ta utgangspunkt i klagers totale inntekter. Dette har den følge at vedtak datert 4. november 2020, 18. desember 2020 og 31. mai 2021 er i strid med forskriftene gitt i medhold av lov, noe som gjør at vedtakene lider av feil.
- (63) Hva gjelder virkningen av feil ved vedtak, fremgår det av forvaltningsloven § 41 at vedtaket likevel kan være gyldig dersom «*feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold*». I foreliggende tilfelle er det klart at vurderingen av om klager oppfylte vilkåret i forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd har fått avgjørende betydning for retten til kompensasjon, og således kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Dette innebærer at feilen kan medføre at vedtaket er ugyldig.
- (64) Ved innholdsmessige feil er hovedregelen at vedtakene kan annulleres av vedkommende forvaltningsorgan. Den som har fått en fordel av at et forvaltningsorgan, har gått utenfor den myndighet det har etter loven har som utgangspunkt ikke krav på å få beholde denne rettigheten, jf. Rt. 1965 s. 181. Nemnda har kommet til at det ikke foreligger et særlig tilfelle som tilsier at hovedregelen om at et vedtak som lider av en innholdsmangel fører til ugyldighet, kan fravikes. Det har riktignok gått lang tid fra vedtaket til det ble varslet om tilbakebetaling. Samtidig har klager inngitt en søknad i visshet om at det var en rettslig usikkerhet om hvorvidt Kilden Kultur kunne motta støtte som underenhet.
- (65) På bakgrunn av den foregående vurderingen anses vedtakene ugyldige. Regelen i forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c er imidlertid en «*kan*»-regel. En streng praktisering av regelen kan lett virke urimelig overfor den som får et begunstigende vedtak omgjort i ettertid. Nemnda må dermed ta stilling til om det foreligger grunner til å likevel ikke omgjøre vedtaket.
- (66) Høyesterett viste i HR-2021-2571-A til at Forvaltningslovutvalget i forslag til ny lov har redegjort for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende når det er tale om omgjøring av et forvaltningsorgan, se NOU 2019: 5 side 538-539:

«En slik begrensning av ugyldighetsregelen vil bety at parten kan få en rettsposisjon som han eller hun ikke har krav på, og som andre ikke får på grunn av loven. Det kan betraktes som uheldig i et demokratisk perspektiv, og kan bli oppfattet som urettferdig overfor dem som får avslag i tråd med loven»

- (67) Forvaltningsutvalget har videre, på side 409 - 410, vist til at både rettssikkerhetshensyn og effektivitetshensyn kan tale for at et forvaltningsvedtak blir stående når det først er truffet. Omgjøring til skade for parter eller andre direkte berørte svekker forutberegneligheten, og kan virke hardt for parten som allerede har innrettet seg etter vedtaket. Motsetningsvis er hovedgrunnene for omgjøringsadgang hensynet til materielt riktige avgjørelser og samfunnsmessige hensyn, særlig at forvaltningens avgjørelser skal bidra til å nå samfunnsmessige mål. Hensynet til materielt riktige avgjørelser gjør seg særlig gjeldende der det viser det seg at situasjonen på vedtakstidspunktet var annerledes enn det forvaltningen la til grunn.
- (68) I foreliggende sak fikk klager mer enn 60 prosent av sine midler fra offentlig støtte i 2019 og hadde følgelig ikke krav på kompensasjon etter forskriftene §§ 2 annet ledd og 5 tredje ledd. Etter nemndas syn kan klager ikke bebreides for de feilaktige vedtakene. I denne sammenheng vises det til at klager under saksbehandlingen var åpen om at det var underenheten Kilden Kultur som søkte kompensasjon, og at de har gitt Kulturrådet de opplysninger og dokumentasjon som har blitt etterspurt under søknadsbehandlingen. Disse hensynene taler etter nemndas syn for å ikke benytte omgjøringsadgangen.
- (69) Klager har vist til at innrettelseshensynet tilsier at vedtakene ikke kan omgjøres. Selv om nemnda har forståelse for klager til en viss grad har innrettet seg etter vedtakene, kan ikke nemnda se at innrettelseshensynet kan ilegges avgjørende vekt. Nemnda viser i denne sammenheng til at det både av søknadsskjemaer og vedtakene fremgår at Kulturrådet kan foreta etterkontroll av søknadene. Det har imidlertid gått fra åtte måneder til ett år fra vedtakene om kompensasjon ble truffet til det ble varslet omgjøring, og klager har fått kompensasjonsbeløpet utbetalt. Klager har oppgitt at kompensasjonen er brukt til å unngå permitteringer og opprettholde driften i henhold til gjeldende smittevernregler. Tidsmomentet tilsier at klager har innrettet seg etter vedtakenes innhold. Videre tilsier det faktum at Kulturrådet har innvilget flere kompensasjonssøknader at klager fikk tro på at selskapet hadde krav på den rettsposisjon de var satt i. Det må videre ses til at det er Kulturrådet som har tolket søknadene feil, og omgjøringen skyldes med andre ord ikke at klager har gitt uriktige opplysninger eller gjort andre feil i forbindelse med søknadene. At skylden ligger hos forvaltningsorganet kan etter nemndas syn tilsi at det vil virke urimelig hardt overfor klager å benytte omgjøringsadgangen i denne saken.
- (70) Hensynet til materielt riktige avgjørelser taler imidlertid for at omgjøringsadgangen bør benyttes i saken. Slik nemnda ser er det grunn til å se bakgrunnen for kompensasjonsordningen. Formålet med ordningen er etter forskriften § 1 «*å kompensere tap av billettinntekt og deltakeravgift og merutgifter ved avlysning, stenging eller utsettelse av arrangementer i kultursektoren som følge av pålegg eller råd gitt av myndighetene i forbindelse med covid-19-utbruddet.*». Et sentralt hensyn i denne sammenheng har vært at kompensasjon skal utbetales til aktører i kultursektoren raskt. For å ivareta dette hensynet har det vært begrenset i hvor stor grad Kulturrådet har kunnet vurdere om søkerne oppfyller forskriftenes vilkår før utbetaling. Av den grunn anser nemnda det uheldig å i stor grad begrense Kulturrådets mulighet til å omgjøre vedtak, der søkerne viser seg å ikke oppfylle forskriftenes vilkår.
- (71) Nemnda viser også til Kulturrådet e-postutveksling med klager i august 2020, før søknadsinnsendelser. Det er nemndas syn at e-postutvekslingen viser at klager hadde kunnskap om at virksomheten ikke oppfylte forskriftenes vilkår. Videre at klager var usikker på om underenheten Kilden Kultur kunne søke kompensasjon etter ordningen.

Nemnda er imidlertid enig i at Kulturrådet har vært uklar i dialog med klager vedrørende hvem som kunne søke. Nemnda kan imidlertid ikke si seg enig i klagers tolkning av Kulturrådets svar, da klager har tolket det dithen at virksomheten kunne søke på bakgrunn av Kilden sitt organisasjonsnummer, men oppgi Kilden Kultur sine tall. Tvert imot har Kulturrådet vært tydelig på at den som søker må ha et organisasjonsnummer. Dette tilsier at klager hadde mindre grunn til å være i god tro, og svekker innrettelseshensynet følgende. Nemnda har forståelse for at en omgjøring vil ramme klager økonomisk hardt. Samtidig må det etter nemndas syn legges avgjørende vekt på at klager ikke var berettiget kompensasjonsmidlene i utgangspunktet. I et slikt tilfelle kan det vanskelig legges avgjørende vekt på de økonomiske konsekvensene av omgjøringen.

- (72) Etter nemndas syn taler også likebehandlingshensyn for å omgjøre vedtakene. Nemnda viser i denne sammenheng til at søkere som har fått avslag som følge av at de ikke oppfyller vilkårene, vil kunne oppleve det urettferdig dersom søkere som uriktig har fått utbetalt kompensasjon får beholde denne.
- (73) Etter en konkret helhetsvurdering av foreliggende sak er nemnda dermed av den oppfatning at materielt riktige avgjørelser og samfunnsmessige hensyn tilsier at omgjøringsadgangen skal benyttes i dette tilfellet. Det vurderes ikke som urimelig å omgjøre de begunstigede vedtak åtte måneder til ett år etter at klager ble tildelt kompensasjonen, og Klagenemnda har kommet til at omgjøringsadgangen etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c skal benyttes.
- (74) For øvrig bemerker nemnda til klagers anførsel om at omgjøringsadgangen ikke bør benyttes som følge av at nemnda kom til at omgjøringsadgangen ikke skulle benyttes i fjorten tidligere nemndsbehandlede kinosaker, ikke kan føre frem. Nemnda viser i den sammenheng til at det ikke utgjør en usaklig forskjellsbehandling at omgjøringsadgangen ikke ble benyttet i andre saker, etter en konkret skjønnsmessig vurdering. Etter det nemnda kan se er det ikke fremsatt informasjon som gjør at klager og avgjorte saker er å anse som tilstrekkelig like og kvalifisert sammenlignbare, slik at klagen bør vurderes likt. Det kan derfor ikke konstateres usaklig forskjellsbehandling i dette tilfellet. Nemnda viser dessuten til at sakene gjaldt en annen forskrift, forskrift av 3. april 2020 nr. 677 om midlertidig kompensasjonsordning for arrangører i kultursektoren ved avlysning, stenging eller utsettelse av arrangementer som følge av covid-19-utbruddet, og, til forskjell fra foreliggende sak, spørsmålet om klager oppfylte vilkår i dagjeldende forskrift § 2 første ledd om at arrangør «*i hovedsak formidler eller gjør kunst og kultur tilgjengelig til allmennheten*». Det vises i den sammenheng til at vilkåret er en skjønnsmessig vurdering, til forskjell fra foreliggende sak. På denne bakgrunn var det lite forutberegnelig for klagerne at Kulturrådet ville omgjøre vedtakene etter å tidligere å ha kommet til at vilkåret i forskriften § 2 første ledd var oppfylt.
- (75) Kulturrådet hadde følgelig hjemmel for å omgjøre vedtak datert 4. november 2020, 18. desember 2020 og 31. mai 2021 etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c.
- (76) For øvrig bemerker nemnda at Kulturrådet i innstilling har anført at de kan kreve kompensasjonen tilbakebetalt etter statsstøttereguleringen. Klager har på sin side vist til at for å kreve kompensasjonen tilbake etter statsstøttereguleringen, må Kulturrådet fatte et vedtak der det vurderes om støtten er ulovlig eller uforenelig.

(77) Nemnda kan ikke se at Kulturrådet har tatt konkret stilling til om utbetalte kompensasjonsbeløp pålydende kroner 972 160 utgjør ulovlig statsstøtte.

(78) Reglene om offentlig støtte er blant annet regulert i EØS-avtalen, som er gjennomført i norsk rett ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) § 1. Det følger av EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 at:

«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

(79) Støtte fra det offentlige som oppfyller vilkårene nevnt ovenfor, er ikke automatisk ulovlig. EØS-avtalen åpner både i artikkel 61 nr. 2 og 3 for at statsstøtte i enkelte tilfeller er lovlig, og i det alminnelige gruppeunntaket er det opplistet visse tiltak som er forhåndsgodkjent av ESA, og som derfor anses som forenlig støtte. For kompensasjonsordningen vedkommende ble ordningen vurdert opp, og godkjent av ESA, mot EØS-avtalens artikkel 61 nr. 2 bokstav b. Etter bestemmelsen kan statsstøtte likevel anses:

«Som forenlig med denne avtalens funksjon kan anses [som] b) støtte som har til formål å sikre at et viktig prosjekt av felles europeisk betydning kan realiseres, eller å bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat»

(80) I ESAs godkjenningens brev av 3. april 2020 (avgjørelse nr. 032/20/COL) fremgår det at overvåkningsorganet har godkjent kompensasjonsordningen under forutsetning av at støtten blir utdelt i tråd med forskriftene, jf. godkjenningens punkt 12 om at *«To be eligible for aid, the undertakings must fulfil the criteria laid down in the Regulation.»*. Videre fremgår det klart av godkjenningens gjennomgang av ordningens vilkår punkt 18 at *«Entities whose total income in 2019 consisted of 60% or more of public aid are not entitled to compensation under the measure.»*. Godkjenningen gjald opprinnelig til 31. mai 2020, men har i brev datert 16. juli 2020, 4. november 2020 og 14. desember 2020 blitt forlenget til å gjelde ut 2020.

(81) ESAs håndhevelseskompetanse er regulert i del I og del II av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA-avtalen Protokoll 3). ODA protokoll 3 del II er gjort til en del av norsk rett ved at den gjelder som forskrift, jf. forskrift 30. oktober 2009 nr. 1323 om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte.

(82) Det følger av ODA-avtalen Protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 og del II artikkel nr.1 at nasjonale myndigheter ikke kan iverksette ny støtte uten at ESA har godkjent støtten på forhånd. Dersom det iverksettes ny støtte som ikke på forhånd godkjent av ESA, vil dette utgjøre *«ulovlig støtte»*, jf. ODA-avtalen Protokoll 3 del II artikkel 1 bokstav f.

(83) Nemnda bemerker at ulovlig statsstøtte er støtte som er utbetalt i strid med iverksettelsesforbudet i ODA protokoll 3 del I art. 1 tredje ledd og del II artikkel nr.1. Videre vises det til at iverksettelsesforbudet er gjennomført i norsk rett i lov om offentlig

støtte og i forskrift 30. oktober 2009 nr. 1323 om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte § 1.

- (84) Etter ODA-avtalen Protokoll 3 del II artikkel 1 bokstav f vil «ny støtte» som ikke er notifisert i tråd med protokollens del I del I artikkel 1 nr. 3 være ulovlig. I ODA-avtalen Protokoll 3 del II artikkel 1 bokstav c er «ny støtte» definert som «*all støtte, dvs. støtteordninger eller individuell støtte som ikke er eksisterende støtte, herunder endringer i eksisterende støtte.*» Spørsmålet om hvorvidt støtte utgjør ny eller eksisterende støtte må i henholdt til EFTA-domstolens praksis avgjøres på bakgrunn av hjemmelsgrunnlaget for støtten, jf. sak E-14/10 premiss 57.
- (85) Hjemmelsgrunnlaget for støtten i foreliggende tilfelle er forskriftene. Ettersom vedtak av 4. november 2020, 18. desember 2020 og 31. mai 2021 innebar at det ble tildelt statsstøtte til en virksomhet hvor «*Entities whose total income in 2019 consisted of 60% or more of public aid*», var klager «*not entitled to compensation under the measure.*». På denne bakgrunn var ikke statsstøtte utbetalt til klager, i form av kompensasjonsutbetalinger, forenelig med ESAs godkjenning og må anses som «ny støtte», jf. protokoll 3 del II artikkel 1 bokstav c. Som følge av at ESA ikke har godkjent den nye støtten, utgjør denne «*ulovlig støtte*», jf. ODA-avtalen Protokoll 3 del II artikkel 1 bokstav f.
- (86) Spørsmålet i det følgende er om Kulturrådet har myndighet til å kreve den ulovlige støtten tilbakebetalt etter statsstøtteregelverket.
- (87) Nemnda viser til at Kulturrådet i innstilling har vist til flere holdepunkter for at de skal kunne kreve utbetalt kompensasjon tilbakebetalt etter statsstøtteregelverket. Imidlertid kan ikke klagememnda se at Kulturrådet har vist til en konkret hjemmel for tilbakeføring av ulovlig statsstøtte.
- (88) Det følger av lov om offentlig støtte § 5 første ledd at:
- «Dersom meldepliktig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 er tildelt før EFTAs overvåkningsorgan har godkjent meldingen, eller EFTAs overvåkningsorgan finner at støtten er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, kan støtten kreves tilbakeført.»*
- (89) Hovedregelen er slik at ulovlig statsstøtte skal tilbakebetales. Hensikten med denne regelen er å gjenopprette markedssituasjonen til slik den var før det ble utbetalt ulovlige støtte. Ettersom kompensasjonen utgjorde «ny støtte» etter ODA-avtalen Protokoll 3 del II artikkel 1 bokstav c, er dette «*meldepliktig støtte*» etter EØS-avtalens artikkel 61, jf. ODA-avtalen Protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 og del II artikkel 2 nr. 2.
- (90) Selv om ordlyden «*er tildelt før EFTAs overvåkningsorgan har godkjent meldingen*» primært omfatter tilfeller der støtte er utbetalt før godkjenning fra ESA, anser nemnda den også å omfatte tilfeller der støtte er utbetalt uten at det foreligger melding til ESA overhodet. I den forlengelse viser nemnda til at støtte som er gitt utenfor den godkjenning som ESA har gitt, må anses som støtte som er gitt «*før EFTAs overvåkningsorgan har godkjent*» en utvidelse av ordningen. Etter nemndas syn kan støtten derfor kreves tilbakeført med hjemmel i lov om offentlig støtte § 5.

- (91) Klager har anført at det er departementet som må kreve ulovlig statsstøtte tilbakebetalt etter lov om offentlig støtte § 5. Etter nemndas vurdering fremgår det ikke klart av ordlyden i § 5 hvem som kan kreve ulovlig støtte tilbakebetalt. I juridisk teori, se blant annet Hjelmeng i Arnesen mfl. *Oversikt over EØS-retten* (2022) side 398, er det uttalt at det foreligger uklarhet vedrørende hvem som kan kreve støtten tilbake. Nemnda bemerker at bestemmelsen må ses i lys av dens funksjon i et transnasjonalt EØS-lovverk. En må således lese bestemmelsen i lys av statsstøtteregelverket i helhet.
- (92) Etter nemndas syn må bestemmelsen ses i lys av ny lov om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte (støtteprosessloven). Loven vil erstatte någjeldende lov om offentlig støtte, men er på nåværende tidspunkt kun delvis trådt i kraft. Loven kommer av den grunn ikke direkte til anvendelse i foreliggende sak. Etter støtteprosessloven § 12 første ledd følger det at «[s]tøttegiveren skal kreve at offentlig støtte som er tildelt i strid med § 5, tilbakeføres.». Etter bestemmelsen følger det at vedkommende som har utbetalt den uberettigede støtten, kan kreve den tilbakebetalt. Bestemmelsen indikerer at det er lovgivers intensjon at offentlig støtte skal kunne kreves tilbake av støttegiver.
- (93) I forarbeidene til støtteprosessloven legger departementet til grunn at det også «[...] etter dagens ordning er støttegiver som plikter å kreve tilbake ulovlig støtte. Forslaget viderefører på dette punktet gjeldende rettstilstand», jf. Prop.212 L (2020–2021) side 43. Etter nemndas forståelse tilsier uttalelsen at departementets syn er at støttegiver har hjemmel til å kreve ulovlig utbetalt støtte tilbakebetalt etter någjeldende lov om offentlig støtte § 5 første ledd. Dette standpunktet er også lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett avgjørelse i LB-2021-60587-1 punkt 4.2. Etter nemndas syn tilsier videre hensynet til effektiv håndhevelse av reglene om offentlig støtte, at den som har utbetalt ulovlig støtte bør kunne kreve denne tilbakeført.
- (94) På bakgrunn av det foregående har klagenemnda kommet til at Kulturrådet har kompetanse til å kreve kompensasjon tilbakebetalt etter lov om offentlig støtte § 5 første ledd. Klagers anførsel tas ikke til følge.
- (95) Det er for øvrig omdiskutert hvorvidt støttegiver kan kreve støtten tilbakebetalt etter lov om offentlig støtte § 5 første ledd gjennom å fatte et enkeltvedtak, eller om støttegiver må fremme et alminnelig pengekrav mot støttemottaker. Nemnda finner ikke grunn til å gå inn på dette spørsmålet da det ikke har vært tema i klagen.

7 Vedtak

- (96) Klagenemnda for tilskudd til kulturarrangementer fatter etter dette følgende vedtak:

1. Klagen tas ikke til følge.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Vedtaket er enstemmig.

Bergen, 15. november 2022

Tore Lunde Anne Margrete Fiskvik Kiran Aziz
Nemndsleder Nemndsmedlem Nemndsmedlem

Elin Melberg Jon Gotteberg
Nemndsmedlem Nemndsmedlem

Dokumentet er godkjent elektronisk