

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.414 van 22 februari 2011
in de zaak A. 191.160/XII-5690**

In zake: de VZW BRUSSELS JAZZ ORCHESTRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim De Ketelaere
kantoor houdend te Leuven
Bondgenotenlaan 155A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Walter Muls
kantoor houdend te 1000 Brussel
A. Dansaertstraat 92
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 januari 2009, strekt tot de nietigverklaring van :

“het Besluit van de Vlaamse regering van 07 november 2008 houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekeducatieve organisaties en festivals in de periode 2003-2006, in de mate waarin dit bestreden besluit :

1. aan verzoekende partij impliciet de weigering bevat een hoger vierjarig financieringsbudget toe te kennen dan ‘minstens 180.000 euro’ per jaar voor het geheel van haar werking gedurende de subsidiëringsperiode, die start op 1 januari 2003 en eindigt op 31 december 2006;

2. aan de overige in artikel 1 van het bestreden besluit genoemde erkende professionele muziekensembles voor het geheel van hun werking gedurende de subsidiëringsperiode, die start op 1 januari 2003 en eindigt op 31 december 2006, de jaarlijkse subsidiebedragen van het vierjarig financieringsbudget te hebben vastgesteld ten belope van de minstens in artikel 1 vervatte bedragen (voor een totaal, naar verluid van het bestreden besluit, van 8.681.000 EUR);

3. aan de in artikel 2 van het bestreden besluit genoemde erkende concertorganisaties voor het geheel van hun werking gedurende de subsidiëringsperiode, die start op 1 januari 2003 en eindigt op 31 december 2006, de jaarlijkse subsidiebedragen van het vierjarig financieringsbudget te hebben vastgesteld ten belope van de minstens in artikel 2 vervatte bedragen (voor een totaal, naar verluid van het bestreden besluit, van 865.000 EUR);

4. aan de in artikel 3 van het bestreden besluit genoemde erkende muziekclubs voor het geheel van hun werking gedurende de subsidiëringsperiode, die start op 1 januari 2003 en eindigt op 31 december 2006, de jaarlijkse subsidiebedragen van het vierjarig financieringsbudget te hebben vastgesteld ten belope van de minstens in artikel 3 vervatte bedragen (voor een totaal, naar verluid[t] van het bestreden besluit, van 2.890.000 EUR);

5. aan de in artikel 4 van het bestreden besluit genoemde erkende muziek-educatieve organisaties voor het geheel van hun werking gedurende de subsidiëringsperiode, die start op 1 januari 2003 en eindigt op 31 december 2006, de jaarlijkse subsidiebedragen van het vierjarig financieringsbudget te hebben vastgesteld ten belope van de minstens in artikel 4 vervatte bedragen (voor een totaal, naar verluid van het bestreden besluit, van 1.735.000 EUR);

6. aan de in artikel 5 van het bestreden besluit genoemde erkende festivals voor het geheel van hun werking gedurende de subsidiëringsperiode, die start op 1 januari 2003 en eindigt op 31 december 2006, de jaarlijkse subsidiebedragen van het vierjarig financieringsbudget te hebben vastgesteld ten belope van de minstens in artikel 5 vervatte bedragen (voor een totaal, naar verluid van het bestreden besluit, van 2.190.000 EUR)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 194.012 van 9 juni 2009 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Walter Van Noten heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 december 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hans-Kristof Carême, die loco advocaat Tim De Ketelaere verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Séverine Vincke, die loco advocaat Walter Muls verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Walter Van Noten heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verzoekster dient op 1 september 2001 een aanvraag in om als professioneel muziekensemble erkend en gesubsidieerd te worden, op grond van het toenmalig decreet van 31 maart 1998 houdende de regeling van de erkenning en de subsidiëring van professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muzikeducatieve organisaties en festivals, het muziekcentrum van de Vlaamse Gemeenschap, het subsidiëren van muziekprojecten en het verlenen van werkbeurzen, zoals gewijzigd bij decreten van 18 mei 1999 en 21 december 2001 (hierna: het muziekdecreet) en het besluit van de Vlaamse regering van 19 mei 1998 betreffende de uitvoering van het muziekdecreet van 31 maart 1998 en de subsidiëring van compositieopdrachten voor muziektheater. Zij vraagt voor de werkingsjaren 2003-2006 een gemiddelde jaarlijkse subsidie van 377.655 euro.

3.2. Met een brief van 13 september 2001 vraagt de administratie Cultuur, afdeling Muziek, Letteren en Podiumkunsten van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap aan verzoekster een gedetailleerde planning van de activiteiten in de periode 2003-2006 en een overzicht van de huidige financiële situatie. Verzoekster verschaft de gevraagde informatie bij brief van 26 september 2001.

3.3. Met een brief van 2 oktober 2001 wordt aan verzoekster gemeld dat haar aanvraag op formele gronden ontvankelijk is en de aanvraag zal worden overgemaakt aan de beoordelingscommissie Muziek voor het artistiek advies en verder door de administratie zal worden onderzocht met het oog op het advies over de zakelijke en organisatorische aspecten.

3.4. Met een brief van 7 december 2001 worden aan verzoekster de voorlopige adviezen bezorgd van de beoordelingscommissie Muziek, voor wat betreft de artistieke kwaliteit, en van de administratie, voor wat betreft de werking en het beheer. Aan verzoekster wordt meegedeeld dat zij uiterlijk op 4 januari 2002 haar repliek op die adviezen kan indienen.

Het voorlopige advies van de beoordelingscommissie Muziek besluit tot “erkenning en subsidiëring” :

“Vereniging : Brussels Jazz Orchestra

Gevraagde Subsidie: 377.655,- €

Het Brussels Jazz Orchestra is een big band waarvan de klemtoon ligt op de hedendaagse interpretatie van het big band repertoire. In de toekomst plannen ze naast de kernactiviteit een aantal cross-over projecten en samenwerkingen met andere ensembles en instanties.

De big band is een kwalitatief hoogstaande en professionele groep waarin plaats is voor getalenteerde jonge musici, gastsolisten en dirigenten. De programmering van het Brussels Jazz Orchestra is verscheiden en heeft aandacht voor zowel traditionele als hedendaagse en minder gekende composities. Bijzondere belangstelling gaat uit naar Vlaamse werken en composities in opdracht. Met dit minder evidente en duidelijk geprofileerde programma binnen het genre van de jazz, heeft het orkest een artistieke leemte in Vlaanderen opgevuld. Brussels Jazz Orchestra heeft zich weten te profileren tot een van de belangrijkste jazzorkesten in Europa.

De plannen voor de erkenningsperiode 2003-2006 geven blijk van dezelfde gezonde ambitie, veelzijdige artistieke benadering en uitgesproken profilering. Om het orkest nog verder uit te bouwen, adviseert de Commissie een structurele ondersteuning toe te kennen.

Advies: erkenning en subsidiëring”.

Ook het voorlopige advies van de administratie Cultuur luidt positief :

“Gevraagde subsidie: 377.655,- €

Ondanks de vrees, bij de vorige erkennings- en subsidiërronde 1999-2002 dat het ensemble niet aan het vereiste aantal concerten zou voldoen, moet door de administratie worden vastgesteld dat dit ensemble, op het eerste jaar na, i.c. 1999 met 15 concerten, voor de jaren 2000 en 2001, het minimum aantal concerten per jaar heeft gehaald, respectievelijk 21 concerten in 2000 en 25 concerten in 2001. Naar de toekomst toe wordt een gemiddeld aantal van 28 concerten vooropgesteld. Deze stijging heeft vooral te maken met de groeiende interesse vanuit het buitenland voor het ensemble. Hiermee voldoet het ensemble aan de decretaal opgelegde erkenningsvoorwaarden.

Positief voor de uitstraling van dit ensemble en de Vlaamse (Jazz) cultuur in het algemeen is het feit dat dit ensemble haar intrek zal nemen, vanaf najaar 2001, in het gerestaureerd omroepgebouw Flagey in het hart van Brussel, zodat hierdoor de Vlaamse aanwezigheid in Brussel versterkt wordt. Het Flagey-gebouw is wereldwijd bekend omwille van de akoestische kwaliteiten van de concertzalen/studio's. Naast repetitieruimte zal de vzw over een volwaardige secretariaatslocatie beschikken.

Negatief dient de administratie het volgende op te merken dat:

- De boekhouding van het ensemble wordt vooral gevoerd op basis van inkomsten/uitgaven (kasboekhouding); dit systeem moet worden vervangen door het systeem van 'dubbele boekhouding' waarbij vb. de subsidies van de Vlaamse gemeenschap integraal geboekt moeten worden in het jaar waarvoor ze bestemd zijn. Concreet wil dit zeggen dat zowel de voorschotten als het saldo met betrekking tot het jaar x volledig dienen toegewezen te worden aan het jaar x en niet zoals nu aan het jaar x+1 voor wat betreft het saldo.
 - Uit de arbeidsovereenkomsten, die met de musici zijn afgesloten, blijkt niet duidelijk of de door de CAO-muziek opgelegde minimale vergoedingen voor concerten en repetities, worden gerespecteerd. Dit laatste moet expliciet in de overeenkomsten worden vermeld of worden opgenomen.
- Voorstel administratie : positief”.

Verzoekster dient geen opmerkingen in bij die voorlopige adviezen.

3.5. Met een brief van 29 maart 2002 wordt aan verzoekster meegedeeld dat de Vlaamse regering op 22 maart 2002 -volgens het administratief dossier evenwel op 29 maart 2002- beslist heeft om haar voor de periode van 1 januari 2003 tot 31 december 2006 te erkennen als professioneel muziekensemble, als bedoeld in artikel 3, § 3, van het muziekdecreet van 31 maart 1998. Er wordt ook meegedeeld dat over de aanvraag tot structurele subsidiëring voorlopig nog geen beslissing werd genomen en dat dit gebeurt ten laatste op 28 juni 2002. Als bijlage bij de brief zijn de definitieve adviezen van de beoordelingscommissie Muziek en van de administratie Cultuur gevoegd. Die adviezen zijn identiek aan de eerder meegedeelde voorlopige adviezen.

3.6. Met een brief van 28 juni 2002 wordt door de administratie Cultuur aan verzoekster het volgende medegedeeld :

“Op 28 juni 2002 heeft de Vlaamse regering een beslissing genomen over het vierjarig financieringsbudget voor de muziekverenigingen die middels het besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 werden erkend voor de periode 2003-2006 (cf. artikel 12 en artikel 13 van het Muziekdecreet van 31 maart 1998).

Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 12, § 2 en § 3, van het Muziekdecreet van 31 maart 1998 zal de jaarlijkse werkingssubsidie van Brussels Jazz Orchestra vzw minstens 180.000,- euro bedragen”.

3.7. Op 23 juli 2002 dient verzoekster bij de Raad van State een beroep in tot gedeeltelijke nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse regering van 28 juni 2002 houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele

muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekeducatieve organisaties en festivals in de periode 2003-2006.

Bij arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 vernietigt de Raad van State “het besluit van de Vlaamse regering van 28 juni 2002 houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekeducatieve organisaties en festivals in de periode 2003-2006, behoudens in de mate waarin het aan de vzw Brussels Jazz Orchestra ten minste 180.000 euro toekent en de daaruit blijkende weigering om aan deze vzw een hoger subsidiebedrag toe te kennen”.

Ingevolge dit arrest legt de Vlaamse minister van Cultuur, Jeugd, Sport en Brussel aan de Vlaamse regering opnieuw een ontwerpbesluit voor “houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekeducatieve organisaties en festivals in de periode 2003-2006”. Bij het ontwerp is een “bisnota aan de Vlaamse regering” gevoegd, waarin onder meer het volgende wordt toegelicht :

“De Raad van State vernietigde op vraag van Brussels Jazz Orchestra bij arrest van 22 mei 11. het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2002 houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekeducatieve organisaties en festivals in de periode 2003-2006. Het arrest van de Raad van State stelt dat bij de toenmalige beslissing niet aan de motiveringsplicht werd voldaan. In deze nota, waarin dus de beslissing van de Vlaamse Regering van 28 juni 2002 opnieuw wordt gedaan, neem ik dan ook een uitgebreidere motivering op. Daarnaast wordt in het ontwerp van besluit uitdrukkelijk verwezen naar deze nota als basis van de motivering voor de beslissing.

Omdat het hier gaat om het hernemen van een beslissing van de Vlaamse Regering van 6 jaar geleden en ook de desbetreffende subsidieperiode (2003-2006) al achter de rug is, stel ik enkel een aantal wijzigingen voor op het vlak van de motivering van de beslissingen. Vanzelfsprekend gebeurde dit op basis van de aanvraagdossiers en de adviezen van administratie en beoordelingscommissie die aan de beslissing van 28 juni 2002 ten grondslag lagen. Het ontwerp van besluit in bijlage vermeldt dan ook dezelfde organisaties en subsidiebedragen die in het besluit van 28 juni 2002 werden opgenomen.

Met name in het gedeelte over de muziekensembles werd het parametersysteem dat de administratie gebruikte om tot haar advies te komen verder uitgewerkt dan in de oorspronkelijke nota aan de Vlaamse Regering.”

De door de administratie bij de berekening van de subsidiebedragen voor de professionele muziekensembles toegepaste berekeningsmethode wordt in de nota als volgt toegelicht :

“De berekening is gebaseerd op het aantal musici die in een ensemble meespelen en het aantal concerten dat het ensemble jaarlijks brengt. Belangrijk om hierbij te vermelden is dat het geenszins de bedoeling mag zijn dat ensembles die meer subsidies hebben ontvangen om zich in orde te stellen met de wettelijke CAO- verplichtingen deze extra middelen zouden aanwenden om meer concerten te gaan geven of om met meer musici op te treden.

-Het aantal musici: een belangrijk aantal ensembles heeft vandaag de dag een zeer flexibele werking. Het aantal musici is daarom steeds een gemiddelde. Het opgegeven cijfer[...] is een gemiddelde van de bezetting op basis van de gevoerde inspecties ter plaatse. Niet zelden werd vastgesteld dat heel wat ensembles speelden in een bezetting die lager ligt dan de opgegeven basisbezetting. Uiteraard werd met dit gegeven rekening gehouden.

Voorbeeld Allegoria: 6 musici

-Het aantal concerten: het aantal concerten varieert sterk bij een aantal ensembles. Alleen de grote orkesten hebben een fulltime werking.

Voorbeeld Allegoria: 20 concerten

-Het aantal diensten: met de CAO voor de muziekensembles werd het begrip ‘dienst’ ingevoerd. Een dienst is een repetitie van 3 uur 30 minuten. Een concert is gelijk aan twee diensten met de voorafgaande repetitie inbegrepen. Ook opnames worden in de dienst berekend. Wanneer de overheid het aantal diensten als uitgangspunt neemt voor de subsidiëring, dan geeft dit de ensembles de vrijheid om zelf te bepalen hoeveel diensten aan repetities zij willen besteden en hoeveel aan concerten en opnames. Dit is een zeer belangrijke vrijheid om de ensembles flexibel te laten werken. Uitgangspunt bij de berekening is de fulltime werking van de twee grote orkesten (VRO en Koninklijk Filharmonisch Orkest, kortweg Filharmonie) waarbij wordt aangenomen dat een dergelijk orkest een honderdtal concerten per jaar verzorgt en ongeveer 212 dagen per jaar werkt of 424 diensten per jaar (200 concertdiensten en de rest repetities). Met deze gegevens wordt aan de hand van het aantal concerten berekend hoeveel diensten elk ensemble nodig heeft.

Voorbeeld Allegoria: 85 diensten (424 diensten VRO/Filharmonie x het aantal concerten/100 of $424 \times 20 / 100 = 84,8$ of 85 afgerond)

-Het dienstencoëfficiënt: het aantal diensten dat een ensemble maximaal jaarlijks kan en moet inrichten ter verantwoording van de subsidie. Dit wordt berekend door het aantal musici te vermenigvuldigen met het aantal diensten.

Voorbeeld Allegoria: aantal diensten (85) x aantal musici (6) = 508,8 of 509 afgerond

Toewijzing aantal personeelsleden omkadering

Het is de taak van het management om te bepalen hoeveel mensen moeten worden ingezet opdat een organisatie optimaal zou kunnen functioneren en welke kwalificaties voor de verschillende functies vereist zijn. Toch wenst de overheid rekening te houden met de noodzaak aan een administratieve omkadering bij het bepalen van het subsidiebedrag. Uitgangspunt hierbij is de administratieve omkadering van Filharmonie die uit zestien vte's bestaat. Hiervan uitgaande en rekening houdende met het dienstencoëfficiënt kan voor elk ensemble worden berekend welke administratieve omkadering verantwoord is.

Voorbeeld Allegoria: aantal vte's Filharmonie x dienstencoëfficiënt Allegoria/dienstencoëfficiënt Filharmonie of $16 \times 509 / 40704 = 0,2$

Berekening kosten

Loonkost: bij de loonkost werd uitgegaan van een gemiddelde van 45.612 euro per werknemer (brutoloon, vakantiegeld, RSZ werknemer en werkgever e.d. inbegrepen). Dit bedrag is een gemiddelde want kan hoog zijn voor bepaalde administratieve taken en laag voor directiefunctie (zakelijke leiding). Dit gemiddelde is verantwoord omdat kleine ensembles minder medewerkers in dienst hebben die over verschillende competenties moeten beschikken en verschillende taakomschrijvingen moeten realiseren. Het management mag in functie van het organogram de verschillende lonen bepalen, rekening houdend met de CAO.

Voorbeeld Allegoria: $45.612 \text{ euro} \times 0,2 = 9.122,48 \text{ euro}$

Kosten algemene werking: omvat algemene werkingskosten secretariaat (telefoon, fax e.d.). Als uitgangspunt werd gekeken naar de kost van Filharmonie (79.325 euro voor 16 personeelsleden of 4.958 euro/secretariaatslid).

Voorbeeld Allegoria: werking VRO/Filharmonie $\times 0,2/16 = 79.325,93 \text{ euro}$
 $\times 0,2/16 = 991,57 \text{ euro}$

Huur: er wordt een tussenkomst voorzien volgens grootte van het ensemble

Tot 10 musici	4.958 euro
Tot 20 musici	9.916 euro
Tot 40 musici	19.831 euro
Tot 50 musici	24.789 euro
Tot 60 musici	29.747 euro
Tot 80 musici	39.663 euro
Tot 100 musici	49.579 euro

Kosten promotie: er wordt een tussenkomst voorzien volgens de aard van het ensemble

Kamermuziekensemble	12.395 euro
Ensemble tot 25 musici	24.789 euro
Kamerorkest	49.579 euro
Symfonische orkesten	86.763 euro

Voorbeeld Allegoria: 12.395 euro

Artistieke loonkost: wordt berekend op basis van het dienstencoëfficiënt met als uitgangspunt een loonlast van 45.612 euro (zie hoger). De bestaande CAO bepalingen zijn het minimum.

Voorbeeld Allegoria: $45.612 \times 509/424 = 54.755,91 \text{ euro} = 54.756 \text{ euro}$

Partituren: wordt berekend op basis van het dienstencoëfficiënt. Voor ensembles hedendaagse muziek is een positieve discriminatie verantwoord, wegens de hogere partituurkosten.

Voorbeeld Allegoria: $37.184,03 \text{ (VRO/Filharmonie)} \times 509/40.704 = 464,98 \text{ euro} = 465 \text{ euro}$

Regie: is een specifieke organisatiekosten en omvat o.a. de kosten voor bepaalde instrumenten, vervoer, organisatie. De berekening gebeurt op basis van het dienstencoëfficiënt met een maximum van 237.978 euro bij de grote orkesten.

Voorbeeld Allegoria: 237.977,78 euro (VRO/deFilharmonie) x 509/40.704 = 2975,89 euro of afgerond 2976 euro

Séjours, maaltijden: is een specifieke kostenpost voor ensembles

Voorbeeld Allegoria: 118.988,89 euro (VRO/deFilharmonie) x 509/40.704 = 1.487,94 euro = 1.488 euro afgerond

Solisten: bij de berekening wordt uitgegaan van een gemiddelde van 1.983 euro/concert. Dit bedrag lijkt weinig gelet op de hoge bedragen die sommige solisten uitbetaald krijgen. Via voorliggend systeem zal de overheid echter niet onbeperkt bijdragen in de soms zeer hoge honoraria van de topsolisten. Het is de taak van het management om dit met eigen middelen te bekostigen. Kamermuziekensembles treden meestal op zonder solisten. Er werd dan ook met dit gegeven geen rekening gehouden (idem dirigenten: zie hieronder).

Voorbeeld Allegoria: 118.988,89 euro (VRO/deFilharmonie) x 509/40.704 = 1.487,94 euro = 1.488 euro afgerond

Dirigent: de honoraria van dirigenten kunnen hoog oplopen. Het is belangrijk dat het management hierbij juiste keuzes maakt. Het voorgestelde bedrag waarvan uitgegaan wordt is 10 % van de artistieke loonkost.

Voorbeeld Allegoria: 118.988,89 euro (VRO/deFilharmonie) x 509/40.704 = 1.487,94 euro = 1.488 euro afgerond

Berekening subsidiebedragen

De som van alle kostenposten samen geeft een bedrag dat als basis wordt gebruikt voor de berekening van de subsidiebedragen. De voorgestelde subsidie is 75 % van dit bedrag, omdat de administratie ervan uitgaat dat de ensembles ook nog inkomsten hebben buiten de subsidies. Dit bedrag moet zowel de reguliere als de internationale werking van het ensemble dekken alsook eventuele indexsprongen opvangen. Voor bepaalde ensembles die hedendaagse muziek brengen werd een positieve discriminatie ingebouwd omwille van de extra hoge kosten van repetitie en de dure partituren. Voor ensembles met specifieke internationale ambities kan ook een aanpassing gebeuren.”

Vervolgens licht de minister het uitgangspunt voor zijn voorstel tot subsidiëring van de muziekensembles als volgt toe :

“Uitgangspunt zijn de door de administratie voorgestelde subsidiebedragen op grond van het rekenmodel. Bij de bedragen op basis van de parameters heeft de administratie afgerond tot de duizendtallen. Mijn voorstel houdt rekening met deze cijfers, maar het artistieke advies van de beoordelingscommissie en de bijkomende opmerkingen van de administratie wegen even zwaar door in het uiteindelijke voorstel. Bij afwijkende voorstellen heb ik een bijkomende motivering opgenomen.”

Wat betreft de subsidiëring van verzoekster stelt de minister het volgende voor :

“Op basis van het rekenmodel van de administratie zoals hierboven uiteengezet zou aan BJO een subsidiebedrag van 184.052 euro kunnen worden toegekend.

De administratie stelde voor om de subsidie te beperken tot een bedrag van 160.000 euro en dit omwille van een aantal onvolkomenheden op het vlak van de gevoerde boekhouding en onduidelijkheden inzake de naleving van de CAO muziek. Zo werden niet alle inkomsten en uitgaven geboekt op het ogenblik dat de vordering respectievelijk schuld ontstond. Ook werd vastgesteld dat de bedrijfsvoorheffing buitenlandse musici niet werd ingehouden en dat er onduidelijkheid was over het statuut van de musici (bediende of arbeider, waarbij voor deze laatste geen sociale bijdragen werden betaald). De Beoordelingscommissie looft de kwaliteit en de programmering van het ensemble en stelt een bedrag voor van 272.682 euro. Ik houd rekening met het positieve advies van de Beoordelingscommissie en verhoog derhalve het door de administratie geadviseerde bedrag met 20.000 euro en stel dus een bedrag van 180.000 euro voor.”

3.8. Op 7 november 2008 wordt door de Vlaamse regering het thans bestreden besluit aangenomen “houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziek-educatieve organisaties en festivals in de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2006”. In de aanhef van het besluit wordt verwezen naar “de motiveringen”, opgenomen in de voormelde nota aan de Vlaamse regering, “die geacht worden integraal deel uit te maken van deze beslissing”.

Dit besluit van de Vlaamse regering alsmede de nota aan de Vlaamse regering worden met een aangetekende brief van 27 november 2008 aan verzoekster ter kennis gebracht.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt op dat verzoekster hoogstens belang heeft bij de vernietiging van artikel 1 van het bestreden besluit.

Het is passend deze exceptie slechts te beoordelen in functie van de middelen die in voorkomend geval gegrond worden bevonden.

V. Onderzoek van de middelen

5. Verzoekster voert in het inleidend verzoekschrift twee vernietigingsgronden aan.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste middel luidt :

“EERSTE MIDDEL genomen uit de schending van artikel 18 van het decreet van 31 maart 1998 houdende de regeling van de erkenning en subsidiëring van professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziek-educatieve organisaties en festivals, het Muziekcentrum van de Vlaamse Gemeenschap, het subsidiëren van muziekprojecten en compositieopdrachten en het verlenen van werkbeurzen (voortaan afgekort, ‘het Muziekdecreet’), alsmede van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, en van het gezag van gewijsde van Uw arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008, en uit machtsoverschrijding

DOORDAT - eerste en vierde onderdeel - de verwerende partij zich in de bestreden beslissing niet alleen bedient van een zgn. berekeningsmethode aan de hand van aanvullende criteria die niet in het Muziekdecreet worden vermeld, zulks ter bepaling van de subsidiebedragen, die zij niet vooraf aan de aanvragers van de subsidie heeft bekend gemaakt, maar die berekeningsmethode c.q. parametersysteem zelfs verder uitwerkt.

TERWIJL - eerste en vierde onderdeel - die berekeningsmethode krachtens artikel 18 van het Muziekdecreet voor 31 mei van het aanvraagjaar, derhalve i.c. uiterlijk op 31 mei 2001 aan de aanvragers bekend diende te worden gemaakt.

EN TERWIJL - eerste en vierde onderdeel - Uw Raad reeds in het arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 uitdrukkelijk heeft beslist dat ‘als er voor het bepalen van de subsidiebedragen al een berekeningsmethode bestond, [...] de verwerende partij in haar laatste memorie (erkent) dat die slechts een intern en officieus karakter had en nooit aan verzoekster werd meegedeeld’ (eigen onderstropping).

EN DOORDAT - tweede onderdeel - de verwerende partij in de bestreden beslissing het toegekende subsidiebedrag niet uitdrukkelijk en afdoende motiveert, behoudens en bij wijze van voorbeeld door vermelding van een quotering voor sommige - doch niet alle - parameters voor het ensemble Allegoria waarbij dient vastgesteld te worden dat die berekeningswijze rekenkundig het weerhouden subsidiebedrag van Allegoria niet kan rechtvaardigen.

TERWIJL - tweede onderdeel - iedere administratieve rechtshandeling de feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Dat geldt inzonderheid wanneer het, zoals bij de toekenning van het financieringsbudget aan de muziekverenigingen, om een discretionaire bevoegdheid gaat (zie overweging nr. 5.2 in Uw arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008).

EN DOORDAT - derde onderdeel - de berekening van het subsidiebedrag enkel op grond van kostenposten gebeurt, derhalve met uitsluiting van de nochtans

in de bisnota aan de Vlaamse regering - waarnaar de bestreden beslissing verwijst - aangehaalde parameters zoals 'het aantal musici', 'het aantal concerten', 'het aantal diensten' en 'het dienstencoëfficiënt'.

TERWIJL - derde onderdeel - een administratieve rechtshandeling op consistente en derhalve niet tegenstrijdige wijze dient te worden gemotiveerd.

EN DOORDAT - vijfde onderdeel - in de bestreden beslissing nergens cijfermatig en in concreto wordt gemotiveerd c.q. berekend hoe de verwerende partij het subsidiebedrag van de alle andere ensembles dan Allegoria, inzonderheid de verzoekende partij zelf, heeft bepaald.

TERWIJL - vijfde onderdeel - iedere administratieve rechtshandeling de feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen.

EN DOORDAT - zesde onderdeel - de verwerende partij in de bestreden beslissing kennelijk afwijkt van het advies van de beoordelingscommissie. Muziek die een subsidiebedrag van 272.682 EUR in het voordeel van de verzoekende partij heeft geadviseerd.

TERWIJL - zesde onderdeel - iedere administratieve rechtshandeling de feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen.

EN TERWIJL - zesde onderdeel - de verwerende partij iedere afwijking van de door haar opgevraagde adviezen in het nadeel van de verzoekende partij uitdrukkelijk en afdoende dient te motiveren.

EN DOORDAT - zevende onderdeel - de verwerende partij in de bestreden beslissing de verzoekende partij bestraft op grond van nogmaals een zgn. 'aanvullend criterium' dat eens te meer niet vooraf aan de verzoekende partij kenbaar werd gemaakt, m.n. op grond van zgn. onvolkomenheden op het vlak van de gevoerde boekhouding en onduidelijkheden inzake de naleving van de CAO muziek, derwijze dat het bedrag van 20.000,00 EUR wordt afgetrokken van de op zich reeds duistere berekeningsmethode.

TERWIJL - zevende onderdeel - ook dat criterium vooraf aan de verzoekende partij kenbaar diende te worden gemaakt.

EN TERWIJL - zevende onderdeel - deze bestraffing als een verkapte tuchtmaatregel dient te worden aangemerkt derwijze dat de verzoekende partij minstens in de gelegenheid diende te worden gesteld om vooraf haar standpunt hierover naar voren te brengen.

EN TERWIJL - zevende onderdeel - iedere administratieve rechtshandeling de feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, zeker wanneer de verwerende partij een niet-evidente beslissing neemt zoals in casu.

ZODAT verwerende partij in de bestreden beslissing de in het eerste middel aangehaalde wetten en beginselen schendt en machtsoverschrijding pleegt."

Verzoekster licht de verschillende onderdelen van het middel als volgt toe :

“Eerste onderdeel

In de ‘bisnota aan de Vlaamse regering’ waarnaar in de thans bestreden beslissing wordt verwezen, wordt er overwogen dat in het gedeelte over de muziekensembles het parametersysteem dat de administratie gebruikte om tot haar advies te komen - derhalve met een intern en officieus karakter zonder dat deze ooit aan de verzoekende partij ‘vooraf’ werd medegedeeld (cf. Uw arrest nr. 183.177) -, thans verder wordt uitgewerkt in vergelijking tot de oorspronkelijke nota aan de Vlaamse regering (zie pagina 1 van de bisnota aan de Vlaamse regering).

In Uw arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 wordt er nochtans overwogen dat, ‘als er voor het bepalen van de subsidiebedragen al een berekeningsmethode bestond, (...) de verwerende partij in haar laatste memorie (erkent) dat die slechts een intern en officieus karakter had en nooit aan verzoekster werd meegedeeld’.

Het Rekenhof merkte in zijn verslag aan het Vlaams Parlement het volgende op:

‘De term specifieke uitvoeringsvoorwaarden is misleidend, want de decretale bepaling waarnaar wordt verwezen handelt over de beoordelingscriteria ter bepaling van het financieringsbudget voor de volgende vierjarige periode. Deze beoordelingscriteria dienen decretaal te zijn bepaald of aanvullend kenbaar gemaakt door de Vlaamse Regering voor 31 mei van het aanvraagjaar. In casu dienden alle beoordelingscriteria dus bekend te zijn op 31 mei 2001. De minister mocht dus krachtens of ter uitvoering van het onderliggende decreetartikel achteraf geen bijkomende beoordelingscriteria meer bepalen’.

(Verslag van het Rekenhof over de subsidiëring van muziekverenigingen, Gedr. St., Vlaams Parlement, 2005-2006, nr. 37-B/1, blz. 4; eigen onderstreping)

Het Auditoraat bij de Raad van State heeft in de procedure die aanleiding heeft gegeven tot Uw arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 vastgesteld ‘dat het muziekdecreet de Vlaamse regering niet de bevoegdheid verleent om de uitbetaling van het vierjarige financieringsbudget afhankelijk te stellen van later te bepalen specifieke uitvoeringsvoorwaarden. Artikel 18 van het muziekdecreet bepaalt integendeel dat de lijst van de aanvullende beoordelingscriteria, bedoeld in artikel 17, §2, moet kenbaar gemaakt worden voor 31 mei van het jaar waarin de aanvraag tot subsidiëring moet worden ingediend. De lijst van die aanvullende beoordelingscriteria is overigens vastgesteld in artikel 15 van het uitvoeringsbesluit van de Vlaamse regering van 31 maart 1998’ (eigen onderstreping).

De verwerende partij volhardt blijkbaar in de boosheid. Met miskennis van het gezag van gewijsde van het arrest nr. 183.177 van Uw Raad hanteert zij enerzijds een berekeningsmethode die nooit vooraf aan de verzoekende partij werd medegedeeld, en gaat zij anderzijds nog een stap verder door die berekeningsmethode c.q. parametersysteem verder uit te werken.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet alleen ernstig en gegrond, maar bovendien kennelijk gegrond.

Tweede onderdeel

Nader beschouwd wordt er in de bisnota aan de Vlaamse regering uitgegaan van een rekenmodel 'gebaseerd op het aantal musici die in een ensemble meespelen en het aantal concerten dat het ensemble jaarlijks brengt'.

In de bisnota wordt hierbij vermeld 'dat het geenszins de bedoeling mag zijn dat ensembles die meer subsidies hebben ontvangen om zich in orde te stellen met de wettelijke CAO-verplichtingen deze extra middelen zouden aanwenden om meer concerten te gaan geven of om met meer musici op te treden'.

Meer specifiek steunt de berekeningsmethode blijkbaar op de volgende parameters:

- het aantal musici;
- het aantal concerten;
- het aantal diensten;
- het dienstencoefficiënt;
- toewijzing aantal personeelsleden omkadering;
- berekening kosten (loonkost, kosten algemene werking, huur, kosten promotie, artistieke loonkost, partituren, regie, séjours en maaltijden, solisten, dirigent).

Op pagina 5 in fine van de bisnota aan de Vlaamse regering wordt nog het volgende vermeld:

'De som van alle kostenposten samen geeft een bedrag dat als basis wordt gebruikt voor de berekening van de subsidiebedragen. De voorgestelde subsidie is 75 % van dit bedrag, omdat de administratie ervan uitgaat dat de ensembles ook nog inkomsten hebben buiten de subsidies. Dit bedrag moet zowel de reguliere als de internationale werking van het ensemble dekken alsook eventuele indexsprongen opvangen. Voor bepaalde ensembles die hedendaagse muziek brengen, werd een positieve discriminatie ingebouwd omwille van de extra hoge kosten van repetitie en de dure partituren. Voor ensembles met specifieke internationale ambities kan ook een aanpassing gebeuren.'
(eigen onderstreping)

Voor de meeste parameters wordt het cijfervoorbeeld van het ensemble Allegoria gegeven om de bepaling van het subsidiebedrag van Allegoria - derhalve bij wijze van voorbeeld - in concreto te motiveren.

De verzoekende partij heeft het cijfervoorbeeld gefalsificeerd door alle kosten van het Allegoria op te tellen, de post 'huur' uitgezonderd omdat zij dat nergens uit kan afleiden. Zij komt hierbij uit op een basisbedrag van 85.170,05 EUR. De voorgestelde subsidie dient volgens de verwerende partij 75 % hiervan te bedragen, derhalve 63.877,54 EUR. Dit is slechts bij benadering een subsidie van 65.346,00 EUR in hoofde van Allegoria zoals weerhouden op pagina 6 van de bisnota aan de Vlaamse regering.

De verzoekende partij leidt hieruit af dat de berekeningswijze rekenkundig het weerhouden subsidiebedrag niet kan rechtvaardigen. Zij kan uit de bestreden beslissing het waarom hiervan niet afleiden. Dit bewijst op zich een kennelijk motiveringsgebrek.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is ernstig en gegrond, zelfs kennelijk gegrond.

Derde onderdeel

Bovendien blijkt de berekening van het subsidiebedrag enkel op grond van kostenposten te gebeuren, derhalve met uitsluiting van de nochtans in de bisnota aan de Vlaamse regering aangehaalde parameters zoals 'het aantal musici', 'het aantal concerten', 'het aantal diensten' en 'het dienstencoefficient' (cf. tweede onderdeel).

In dat opzicht wordt de bestreden beslissing c.q. de bisnota van de Vlaamse regering alleszins op tegenstrijdige en dus kennelijk onjuiste en zelfs misleidende wijze gemotiveerd.

Het derde onderdeel van het eerste middel is ernstig en gegrond, zelfs kennelijk gegrond.

Vierde onderdeel

In ieder geval zijn de aangehaalde kostenposten geen klassieke - wettelijke - criteria om de grootte van het financieringsbudget te bepalen.

Artikel 17 van het Muziekdecreet bepaalt immers het volgende:

‘§ 1. Om de grootte van het financieringsbudget te bepalen, worden - rekening houdend met de specificiteit van de betrokken muziekvereniging de volgende beoordelingscriteria gehanteerd voorzover deze relevant zijn voor de beoordeling van de gesubsidieerde activiteit:

1/ beoordelingscriteria met betrekking tot de artistieke kwaliteit van de activiteit :

- a) de artistieke keuze en de benaderingswijze;
- b) de culturele uitstraling ervan in binnen- en buitenland;
- c) de aandacht voor Vlaamse en/of hedendaagse muziek;
- d) de moeilijkheidsgraad van de uitvoering van de muziekstukken;
- e) de keuze van de uitvoerders in functie van het uitgevoerde muziekstuk en in functie van de gekozen benaderingswijze;
- f) de professionaliteit en de pedagogische capaciteit van docenten en sprekers;
- g) de inhoudelijke kwaliteit van de muziekwettelijke publicaties;

2/ beoordelingscriteria met betrekking tot de werking en het beheer van de erkende organisatie :

- a) de grootte van het personeelsbestand;
- b) het aantal activiteiten;
- c) de geografische spreiding van de activiteiten;
- d) het organisatorisch, financieel en boekhoudkundig management en het personeelsbeleid;
- e) het publieksbereik, de prijspolitiek en de publiciteit;
- f) het creëren van stageplaatsen voor musici in opleiding;
- g) het geven van kansen aan nieuwe muziekensembles en jonge musici, solisten en dirigenten, met bijzondere aandacht voor Vlaamse muziekensembles, musici, solisten en dirigenten, teneinde hun professionaliteit te ontwikkelen;

- h) de professionele aanpak en de kwantiteit van de muzikeducatieve publicaties en cursussen;
- i) het verlenen van compositieopdrachten aan Vlaamse componisten;
- j) de samenwerking met andere culturele organisaties.

§ 2. In aanvulling van de beoordelingscriteria, genoemd in § 1, mag de Vlaamse regering aanvullende beoordelingscriteria bepalen.

De beoordelingscommissie muziek adviseert de Vlaamse regering bij het bepalen van aanvullende beoordelingscriteria met betrekking tot de artistieke kwaliteit van de gesubsidieerde activiteit. Zij kan zelf ook aanvullende artistieke beoordelingscriteria ter goedkeuring voorstellen aan de Vlaamse regering.'

De kostenposten zouden derhalve hoogstens als aanvullende beoordelingscriteria kunnen worden gekwalificeerd, en dan nog uitsluitend onder de hierna vermelde voorwaarden.

Zoals hoger reeds werd vermeld, dienden de aanvullende beoordelingscriteria -in zoverre zij zouden worden toegepast-, vooraf en uiterlijk voor 31 mei van het jaar waarin de aanvraag tot subsidiëring moet worden ingediend -dit is i.c. uiterlijk op 31 mei 2001- aan de verzoekende partij kenbaar te worden gemaakt (cf. eerste onderdeel van het eerste middel).

Artikel 18 van het Muziekdecreet luidt inderdaad als volgt:

'De lijst van de aanvullende beoordelingscriteria, bedoeld in artikel 17, § 2, moet kenbaar gemaakt worden voor 31 mei van het jaar waarin de aanvraag tot subsidiëring moet worden ingediend. Als deze aanvullende beoordelingscriteria niet tijdig kenbaar gemaakt worden, gelden de aanvullende beoordelingscriteria die het laatst van toepassing zijn.'

Met verwijzing naar Uw arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 waarin wordt overwogen dat, 'als er voor het bepalen van de subsidiebedragen al een berekeningsmethode bestond, (...) de verwerende partij in haar laatste memorie (erkent) dat die slechts een intern en officieus karakter had en nooit aan verzoekster werd meegedeeld', het in het eerste onderdeel geciteerde verslag van het Rekenhof aan het Vlaams Parlement, en het auditoraatsverslag in de procedure die aanleiding heeft gegeven tot Uw arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 dient eens te meer te worden vastgesteld dat de verwerende partij met miskennis van het gezag van gewijsde van het arrest nr. 183.177 van Uw Raad enerzijds een berekeningsmethode hanteert die nooit vooraf aan de verzoekende partij werd medegedeeld, en dat zij anderzijds nog een stap verder gaat door die berekeningsmethode c.q. parametersysteem verder uit te werken.

Het vierde onderdeel van het eerste middel is niet alleen ernstig en gegrond, maar bovendien kennelijk gegrond.

Vijfde onderdeel

Zelfs indien de gehanteerde berekeningsmethode ter bepaling van het subsidiebedrag wettig zou zijn - *quod certe non* -, dan nog dient te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing c.q. de bisnota aan de Vlaamse regering hoogstens uitdrukkelijk en afdoende gemotiveerd zou zijn ten aanzien Allegoria, doch met uitsluiting van alle andere ensembles, inzonderheid de verzoekende partij zelf.

Het vijfde onderdeel van het eerste middel is ernstig en gegrond, zelfs kennelijk gegrond.

Zesde onderdeel

De verzoekende partij stelt bijkomend vast dat de subsidiebedragen finaal anderszins dan overeenkomstig de hoger beschreven en bekritiseerde berekeningsmethode worden bepaald. De administratie Cultuur heeft blijkbaar de subsidiebedragen volgens de berekeningsmethode bepaald -, zo voor de verzoekende partij ad 184.052 EUR (cf. infra) -, doch de beoordelingscommissie Muziek komt tot geheel andere bedragen (zo voor de verzoekende partij ad 272.682 EUR).

De verzoekende partij tast in het duister op grond van welke criteria de beoordelingscommissie Muziek tot een subsidiebedrag van 272.682 EUR zou zijn gekomen.

De verwerende partij heeft voor de verzoekende partij rekening gehouden met het positieve advies van de beoordelingscommissie Muziek en het subsidiebedrag zoals voorgesteld door de administratie Cultuur derhalve verhoogd met 20.000,00 EUR, derhalve een subsidiebedrag van 180.000,00 EUR.

De verzoekende partij tast in het duister naar de motieven van de verwerende partij om het subsidiebedrag zoals voorgesteld door de administratie Cultuur (slechts) met 20.000,00 EUR te verhogen.

Even zo tast zij in het duister waarom de verwerende partij niet het bedrag van de beoordelingscommissie Muziek ad 272.682 EUR heeft weerhouden.

Enige afwijking ‘naar beneden toe’ van het advies van de beoordelingscommissie Muziek dient nochtans uitdrukkelijk en afdoende te worden gemotiveerd.

Het zesde onderdeel van het eerste middel is ernstig en gegrond, zelfs kennelijk gegrond.

Zevende onderdeel

Met betrekking tot de berekening van het subsidiebedrag door de administratie Cultuur dient nog te worden opgemerkt dat deze blijkbaar nog een aanvullend criterium heeft toegevoegd, m.n. ‘een aantal onvolkomenheden op het vlak van de gevoerde boekhouding en onduidelijkheden inzake de naleving van de CAO muziek. Zo werden niet alle inkomsten en uitgaven geboekt op het ogenblik dat de vordering respectievelijk schuld openstond. Ook werd vastgesteld dat de bedrijfsvoorheffing buitenlandse musici niet werd ingehouden en dat er onduidelijkheid was over het statuut van de musici (bediende of arbeider, waarbij voor deze laatste geen sociale bijdragen werden betaald)’.

De verwerende partij heeft de penalisatie op grond van dat ‘aanvullend criterium’ kennelijk aanvaard aangezien zij de verhoging van 20.000 EUR op grond van het advies van de Beoordelingscommissie Muziek aanreken op het bedrag van 160.000 EUR zoals voorgesteld door de administratie Cultuur.

Daargelaten de vraag in welke mate de redenen die tot de penalisatie hebben geleid als een ‘aanvullend criterium’ in de zin van artikel 18 van het Muziekdecreet zouden kunnen worden gekwalificeerd -quod certe non-, dient eens te meer te worden vastgesteld dat de aanvullende beoordelingscriteria vooraf en

uiterlijk voor 31 mei van het jaar waarin de aanvraag tot subsidiëring moet worden ingediend -d.i. uiterlijk op 31 mei 2001- aan de verzoekende partij dienden kenbaar te worden gemaakt.

De verzoekende partij merkt op dat het Muziekdecreet en haar uitvoeringsbesluiten voorzien in sancties in geval van onregelmatigheden in hoofde van een muziekensemble, zo o.a. het inhouden van het saldo van 10 % van de subsidie naar aanleiding van de jaarlijkse afrekening. Een sanctie zoals deze in casu wordt toegepast -m.n. de inhouding van 20.000 EUR op het nochtans jaarlijks toe te kennen subsidiebedrag-, past kennelijk niet binnen de context van een structureel subsidiedossier.

De verzoekende partij merkt hierbij op dat de verwerende partij kennelijk heeft nagelaten om in het verleden enige sanctie toe te passen wat er op wijst dat de zgn. onregelmatigheden niet van een ernstige aard waren.

Eén en ander wordt bevestigd in de originele (pré)-adviezen waarin van een dergelijke sanctie c.q. herleiding van het subsidiebedrag wegens zgn. onregelmatigheden nooit sprake is geweest.

De verzoekende partij verwijst inzonderheid naar het oorspronkelijke advies van de administratie waarin weliswaar melding wordt gemaakt van die zgn. onregelmatigheden, maar waarvoor geen enkele sanctie c.q. vermindering van het subsidiebedrag wordt geadviseerd:

[...]

De verzoekende partij merkt nog op dat zij reeds lang is tegemoetgekomen aan de enige opmerking inzake de boekhouding en sociaal statuut. De 2 luttele bemerkingen waren derhalve niet meer voorhanden op het ogenblik dat de verwerende [partij] over de subsidiëring diende te beslissen.

Reeds in 2001 is de verzoekende partij overgeschakeld op een dubbele boekhouding. De in de CAO opgelegde minimale vergoedingen voor concerten en repetities werden steeds en worden ontegensprekelijk gerespecteerd.

De verzoekende partij werd nooit in de gelegenheid gesteld om haar verweer tegen de aantijgingen te doen gelden, niettegenstaande haar recht om haar standpunt naar voren te brengen c.q. het recht om gehoord te worden als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

In ieder geval tast de verzoekende partij in het duister naar de periode van de zgn. onregelmatigheden waarop de verwerende partij zich steunt.

Het zevende onderdeel van het eerste middel is ernstig en gegrond, zelfs kennelijk gegrond.”

Beoordeling

Het eerste middelonderdeel

7. Artikel 18 van het muziekdecreet bepaalt dat de lijst van de aanvullende beoordelingscriteria, bedoeld in artikel 17, § 2, kenbaar gemaakt moet worden voor 31 mei van het jaar waarin de aanvraag tot subsidiëring moet worden ingediend.

In het eerste onderdeel van het middel gaat verzoekster er vanuit dat de in de bestreden beslissing toegepaste berekeningsmethode gebruik maakt van aanvullende beoordelingscriteria die niet vooraf kenbaar werden gemaakt.

Uit de voormelde “bisnota” van de Vlaamse regering blijkt dat de berekening van de administratie steunt op het aantal musici dat in een ensemble speelt en het aantal zogenaamde “diensten”, zijnde het aantal concerten dat het ensemble jaarlijks brengt en het aantal daarmee in verband staande repetities. Daaraan werd een aantal kosten gerelateerd (diverse loonkosten, kosten voor algemene werking, huur, promotie, enzovoort). De som van alle kostenposten samen geeft het bedrag dat als basis wordt gebruikt voor de subsidiebedragen. De voorgestelde subsidie is 75 % van dit bedrag.

Bij de bepaling van het financieringsbudget wordt dus rekening gehouden met twee in artikel 17, § 1, 2/, van het muziekdecreet bepaalde beoordelingscriteria, namelijk de grootte van het personeelsbestand en het aantal activiteiten. Kosten voor promotie kunnen ook worden begrepen in de eveneens in artikel 17, § 1, 2/, vernoemde criteria met betrekking tot publieksbereik en publiciteit.

De elementen die voor de berekeningsmethode gebruikt zijn, zijn dus geen aanvullende beoordelingscriteria als bedoeld in de artikelen 17, § 2, en 18 van het muziekdecreet.

Daarbij moet worden opgemerkt dat krachtens die bepalingen alleen de aanvullende beoordelingscriteria, maar niet de berekeningsmethode voor de subsidiebepaling vooraf kenbaar moet worden gemaakt. Het is derhalve zonder belang dat in de bisnota aan de Vlaamse regering wordt vermeld dat “in het gedeelte over de muziekensembles [...] het parametersysteem dat de administratie gebruikte

om tot haar advies te komen verder [werd] uitgewerkt dan in de oorspronkelijke nota aan de Vlaamse regering”. Dit betekent immers niet dat de berekening op nieuwe, niet-bekendgemaakte beoordelingscriteria was gesteund.

Verzoekster verwijst in de toelichting bij het eerste onderdeel van het middel ten onrechte naar het auditoraatsverslag in de zaak A.124.309/IX-3432 en de aldaar aangehaalde opmerking van het Rekenhof. Die opmerking had immers betrekking op artikel 7 van het in die zaak bestreden besluit van 28 juni 2002, waarbij de Vlaamse regering zich de bevoegdheid had voorbehouden het toegekende vierjarig financieringsbudget te koppelen aan nog nader te bepalen specifieke uitvoeringsvoorwaarden. Daarbij werd vastgesteld dat het muziekdecreet de Vlaamse regering daartoe niet de bevoegdheid verleent, aangezien de aanvullende beoordelingscriteria vooraf moeten worden bekendgemaakt.

8. Het eerste onderdeel is niet gegrond.

Het tweede middelonderdeel

9. In het tweede onderdeel van het middel voert verzoekster aan dat de formele-motiveringsplicht wordt geschonden, doordat bij de berekening van de subsidiebedragen enkel het ensemble Allegoria als voorbeeld wordt gegeven. Bovendien kan dit voorbeeld het aan dit ensemble toegekende bedrag niet verantwoorden.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen verplichten de overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat op een “afdoende” wijze. Het belangrijkste doel van de verplichting tot uitdrukkelijke motivering is dat de betrokkene in de hem betreffende akte zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, zodat hij met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Aan die formele-motiveringsplicht kan worden voldaan door een verwijzing naar een advies of een voorstel, indien de genomen beslissing in overeenstemming is met dat advies of dat voorstel en op voorwaarde dat de inhoud ervan aan de betrokkenen ter kennis werd gebracht.

10. Te dezen is de formele motivering van de bestreden beslissing opgenomen in een nota aan de Vlaamse regering, die luidens de bestreden beslissing integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing en die samen met die beslissing aan verzoekster werd medegedeeld.

In de nota aan de Vlaamse regering wordt een door de administratie uitgewerkt rekenmodel om de subsidiebedragen te bepalen toegelicht. De door de administratie voorgestelde subsidiebedragen op grond van het rekenmodel worden als uitgangspunt genomen. Bij afwijkende voorstellen wordt een bijkomende motivering opgenomen.

In zoverre verzoekster in het tweede onderdeel van het middel aanvoert dat voor de berekening van de subsidiebedragen alleen het ensemble Allegoria als voorbeeld wordt gegeven, dient te worden opgemerkt dat het cijfervoorbeeld met betrekking tot het ensemble Allegoria er enkel toe strekt het door de administratie voorgestelde rekenmodel te verduidelijken.

Het bezwaar dat het cijfervoorbeeld betreffende het ensemble Allegoria het uiteindelijk aan het ensemble toegekende subsidiebedrag niet kan verantwoorden, kan niet worden aangenomen. Zoals hiervoor reeds is gezien, is het beroep immers niet ontvankelijk in zover dit de toekenning van subsidies aan andere muziekverenigingen dan verzoekster betreft.

Verzoekster argumenteert evenwel dat de fouten in dit cijfervoorbeeld ook de berekening en toekenning van het haar toegekende subsidiebedrag ondergraaft en betoogt dat aan de formele-motiveringsplicht maar op afdoende wijze is voldaan indien de berekening van haar subsidie afzonderlijk was opgenomen.

De Raad van State ziet echter niet wat verzoekster moest verhinderen om, nu de berekeningsmethode haar bekend is gemaakt en zij verondersteld mag worden te weten hoe de parameters van die berekening in haar eigen dossier ingevuld moeten worden, na te gaan of het toegekende bedrag de juiste uitkomst is van het rekenmodel. Opvallend genoeg slaagt verzoekster erin om die berekening over te doen voor het ensemble Allegria, maar onderneemt zij in het verzoekschrift niet dezelfde oefening voor de eigen aanvraag. De Raad stelt vast dat door de mededeling van de berekeningsmethode in hoofde van een aanvrager het doel van de formele-motiveringsplicht is bereikt en dat verzoekster dan ook zonder

belang is bij dit aspect van het tweede middelonderdeel. Overigens stelt de Raad ook vast dat de concrete berekening van de door de administratie voorgestelde subsidiebedragen is opgenomen in een nota van de administratie Cultuur van 22 februari 2002, die aan verzoekster bekend is als stuk 9 van het administratief dossier. Verzoekster laat in haar latere procedurestukken die nota onbesproken.

11. Het tweede onderdeel van het middel is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

Het derde middelonderdeel

12. In het derde onderdeel van het middel voert verzoekster aan dat de berekening van het subsidiebedrag enkel gebeurde aan de hand van een aantal kostenposten, zonder rekening te houden met een aantal in de bisnota aan de Vlaamse regering aangehaalde parameters zoals het aantal musici, het aantal concerten, het aantal diensten en de dienstencoëfficiënt.

13. Uit de bisnota aan de Vlaamse regering blijkt evenwel dat bij de bepaling van het subsidiebedrag aan de hand van verschillende kostenposten wel degelijk rekening werd gehouden met het aantal musici, het aantal concerten, het aantal diensten en de op basis daarvan berekende dienstencoëfficiënt.

Het derde onderdeel van het middel mist derhalve feitelijke grondslag.

Het vierde middelonderdeel

14. In het vierde onderdeel van het middel voert verzoekster aan dat de kostenposten waarmee rekening werd gehouden om het subsidiebedrag te berekenen geen relevante beoordelingscriteria zijn als bedoeld in artikel 17, § 1, van het muziekdecreet en dat het evenmin gaat om aanvullende beoordelingscriteria die overeenkomstig artikel 18 van het muziekdecreet voor 31 mei van het jaar waarin de aanvraag tot subsidiëring moest worden ingediend, werden bekendgemaakt.

Zoals hiervoor bij de bespreking van het eerste en het derde onderdeel van het middel is opgemerkt, wordt in de bisnota aan de Vlaamse regering bij de berekening van de kostenposten rekening gehouden met het aantal musici, het

aantal diensten en de op basis daarvan berekende dienstencoëfficiënt. Het voorgestelde subsidiebedrag staat derhalve in verhouding tot de grootte van het personeelsbestand en het aantal activiteiten. Aldus worden beoordelingscriteria gehanteerd die vermeld zijn in artikel 17, § 1, van het muziekdecreet. Het was bijgevolg niet noodzakelijk om de kostenposten vooraf als aanvullende beoordelingscriteria bekend te maken.

Er kan trouwens op worden gewezen dat het aan de muziekverenigingen toegekende financieringsbudget luidens artikel 13, § 1, van het muziekdecreet de nodige middelen bevat voor de subsidiëring van basis-, personeels- en werkingskosten van deze verenigingen. Het ligt dan ook in de rede dat het subsidiebedrag berekend wordt met inachtneming van verschillende kostenposten.

15. Het vierde onderdeel van het middel is niet gegrond.

Het vijfde middelonderdeel

16. In het vijfde onderdeel van het middel voert verzoekster aan dat, zelfs indien de gehanteerde berekeningsmethode wettig zou zijn, de nota aan de Vlaamse regering enkel ten aanzien van het ensemble Allegoria afdoende gemotiveerd zou zijn.

Het middelonderdeel valt samen met het reeds besproken tweede onderdeel van het middel en is om dezelfde reden ongegrond.

De berekening van de door de administratie voorgestelde subsidiebedragen is trouwens opgenomen in de meervermelde nota van de administratie Cultuur van 22 februari 2002. Verzoekster betwist niet dat die berekening overeenstemt met het door de administratie voorgesteld rekenmodel.

Het zesde middelonderdeel

17. In het zesde onderdeel van het middel voert verzoekster aan dat de Vlaamse regering niet heeft gemotiveerd waarom zij het advies van de beoordelingscommissie Muziek die voor verzoekster een subsidiebedrag van 272.682 euro voorstelde, niet gevolgd heeft.

Verzoekster erkent dat het voorstel van de beoordelingscommissie Muziek om haar een subsidiebedrag van 272.682 euro toe te kennen niet gemotiveerd was. Ook het Rekenhof stelde trouwens vast dat noch de adviezen, noch de notulen van de vergaderingen van de beoordelingscommissie inzicht verschaften in de voorgestelde subsidiebedragen (verslag van het Rekenhof over de subsidiëring van muziekverenigingen, *Parl. St.* VI. Parl. 2005-2006, nr. 37-B/1, blz. 31).

Overeenkomstig artikel 16, § 4, van het besluit van de Vlaamse regering van 19 mei 1998 betreffende de uitvoering van het muziekdecreet van 31 maart 1998 en de subsidiëring van compositieopdrachten voor muziektheater moet de beoordelingscommissie Muziek advies uitbrengen over de artistieke aspecten van de activiteiten die de muziekvereniging die een ontvankelijke aanvraag tot subsidiëring heeft ingediend, zal organiseren. Er bestaat bijgevolg geen verplichting om het advies van de beoordelingscommissie Muziek in te winnen aangaande het toe te kennen subsidiebedrag.

Aan de Vlaamse regering, die een gemotiveerde beslissing over de toe te kennen subsidiebedragen moest nemen, kan dan ook niet worden verweten dat zij geen rekening heeft gehouden met de niet-gemotiveerde subsidiebedragen die door de beoordelingscommissie Muziek werden voorgesteld.

Uit de nota aan de Vlaamse regering blijkt overigens dat wel rekening werd gehouden met de kwalitatieve beoordeling die de beoordelingscommissie over de activiteiten van de muziekverenigingen heeft uitgebracht. Om die reden werd het door de administratie voorgestelde subsidiebedrag voor verzoekster met 20.000 euro verhoogd.

18. Het zesde onderdeel van het middel is niet gegrond.

Het zevende middelonderdeel

19. Het zevende onderdeel van het middel is gericht tegen de beslissing om, zoals voorgesteld door de administratie, het aan verzoekster toegekende subsidiebedrag te verlagen omwille van een aantal onvolkomenheden op het vlak van de gevoerde boekhouding en onduidelijkheden inzake de naleving van de CAO muziek.

Verwerende partij argumenteert dat verzoekster wel degelijk hierover is gehoord, aangezien zij de voorlopige adviezen heeft ontvangen en zij daarop niet heeft gereageerd, ondanks de duidelijk negatief geformuleerde opmerkingen in het advies van de administratie.

20. Overeenkomstig artikel 17, § 1, 2/, van het muziekdecreet mag bij het bepalen van de grootte van het financieringsbudget onder meer rekening worden gehouden met “het organisatorisch, financieel en boekhoudkundig management en het personeelsbeleid”.

Verzoekster kan dan ook niet worden gevolgd waar zij stelt dat het om een niet vooraf bekendgemaakt aanvullend beoordelingscriterium zou gaan.

21. De opmerkingen van de administratie in verband met de boekhouding en het personeelsbeheer werden inderdaad vermeld in het voorlopig advies van de administratie dat met een brief van 7 december 2001 aan verzoekster werd medegedeeld en verzoekster heeft na kennisname van dit voorlopig advies geen opmerkingen erover gemaakt.

In het voorlopig advies van de administratie is echter niet vermeld dat vanwege die tekortkomingen wordt voorgesteld om de subsidie voor verzoekster van 184.052 euro tot 160.000 euro te verlagen. De conclusie van het advies was integendeel zonder voorbehoud positief. Verzoekster stelt dan ook terecht dat zij werd verschalkt door niet vooraf de reële mogelijkheid te hebben gekregen om haar standpunt effectief kenbaar te maken terwijl zij daar blijkens artikel 8, § 5, en artikel 14, § 3, van het uitvoeringsbesluit van 19 mei 1998 op mocht vertrouwen. Daardoor werd de hoorplicht geschonden.

22. Het zevende onderdeel van het middel is gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

23. Het tweede middel is genomen “uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, uit de schending van artikel 2, minstens artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-

handelingen, uit de schending minstens verkeerde toepassing van artikel 14, § 4, juncto artikel 17 van het decreet van 31 maart 1998 houdende de regeling van de erkenning en subsidiëring van professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekwedukatieve organisaties en festivals, het muziekcentrum van de Vlaamse Gemeenschap, het subsidiëren van muziekprojecten en compositieopdrachten en het verlenen van werkbeurzen, uit de schending van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, de formele en materiële motiveringsplicht, uit de schending van het gelijkheidsbeginsel en uit machtsoverschrijding”, “doordat de bestreden beslissing op arbitraire en discriminerende wijze aan verzoekende partij een vierjarig financieringsbedrag toekent van jaarlijks minstens 180.000 EUR, terwijl verwerende partij verzoekster in haar verhouding tot alle andere erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziekwedukatieve organisaties en festivals, op gelijke en niet discriminerende wijze dient te behandelen”.

Verzoekster licht het tweede middel als volgt toe :

“De afwezigheid van enige uitdrukkelijke motivering, de afwezigheid van enige afdoende motivering en de schendingen en machtsoverschrijdingen die in het eerste middel worden aangevoerd, leiden tot de conclusie dat de bestreden beslissing arbitrair en willekeurig is getroffen, zodat ook het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

Zo is de bestreden beslissing volkomen leeg aan enige motivering en faalt zij aan te geven op begrijpelijke wijze, ondermeer:

- ☐ waarom verzoekende partij in verhouding tot het door haar gevraagde en deugdelijk gemotiveerde subsidiebedrag, slechts een fractie ten belope van 47,66 % wordt toegekend?
- ☐ op welke wijze diezelfde verhouding zich voordoet bij alle overige erkende en gesubsidieerde professionele ensembles (...);
- ☐ of al deze onderlinge verhoudingen gedragen worden door de adviezen en het administratief dossier van de bestreden beslissing;
- ☐ of enige onderlinge afweging is doorgevoerd tussen de diverse toe te bedelen professionele ensembles met het oog op het bepalen en vaststellen van ieders subsidiebedrag, dus ook dit van verzoekende partij.”

Beoordeling

24. Uit de bisnota aan de Vlaamse regering blijkt dat bij de berekening van het subsidiebedrag voor de professionele muziekensembles werd uitgegaan van het door de administratie voorgestelde rekenmodel. Verzoekster toont niet aan dat dit rekenmodel discriminerend zou zijn.

De Vlaamse regering is bij de toekenning van de subsidies van de door de administratie op basis van het rekenmodel voorgestelde subsidiebedragen afgeweken. In de bisnota aan de Vlaamse regering wordt een uitdrukkelijke motivering voor die afwijkingen opgenomen. Verzoekster toont niet aan dat die afwijkingen discriminerend zijn.

Zij lijkt aan te nemen dat het gelijkheidsbeginsel vereist dat aan de muziekensembles éénzelfde percentage van het gevraagde subsidiebedrag wordt toegekend. De naleving van het gelijkheidsbeginsel zou daardoor evenwel niet gewaarborgd zijn.

De stelling van verzoekster gaat bovendien voorbij aan de discretionaire bevoegdheid die in artikel 14, § 4, van het muziekdecreet aan de Vlaamse regering is toegekend. Luidens die bepaling beslist de Vlaamse regering aan de hand van de beoordelingscriteria, bedoeld in artikel 17, over de grootte van het toe te kennen financieringsbudget.

Uit dezelfde bepaling vloeit voort dat het financieringsbudget niet op basis van een onderlinge afweging tussen de verschillende muziekensembles moet worden bepaald.

25. Het tweede middel is niet gegrond.

VI. Omvang van de nietigverklaring

26. Verwerende partij werpt op dat verzoekster geen belang heeft bij de volledige nietigverklaring van het bestreden besluit. Zij verklaart, onder verwijzing naar arrest nr. 166.055 van 19 december 2006 inzake vzw Quatuor Danel en arrest nr. 166.771 van 16 januari 2007 inzake vzw Currende, zich ook te dezen sterk te maken desgevallend in bijkredieten te kunnen voorzien of minstens de uitgave te kunnen compenseren door besparingen elders.

27. Verzoekster dringt wel aan op een volledige nietigverklaring. Zij meent dat sterkmaking als privaatrechtelijke rechtsfiguur tegen de uitvoerbaarheid van een administratieve rechtshandeling niet kan worden aangewend en afbreuk zou doen aan het rechtszekerheidsbeginsel.

28. In het arrest nr. 183.177 van 22 mei 2008 inzake vzw Brussels Jazz Orchestra werd weliswaar een gelijkaardige exceptie verworpen.

Te dezen is evenwel de feitelijke situatie verschillend, aangezien verwerende partij toentertijd niét tot een ondubbelzinnige verklaring was gekomen omtrent het rechtsherstel na een nietigverklaring.

Gelet op het engagement van verwerende partij, kan thans haar verzoek wel worden ingewilligd. Dit doet aan het door verzoekster nagestreefde rechtsherstel geen afbreuk. Een en ander betekent immers dat verwerende partij, wanneer zij zich na verzoekster gehoord te hebben opnieuw over de subsidiëring zal uitspreken, het gezag van gewijsde van dit arrest zou schenden indien zij voor een eventuele weigering om het toegekende subsidiebedrag te verhogen zou steunen op het ontoereikend karakter van de beschikbare kredieten.

29. Aangezien het gegrond bevonden middelonderdeel enkel betrekking heeft op een vermindering van de subsidie met een bedrag van 24.052 euro, kan de omvang van de nietigverklaring daartoe worden bepaald.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse regering van 7 november 2008 houdende de structurele subsidiëring van erkende professionele muziekensembles, concertorganisaties, muziekclubs, muziek-educatieve organisaties en festivals in de periode 2003-2006, in de mate waarin aan de vzw Brussels Jazz Orchestra “omwille van een aantal onvolkomenheden op het vlak van de gevoerde boekhouding en onduidelijkheden inzake de naleving van de CAO muziek” een vermindering van 24.052 euro wordt opgelegd van het subsidiebedrag dat haar anders zou zijn toegekend.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 februari 2011,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest