

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.010 van 17 februari 2022
in de zaak A. 228.257/IX-9557**

In zake: de VZW NOORDWESTRAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Bouwmeestersstraat 11
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel,
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 november 2020, strekt tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel naar aanleiding van arrest nr. 249.758 van 9 februari 2021.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 249.758 van 9 februari 2021 is het debat heropend voor het onderzoek van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

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

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend 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 17 januari 2022.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert D'Hondt, die *loco* advocaat Gregory Verhelst verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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. Aanleiding tot het verzoek

3.1. Bij arrest nr. 249.758 van 9 februari 2021 vernietigt de Raad van State het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van Atlantis Music voor frequentiepakket 19 Asse [106.4 FM]; Dilbeek [105.9 FM]; Gooik [103.9 FM]’.

Daarbij stelt het arrest vast dat de vzw Atlantis “zowel voor frequentiepakket 10 als voor frequentiepakket 19 werd erkend als lokale

radio-omroeporganisatie met hetzelfde aanvraagdossier en dezelfde roepnaam ‘Pajot1’, terwijl artikel 134/1 van [het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”)] bepaalt dat het uitzenden van radioprogramma’s door een lokale radio-omroeporganisatie die identiek zijn aan radioprogramma’s van een andere lokale radio-omroeporganisatie verboden is en dat overeenkomstig deze bepaling ook elke andere vorm van gestructureerde eenvormigheid in het programmabeleid verboden is”. De Raad overweegt:

“Op dat ogenblik [...] begaat de verwerende partij een onwettigheid, aangezien het mediadecreet in samenhang met het uitvoeringsbesluit het verbod impliceert om éénzelfde aanvrager te erkennen voor twee lokale frequentiepakketten waarop twee identieke omroepprogramma’s worden uitgezonden.”

3.2. Bij besluit van 15 maart 2021 wordt verzoekster door de Vlaamse minister van Brussel, Jeugd en Media erkend als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 19 Asse [106.4 FM]; Dilbeek [105.9 FM]; Gooik [103.9 FM].

IV. Onderzoek

A. Vooraf

4. In de memorie van antwoord schrijft de verwerende partij dat zij “het licht van de zon niet [zal] ontkennen”. Zij betwist niet dat de onwettigheid die in arrest nr. 249.758 is vastgesteld tot gevolg heeft dat verzoekster schade heeft geleden. Wel werpt zij op dat die schade in de vordering niet afdoende is becijferd en zij betwist ondergeschikt (de omvang van) sommige schadeposten of het oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en welbepaalde schadeclaims. Daarop wordt hierna ingegaan.

5. Onbetwist evenwel is, dat voormeld arrest een onwettigheid heeft vastgesteld. Evenmin wordt betwist dat, zo de verwerende partij die onwettigheid niet had begaan, niet Atlantis Music maar wel verzoekster als tweede in de rangschikking de erkenning voor frequentiepakket 19 zou hebben

gekregen. Verzoekster heeft die erkenning finaal overigens ook gekregen, bij een niet voor de Raad van State bestreden en aldus definitief geworden ministerieel besluit van 15 maart 2021.

6. De inleidende beschouwing van de verwerende partij dat zij “te goeder trouw” heeft gehandeld en dat zij “is verschalkt door een aanvrager die een schijnkandidaat was voor de tweede frequentie” zodat de eventuele schade “eigenlijk niet in eerste instantie veroorzaakt [is] door de verwerende partij, maar in hoofdorde door het onrechtmatig optreden van de vzw Atlantis”, belet niet dat de verwerende partij een bij arrest vastgestelde onwettigheid heeft begaan en dat zij overeenkomstig artikel 11bis RvS-Wet als “steller van de handeling” ertoe gehouden is om een schadevergoeding tot herstel te betalen indien aan de andere voorwaarden van die bepaling is voldaan. Het ligt op de weg van de verwerende partij in voorkomend geval de mogelijkheid van regresvorderingen tegen derden te onderzoeken en ze voor de bevoegde rechter in te stellen.

B. De gevorderde schadevergoeding

Standpunt van de partijen

7. In het inleidend verzoekschrift begroot verzoekster haar schade op 73.388,69 euro en vraagt zij om de verwerende partij te veroordelen tot een schadevergoeding ten belope van dat bedrag.

Zij adstrueert dit bedrag als volgt:

“Deze schadevergoeding bestaat uit de volgende componenten (stuk 21):
- Vooreerst vordert verzoekende partij een schadevergoeding voor de misgelopen reclame-inkomsten. Indien verzoekende partij had kunnen uitzenden op het beschikbare frequentiepakket, zou zij voor het jaar 2018 reclame-inkomsten hebben kunnen genereren t.w.v. 18.000 EUR. Voor het jaar 2019 had zij reclame-inkomsten kunnen genereren van 26.000 EUR. Deze reclame-inkomsten werden ook zo opgegeven in het financieel plan dat in het erkenningsdossier aanwezig is.
Verzoekende partij neemt aan dat de reclame-inkomsten voor 2020 constant zouden zijn gebleven. Deze misgelopen reclame-inkomsten worden dus begroot op 26.000 EUR.

De totale misgelopen reclame-inkomsten bedragen 70.000 EUR (stuk 21). Ondergeschikt, maakt het verlies aan reclame-inkomsten minstens een verlies van kans uit, die conform de rechtspraak van de Raad van State dan begroot zou moeten worden aan een bepaald percentage van de misgelopen inkomsten (RvS 16 mei 2019, nr. 244.490, TNS Dimarso). In aannemingszaken wordt dan aangenomen dat de vergoeding op 10% van het bedrag van de opdracht zou moeten begroot worden. Die begroting is bij gebrek aan raming van het bedrag dat de opdracht aan omzet zou vertegenwoordigen, niet mogelijk in casu. Het staat alleszins vast dat de 10%-regel niet zomaar transponeerbaar is naar andere sectoren, aangezien deze 10% verondersteld wordt de winstmarge van de betrokken kandidaat te weerspiegelen, terwijl de marge die een radio-omroep op de reclame-inkomsten neemt veel groter is (met dien verstande dat verzoekster een vzw is, en deze inkomsten natuurlijk niet uitkeert, maar opnieuw aanwendt in functie van haar maatschappelijk doel). Indien Uw Raad zou aannemen dat de schade moet berekend worden als een verloren kans, lijkt het gegeven de rangschikking van verzoekster (als tweede kandidaat) aannemelijk dat zij minstens 90% kans had om de zendvergunning te bekomen, zodat 90% van 70.000 euro, dit is 63.000 euro, zou moeten toegekend worden.

- Verder heeft verzoekende partij ook kosten moeten maken voor het in gereedheid brengen van het radiostation en heeft zij hangende de erkenningsprocedure en hangende de procedures bij de Raad van State ook kosten moeten maken om het radiostation paraat te houden voor het geval de erkenning van [Atlantis Music] vernietigd zou worden en er een nieuwe erkenningsprocedure zou moeten worden opgestart. Indien verzoekende partij deze kosten niet had gemaakt, dan zou zij bij een nieuwe erkenningsprocedure immers niet (meer) voldoen aan de erkenningsvoorwaarden.

Deze kosten worden begroot op:

- o Domeinnamen periode 29/06/2020 tot 29/06/2021: 239 EUR;
- o Aankoop computer Media Markt met het oog op het realiseren van de uitzendingen 18/08/2019: 728 EUR;
- o OnAir Radio Softwarepakket: 598,95 EUR;
- o Domeinnamen periode 29/06/2019 tot 29/06/2020: 214,32 EUR;
- o Domeinnamen periode 29/06/2018 tot 29/06/2019: 214,32 EUR;
- o Domeinnamen periode 29/06/2017 tot 29/06/2018: 214,32 EUR;
- o Publicatie Staatsblad en erelonen accountant: 195,78 EUR;
- o Dossierkosten TVV Sound: 484 EUR;
- o Dossierkosten inschrijving procedure departement CJM: 500 EUR.

Het totaal van de kosten voor het in gereedheid houden van het radiostation hangende de vernietigingsprocedure worden begroot op 3.388,69 EUR (stuk 21).

Verzoekende partij voegt hiervoor ook de nodige bewijsstukken (stuk 20).”

8.1. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord tegen dat voor de kosten van verzoekster in het kader van haar kandidatuur en in het kader van het in gereedheid brengen van het radiostation onmogelijk een oorzakelijk verband met de vastgestelde onwettigheid kan worden vastgesteld. Dit zijn kosten die iedere kandidaat dient te maken.

De kosten voor het paraat houden van het radiostation zijn investeringen die door verzoekster gemaakt zijn, los van enige verplichting en in de hoop alsnog een erkenning in de wacht te slepen.

8.2. Wat dan de schade betreft die voortvloeit uit gemiste reclame-inkomsten neemt de verwerende partij aan dat bij de begroting ervan kan worden vertrokken van de *in concreto* aangetoonde schade. De bewijslast van de schade ligt bij verzoekster. Daar echter knelt volgens de verwerende partij het schoentje: verzoekster faalt om ook maar een begin van bewijs te leveren van de vermeende schade van 70.000 euro wegens misgelopen reclame-inkomsten. In stuk 21 van verzoekster wordt louter een bedrag genoemd van de geraamde misgelopen reclame-inkomsten zonder dat dit op enige wijze wordt onderbouwd.

Bovendien, zo merkt de verwerende partij op, zou het voordeel van deze reclame-inkomsten gepaard zijn gegaan met hoge kosten die verzoekster uiteraard had moeten maken om operationeel te zijn. Verzoekster heeft die kosten nu niet moeten maken maar kan bij de vordering tot schadevergoeding tot herstel niet enkel het plaatje over de baten presenteren en zwijgen over de kosten die daartoe normaliter gemaakt moeten worden. In dit verband wijst de verwerende partij op het bij de erkenningsaanvraag voorgelegde financieel plan van verzoekster. In dit financieel plan ging verzoekster zelf uit van een brutowinst van 799 euro in het eerste boekjaar en 2849 euro in het tweede boekjaar. Voor het derde boekjaar ligt geen schatting voor die enige schade zou bewijzen. Verzoekster neemt in haar verzoek tot schadevergoeding zelf aan dat de reclame-inkomsten voor 2020 constant zouden zijn gebleven. Het lijkt dan ook uitgesloten dat er vanaf het derde boekjaar een hogere brutowinst zou zijn behaald.

Overigens, zo stelt de verwerende partij, staan ook deze bedragen uit het financieel plan niet als bewezen vast. Hoogstens kan een vergoeding worden toegekend voor de kans dat verzoekster een positief resultaat zou boeken. Voor de beoordeling van die kans dringt een beoordeling *ex aequo et bono* zich op. Wel meent de verwerende partij die kans als uiterst laag te mogen inschatten, gelet op het gebrek aan ervaring van verzoekster in het radiolandschap.

Verzoekster geeft zelf aan dat de “10%-regel” in aannemingszaken geacht wordt de winstmarge te vertegenwoordigen. Vervolgens stelt verzoekster dat zij toch wel zeer veel kans had om de zendvergunning te krijgen, waardoor het percentage van 10% verhoogd dient te worden naar 90%. Dit is een foute redenering. De winstmarge die de onderneming misloopt heeft niets te maken met de kans om de zendvergunning te krijgen.

8.3. De terugvordering van de dossierkosten noemt de verwerende partij volledig onterecht en houdt zelfs geen schade in, gezien het dossier van vzw Noordwestrand ontvankelijk werd bevonden en wel degelijk overging naar een beoordeling op zijn merites die aanleiding geven tot deze kosten.

8.4. De verwerende partij ziet het nut niet in om een deskundige aan te stellen. De vermoedelijke schade kan vrij gemakkelijk door de Raad van State worden bepaald op basis van de stukken in het dossier, zonder een dure en omslachtige procedure van een deskundigenonderzoek.

8.5. Hoe dan ook, zo besluit de verwerende partij, is de schade beperkt tot 15 maart 2021, datum waarop verzoekster erkend is als lokaal radiostation voor frequentiepakket 19.

9.1. Verzoekster repliceert in de memorie van wederantwoord dat de kosten voor het in gereedheid brengen van het radiostation niet zijn opgenomen in de schadebegroting. Er worden enkel kosten voor het paraat houden van het radiostation in rekening gebracht. Met betrekking tot de kosten

voor het paraat houden van het radiostation is het manifest foutief van de verwerende partij om dit toe te schrijven aan het ondernemingsrisico.

De kosten die verzoekster moest maken om haar installaties paraat te houden, had zij niet moeten maken indien de onwettigheden niet begaan werden. De onregelmatigheid van een toekenningsprocedure kan bezwaarlijk als ondernemersrisico worden omschreven. Ten overvloede dient te worden benadrukt dat de vermeend “ontweken kosten” voor het in gereedheid brengen van het radiostation in het kader van een herneming van de erkenningsbeslissing, niet gemaakt moesten worden indien de verwerende partij van bij aanvang een wettige beslissing had genomen.

9.2. Wat de begroting van de misgelopen reclame-inkomsten gedurende circa 3,5 jaar betreft, gaat verzoekster uit van de gegevens die zij destijds in haar financieel plan heeft vooropgesteld. De reclame-inkomsten werden in dat plan immers begroot op 18.000 euro in het opstartjaar, en 26.000 euro in het jaar 2019. Bij wijze van conservatieve schatting wordt ervan uitgegaan dat die inkomsten stabiel zouden blijven in 2020. Het verwijt van de verwerende partij dat die schattingen zonder enig bewijs en zuiver speculatief zijn, is weinig ernstig. Het gaat om een reconstructie van een situatie die zich door een opeenvolging van onwettige beslissingen niet heeft voorgedaan. Natuurlijk gaat dit dus gepaard met een inschatting.

Een nieuw element in de schadebegroting is dat verzoekster intussen op 15 maart 2021 de erkenning kreeg voor frequentiepakket 19 en dit tot 31 december 2026. Finaal heeft verzoekster dus van 1 december 2017 tot 15 maart 2021 niet kunnen uitzenden op haar frequenties, terwijl thans met zekerheid is komen vast te staan dat het frequentiepakket wel degelijk aan haar toegekend moest worden. De discussie over verlies van een kans is door deze beslissing achterhaald. Uit het erkenningsbesluit blijkt dat verzoekster geselecteerd had moeten worden, niet met ingang van 15 maart 2021, maar wel voor de volledige duurtijd van negen jaar, dus met ingang van 1 december 2017.

De schadeberekening moet worden geactualiseerd in het licht van deze gegevens. Finaal zal verzoekster gedurende veertig maanden (maart 2021 volledig meegerekend) geen inkomsten gehad hebben, daar waar thans vaststaat dat zij die wel gehad zou moeten hebben. Bovendien heeft verzoekster inmiddels, naar aanleiding van de procedure, bijkomende gegevens verkregen die haar toelaten accurater in te schatten wat de misgelopen reclame-inkomsten zijn. Daaruit blijkt dat haar financieel plan, zoals gebruikelijk is, een zeer conservatieve inschatting bevat van die reclame-inkomsten. Dergelijk plan vertrekt niet zelden van de minst rooskleurige inschatting van de inkomsten, oftewel een *worstcasescenario*. Wanneer wordt gekeken naar gelijkaardige beginnende radiostations met een gelijkaardig bereik kan worden vastgesteld dat de reclame-inkomsten exponentieel stijgen.

De schade van verzoekster wordt met ingang van 15 maart 2021 geenszins volledig hersteld door de naderhand verleende erkenning. Potentiële luisteraars hebben allicht in grote getalen afgehaakt en het zal des te moeilijker zijn om hen opnieuw te overtuigen. Verzoekster ziet dus aan tegen een bijzonder moeilijke opstartperiode, hetgeen niet bevorderlijk zal zijn voor het aantal luisteraars en de reclame-inkomsten. De erkenning die intussen verleend werd, laat aan verzoekster slechts een ingekorte periode van 5,5 jaar (in plaats van 9 jaar) om de activiteiten op te starten en daaruit inkomsten te puren. Nu de opstartperiode het minst rendabel is, en de totale benuttingsperiode van de radiofrequentie ingekort wordt, daalt over de ganse duurtijd van de erkenning de winstmarge. De “magere” opstartjaren blijven even lang, de “vette” daaropvolgende jaren korten in. Verzoekster “houdt [...] vast aan de gederfde winst door reclame-inkomsten begroot op 26.000 euro op jaarbasis”.

Aanvullend bij de begroting uit het verzoekschrift, die afliep op 31 december 2020, worden vier maanden aan 2.166,67 euro (26.000 euro op jaarbasis) bijgeteld, hetgeen deze schadepost finaal op 78.666,67 euro brengt. De begroting van de gederfde inkomsten weerspiegelt de reële schade die verzoekster finaal opgelopen zal hebben. De schadevergoeding moet de reële

schade weerspiegelen, niet de inhoud van een financieel plan dat opgesteld is als een conservatieve inschatting bij de start van een activiteit.

Ten slotte weerspreekt verzoekster dat de misgelopen bruto-inkomsten gelijkgesteld moeten worden met de “winst van het boekjaar” uit het financieel plan, wat dan een bedrag van 799 euro zou zijn voor 2018 en een bedrag van 2849 euro voor het boekjaar 2019. In de winstberekening van het financieel plan worden de afschrijvingen van kapitaalgoederen in mindering gebracht om de boekhoudkundige winst te berekenen. De boekhoudkundige winst is een papieren cijfer dat niet de echte weerspiegeling inhoudt van de meerwaarde die opgebouwd wordt. Een kapitaalgoed dat wordt afgeschreven, verliest in de boekhouding immers snel alle waarde en de waarde wordt finaal boekhoudkundig op nul gezet, maar het goed is nog steeds aanwezig en heeft nog een waarde die deel uitmaakt van het patrimonium van de vennootschap. Om die reden worden ondernemingen geëvalueerd op grond van een ander criterium, namelijk dat van de EBITDA. Indien men kijkt naar de EBITDA, wat een correctere graadmeter betreft, wordt in het financieel plan voor 2018 een afschrijving van 2500 euro vooropgesteld, en vanaf 2019 een afschrijving van 5000 euro. Die bedragen moeten dus alleszins bij de boekhoudkundige winst gevoegd worden om de meerwaarde in beeld te brengen die binnen de vzw volgens dit plan gerealiseerd zou worden.

9.3. Tot besluit vordert verzoekster om de verwerende partij “te veroordelen tot een schadevergoeding begroot op 82.055,35 [euro], te vermeerderen met de gerechtelijke interest tot aan de datum van algehele betaling” en, ondergeschikt, de aanstelling van een deskundige.

10. In haar laatste memorie werpt de verwerende partij op dat de uitbreiding van de vordering in de memorie van wederantwoord ingediend is buiten de termijn van zestig dagen na het vernietigingsarrest; dat is laattijdig en niet ontvankelijk.

Evenmin ontvankelijk is de schadevergoeding die verzoekster claimt voor een periode die aan het vernietigde besluit voorafgaat.

Voorts handhaaft de verwerende partij haar bezwaren tegen de vordering die “kennelijk buitensporig” is. Voor de boekjaren 2019 en 2020 gaat verzoeksters financieel plan volgens de verwerende partij uit van een brutowinst van 2749 euro per jaar. Rekening houdend met de vergoedbare periode van 5 april 2019 tot 31 december 2020 stemt dit volgens haar overeen met een misgelopen brutowinst van 4810,75 euro. De vergoedbare schadevergoeding “kan zich dan ook maximaal belopen op de kans om dit bedrag te hebben misgelopen”, aldus de verwerende partij.

11.1. In haar laatste memorie weerspreekt verzoekster dat de geactualiseerde vordering tot schadevergoeding ten belope van 2166,67 euro voor de vier maanden schade die zij heeft geleden na de schadebegroting opgenomen in haar inleidend verzoekschrift een onontvankelijke uitbreiding van de vordering is. Er is volgens haar geen sprake van een eisuitbreiding in de loop van de procedure, maar hoogstens van een actualisering van het schadebedrag. Wanneer een schadevergoeding wordt gevorderd, dan is de vraag tot actualisering van het schadebedrag omdat de schade doorloopt hangende het geding, virtueel begrepen in de oorspronkelijke eis. De verwerende partij heeft in haar memorie van antwoord reeds erkend dat de schade van verzoekster loopt tot 15 maart 2021.

11.2. Voorts betoogt verzoekster dat bij de begroting van de schade rekening mag worden gehouden met de periode die voorafgaat aan de vernietigde beslissing. Bij een arrest nr. 244.814 van 18 juni 2019 werd het initiële erkenningsbesluit van 1 december 2017 vernietigd. Er kan geen twijfel over bestaan dat ook de eerste erkenning van Atlantis Music bij ministerieel besluit van 1 december 2017 aangetast was door dezelfde onwettigheid, alleen werd die onwettigheid nog niet vastgesteld in ’s Raads arrest nr. 244.814 van 18 juni 2019.

11.3. Wat de kosten voor de opstart van het radiostation betreft, is het correct dat die kosten hoe dan ook gemaakt moesten worden.

11.4. Dat geldt evenwel niet voor de kosten verbonden aan het paraat houden van het station hangende de procedure. Indien de onwettigheid niet was begaan, dan had verzoekster in december 2017 van start kunnen gaan met de uitbating, daar waar zij nu haar infrastructuur ongebruikt in goede staat moest houden om, bij welslagen van de procedures, alsnog de uitzendingen te kunnen opstarten. Het schadebedrag van 3388,69 euro dat werd opgenomen als onderdeel van de schadebegroting omvat enkel de kosten voor het in gereedheid houden van het radiostation, niet de initiële installatiekost. Dit bedrag wordt verantwoord in de stukken 20 en 21 die verzoekster bijbrengt.

De vergelijking kan hier worden gemaakt met kosten die een benadeelde partij doet om de schade te beperken. Ook die kosten maken zonder meer deel uit van de te vergoeden schade van de benadeelde, voor zover ze binnen redelijke perken blijven, wat hier het geval is.

11.5. Verzoekster stelt vast dat in het auditorsverslag wordt overgegaan tot de begroting van een schadevergoeding *ex aequo et bono*. Het voorgestelde bedrag bedraagt evenwel slechts een fractie van de berekening van de schade die zij heeft bijgebracht. Zij handhaaft haar vraag om een deskundige aan te stellen. Deze deskundige zou de schadebegroting kunnen objectiveren, “daar waar nu sprake lijkt te zijn van een zeer subjectieve appreciatie”.

Verzoekster is het alleszins niet eens met de drastische herleiding van haar vordering. Verzoekster herhaalt daartoe wat zij al schreef in de memorie van wederantwoord. Zij ziet geen enkele reden om aan te nemen dat de reële schade gelijk zou zijn aan de “uitermate conservatieve schatting” uit het financieel plan bij opstart van de activiteit. Er is ook geen enkele reden om haar “daaraan te houden”, zoals de verwerende partij graag zou doen. De schadevergoeding moet de reële schade weerspiegelen, niet de inhoud van een financieel plan dat opgesteld is als een conservatieve inschatting bij de start van een activiteit. Dit is geen eerlijke manier om de schade te berekenen, aangezien de meeste kosten van de vzw bestaan uit de afschrijving van kapitaalgoederen.

Die afschrijvingen worden boekhoudkundig geregistreerd als kosten die op de winst drukken, maar daartegenover staat wel dat het kapitaalgoed in het patrimonium van de vereniging aanwezig blijft, met een levensduur die doorgaans een veelvoud bedraagt van de afschrijvingsperiode. Ook hierover herhaalt verzoekster wat zij reeds schreef in de memorie van wederantwoord.

11.6. Tot besluit vordert verzoekster “een schadevergoeding begroot op 82.055,35 [euro], te vermeerderen met de vergoedende interesten aan de wettelijke interestvoet te rekenen vanaf 12 april 2021 (datum van de uiteindelijke erkenning van verzoekster) en met de gerechtelijke interesten vanaf de uitspraak van het arrest over de schadevergoeding tot herstel tot aan de datum van algehele betaling” en, ondergeschikt, de aanstelling van een deskundige.

Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van de vordering met betrekking tot het eerste kwartaal van 2020

12.1. Daargelaten of en hoe een verzoekende partij buiten de verjaringstermijn voor het indienen van een verzoek tot schadevergoeding tot herstel haar vordering mag actualiseren, is actualiseren wat anders dan die vordering uitbreiden.

12.2. In haar inleidende vordering brengt verzoekster enkel een vergoeding voor misgelopen reclame-inkomsten ter sprake voor de jaren 2018 (18.000 euro), 2019 (26.000 euro) en 2020 (26.000 euro) en vordert zij de som van deze drie bedragen (70.000 euro) als “totale misgelopen reclame-inkomsten”. Zij heeft met andere woorden alzo uitdrukkelijk de grenzen van deze vordering zelf bepaald en inzonderheid heeft zij niet aangegeven dat zij ook schade lijdt na 2020, dat zij zich daarvoor vergoed wenst te zien en dat zij voorbehoud maakt voor de begroting van de juiste omvang van die toekomstige schade.

12.3. In zoverre verzoekster dan voor het eerst in haar memorie van wederantwoord aanvoert dat er vier maanden van 2021 moeten worden bijgeteld,

zijn deze posten laattijdig aangevoerd. Verzoekster toont niet aan waarom het bestaan van deze schade niet in het verzoekschrift kon worden aangevoerd of, minstens, binnen zestig dagen na de kennisgeving van arrest nr. 249.758 van 9 februari 2021 waarin de onwettigheid is vastgesteld, zoals artikel 11*bis* RvS-Wet het eist.

12.4. Deze uitbreiding van de vordering tot schadevergoeding tot herstel is onontvankelijk.

B. Begindatum

13.1. De schadevergoeding wordt gevraagd wegens schade die het gevolg is van de onwettigheid van het ministerieel besluit van 5 april 2019, vastgesteld bij arrest nr. 249.758 van 9 februari 2021.

Artikel 11*bis* RvS-Wet biedt de Raad van State niet de mogelijkheid om een benadeelde partij te vergoeden voor andere schade. Schade die verzoekster beweert te hebben geleden als gevolg van de onwettigheid van het vroegere erkenningsbesluit van 1 december 2017 komt bijgevolg niet voor vergoeding in aanmerking. Dat besluit is overigens vernietigd geworden op vordering van huidige verzoekster bij arrest nr. 244.814 van 18 juni 2019. Verzoekster heeft naar aanleiding van deze nietigverklaring geen vordering om schadevergoeding tot herstel ingediend. Louter ten overvloede mag worden opgemerkt dat uit de toentertijd vastgestelde onwettigheid – gebrek aan rechtsgrond en bijgevolg onbevoegdheid van de steller van de akte – geenszins volgt dat verzoekster op 1 december 2017 de erkenning had moeten of zelfs maar kunnen verwerven: zonder rechtsgrond mocht immers niemand de erkenning krijgen.

13.2. Schade volgend uit de onwettigheid van het vernietigde erkenningsbesluit van 1 december 2017 kan met de voorliggende vordering dan ook niet worden vergoed.

C. Specifieke uitgaven

14.1. Verzoekster legt als stuk 20 bij het verzoek enkele facturen voor van uitgaven waarvoor zij vergoed wil worden.

14.2. Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, zijn dit ten dele kosten die elke aanvrager voor deelname aan de *beauty contest* moet betalen, namelijk de dossierkosten voor het departement CJM en wellicht ook de niet nader beschreven kosten voor publicaties in het Belgisch Staatsblad. Dit zijn kosten die verzoekster gemaakt zou hebben, ook als de onwettigheid niet was gebeurd. Ze komen dus niet voor vergoeding in aanmerking.

Voorts toont verzoekster niet aan dat zij verplicht was om kosten te maken “om het radiostation paraat te houden”. Zij toont niet aan dat die uitgaven het gevolg zijn van de vastgestelde onwettigheid. Wie een aanvraag indient voor een erkenning waarvoor zij in concurrentie komt met andere aanvragers, heeft geen zekerheid over de uitkomst van de aanvraag en loopt zelf het risico als zij investeert zonder zekerheid over de toewijzing van de erkenning. Verzoekster stelt in het algemeen dat “[als zij] deze kosten niet had gemaakt, dan zou zij bij een nieuwe erkenningsprocedure immers niet (meer) voldoen aan de erkenningsvoorwaarden”, zonder die bewering voor elk van de neergelegde facturen te concretiseren. Ook van deze schadeposten, waarover verzoekster nalaat enige duiding te geven, is het oorzakelijk verband niet genoegzaam aangetoond, zodat ze niet voor vergoeding in aanmerking komen.

14.3. De in stuk 20 bij het verzoekschrift opgenomen uitgaven komen niet voor vergoeding in aanmerking.

D. Gederfde reclame-inkomsten

15. Zonder de vastgestelde onwettigheid zou niet Atlantis Music, maar wel verzoekster de erkenning gekregen hebben op 5 april 2019. Daaruit volgt dat verzoekster niet vergoed moet worden voor slechts een kans op

erkenning. Blijft de vraag naar de misgelopen winst. Enkel die misgelopen winst valt te begroten.

16. Verzoekster ziet die winst in de misgelopen reclame-inkomsten en zij schat ze initieel op 18.000 euro voor 2018 en telkens 26.000 euro voor 2019 en 2020. Zij vordert die bedragen als schadevergoeding.

17. Zoals hiervóór werd opgemerkt, kunnen de schadeposten voor 2018 en voor het eerste kwartaal van 2019 niet worden vergoed omdat ze losstaan van de onwettigheid die verband houdt met het ministerieel besluit van 5 april 2019.

Er zij ook aan herinnerd dat verzoekster zelf de schadevordering beperkt tot 2020 en zij in haar initiële vordering ná die datum tot stand gekomen schade uitsluit.

18. Met de verwerende partij stelt ook de Raad van State vast dat verzoekster zich in het verzoekschrift niet heeft ingespannen om de gevorderde bedragen te verantwoorden. Ook in stuk 21 bij het verzoekschrift staan enkel deze bedragen vermeld, zonder verantwoording.

Nochtans valt de bewijslast van de schade bij de verzoekende partij: de benadeelde eiser moet zijn vordering staven met concrete elementen die de Raad van State toelaten de schade vast te stellen en de omvang ervan vast te stellen.

19. Voorts gaat verzoekster eraan voorbij dat de reclame-inkomsten niet zijn bestemd om als winst uit te keren of te herinvesteren. Zij wil en moet in de eerste plaats deze inkomsten genereren om de activiteit waarvoor zij erkend is mogelijk te maken, namelijk het verzorgen van radio-uitzendingen. Zo de inkomsten een surplus vertonen, dan kan zij dat opsparen of investeren in de verbetering van haar dienstverlening.

Tegenover de inkomsten die verzoekster niet heeft ontvangen ingevolge de vastgestelde onwettigheid, staan bijgevolg ook uitgaven die zij niet heeft moeten doen.

Zelfs nadat haar daarop is gewezen door de verwerende partij en vervolgens in het auditorsverslag, stelt verzoekster haar vordering niet bij. Zij beperkt zich tot een algemene commentaar over afschrijvingen, die bij de winst moeten worden toegevoegd om de reële “winst” te kennen. Maar tegelijk behoudt zij haar claim om vergoed te worden voor de totaliteit van de gemiste reclame-inkomsten volgens de inschatting die zij daarvan maakt. Dat mag weinig ernstig worden genoemd.

20. In de geschetste omstandigheden kan met de verwerende partij daarom worden meegegaan dat de schade enkel *ex aequo et bono* kan worden begroot en dat het financieel plan dat verzoekster heeft ingediend bij haar aanvraag de eerste – en, in deze omstandigheden, enige – houvast is als parameter om die schade in te schatten. Dat plan bevat onder meer een “[g]eprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren”. Bij de beoordeling van het aanvraagdossier met het oog op de toekenning van de erkenning wordt dit plan onderzocht en getoetst aan het netto bedrijfskapitaal en de solvabiliteit van de aanvrager. De beoordeling van het financieel plan telt voor 30% van de totaalscore voor de rangschikking van de kandidaten. Aangenomen moet worden dat een aanvrager een correcte en waarheidsgetrouwe prognose van haar bedrijfsvoering opstelt.

Hiermee is niet gezegd dat dit plan – en dus de begroting van de schade – niet kán worden geactualiseerd. Dat vereist echter nog steeds dat vertrokken wordt van de inschattingen die de aanvrager toentertijd aan de overheid heeft voorgelegd én dat de actualisering concreet wordt onderbouwd. Dat verzuimt verzoekster.

Niet eerder dan in de memorie van wederantwoord verschaft verzoekster wat bijkomende informatie. Het gaat in stuk 25 om informatie die

afkomstig is van een andere, volgens verzoekster vergelijkbare radiozender. Nog steeds evenwel geeft verzoekster enkel ontvangsten weer en verrekenet zij niet de overeenstemmende uitgaven van die omroeporganisatie – daargelaten of die radiozender en haar inkomsten inderdaad vergelijkbaar zijn met die van verzoekster en ook daargelaten of de in een e-mail meegedeelde cijfers betrouwbaar zijn. Stuk 26 bevat offertes en orderbevestigingen voor de uitrusting van een studio. Ze worden door verzoekster niet geduid. De cijfers leren dan ook hoegenaamd niets over de winstverwachtingen.

Ook met de – wellicht terechte – opmerking over de “magere” en de “vette” jaren van de licentieperiode kan de Raad van State geen rekening houden, aangezien verzoekster dit allerm minst concreet uitwerkt en becijfert. Minstens had mogen worden verwacht dat verzoekster een berekend en liefst gebenchmarkt ondernemingsplan opstelt, afgeleid van het originele financieel plan over negen jaar bedrijfsvoering plus een eveneens becijferd en gebenchmarkt ondernemingsplan over zeven jaar bedrijfsvoering – waarbij het verschil tussen beide dan een beeld geeft van de financiële schade ingevolge de kortere periode van bedrijfsvoering. Het blijft echter louter bij beweringen. Hoe dan ook heeft verzoekster, zoals hiervóór meermaals opgemerkt, haar schade enkel gesitueerd in de misgelopen inkomsten tot 2020 – en dit zelfs vóór zij wist dat zij uiteindelijk toch de erkenning zou krijgen. Zij heeft met andere woorden in het inleidend verzoek enkel schade gevraagd voor haar “magere” jaren. Dat die schade mogelijk groter is overheen de volledige periode van de erkenning en dat zij ook die schade vergoed wil zien, had verzoekster al kunnen aanvoeren in het inleidend verzoek.

Op de vraag van verzoekster tot aanstelling van een deskundige wordt niet ingegaan. De frivoliteit waarmee verzoekster haar schade begroot staat daaraan in de weg: een deskundige aanstellen zou er in deze omstandigheden op neerkomen dat aan die deskundige geen gerichte, technische vragen gesteld moeten worden, maar dat hij of zij in de plaats van verzoekster de vordering zou opstellen.

21. Het enige concrete aanknopingspunt blijft derhalve, zoals ook de verwerende partij stelt, het financieel plan dat is gevoegd bij het aanvraagdossier van verzoekster.

Volgens dat financieel plan projecteert verzoekster voor het jaar 2019 een “omzet reclame” van 26.000 euro – in zoverre exact het bedrag dus dat zij voor dat jaar thans ook als misgelopen inkomsten claimt – tegenover 23.151 euro “algemene kosten”, wat een saldo geeft van 2849 euro winst van het boekjaar.

Bij de algemene kosten zijn in dat financieel plan evenwel voor een bedrag van 5000 euro “delgingen” in rekening gebracht. Verzoekster vraagt om rekening te houden met wat zij in het financieel plan projecteert te kunnen ontvangen en uitgeven (*cash flow*). De uitleg van verzoekster – hoewel geenszins geconcretiseerd – is aannemelijk, namelijk dat dit in het financieel plan vooropgestelde bedrag wijst op afschrijvingen die geen betrekking hebben op uitgaven van de vzw, maar op materiële vaste activa waarin verzoekster wil investeren. De verwerende partij van haar kant weerspreekt niet dat deze afschrijvingen meegeteld moeten worden om een meer reëel beeld te hebben van de geldstroom en van de geleden schade.

Over de andere elementen van haar EBITDA (*interest, taxation, amortization*) verstrekt verzoekster geen informatie, zodat er geen rekening mee kan worden gehouden.

22. Verzoekster toont niet overtuigend aan dat de cijfers uit het financieel plan anderszins geactualiseerd moeten worden of dat andere parameters in overweging moeten worden genomen om de schade *ex aequo et bono* te kunnen begroten. Overigens is deze benadering die het financieel plan gebruikt als parameter gunstiger dan de toepassing van de 10%-regel bij overheidsopdrachten – 10% op de omzet zou immers uitkomen op 2600 euro winstmarge op jaarbasis. Zoals de verwerende partij terecht opwerpt, verwacht

verzoekster bovendien de kans om de erkenning te verkrijgen met de marge die een radio-omroep op de reclame-inkomsten neemt.

23. Aldus wordt de schade die verzoekster heeft geleden tussen 5 april 2019 en 31 december 2020 *ex aequo et bono* begroot op $(2849+5000)/12*21 = 13.735,75$ euro.

E. Interesten

24.1. In het initiële verzoekschrift vordert verzoekster geen betaling van interesten. In de memorie van wederantwoord vraagt zij dan het toegekende bedrag te verhogen met de gerechtelijke interesten. In de laatste memorie dan weer vraagt zij ook vergoedende interesten.

24.2. In het auditorsverslag wordt de toekenning voorgesteld van de “wettelijke” – versta: gerechtelijke – interesten, namelijk “vanaf de datum van de uitspraak tot op het ogenblik van de betaling”. De verwerende partij geeft hierop geen commentaar, wat zij in haar laatste memorie had gekund. Deze actualisering van de vordering is ontvankelijk en wordt ingewilligd.

Op de in laatste memorie geformuleerde vraag om vergoedende interesten toe te kennen wordt echter niet ingegaan: ze is laattijdig geformuleerd opdat de verwerende partij er nog op kan reageren en het auditoraat het in zijn verslag kan betrekken. Bovendien gaat die vraag eraan voorbij dat de vergoeding *ex aequo et bono* is begroot.

F. Rechtsplegingsvergoeding

25.1. De verwerende partij vraagt om de rechtsplegingsvergoeding terug te brengen “in evenredigheid met wat verworpen wordt”, gelet op de “kennelijk onredelijke situatie”. Zij merkt op dat zij “aanzienlijke juridische kosten” heeft moeten maken om de “kennelijke overdrijvingen” van verzoekster te weerleggen.

25.2. Aangezien aan verzoekster een schadevergoeding tot herstel wordt toegekend, past het om de kosten, inclusief de gevraagde rechtsplegingsvergoeding, ten laste te leggen van de verwerende partij. Die rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij. Ze heeft niet het karakter van een straf. Dat de eis van een verzoekende partij slechts gedeeltelijk wordt ingewilligd toont geen “kennelijk onredelijke aard van de situatie” aan die een herleiding van dit bedrag zou kunnen verantwoorden. In het kader van dit criterium kan ook geen rekening worden gehouden met de kosten die de in het ongelijk gestelde partij heeft moeten maken voor de afwikkeling van de procedure.

BESLISSING

1. Aan de vzw Noordwestrand wordt een schadevergoeding toegekend van 13.735,75 euro, meer de gerechtelijke interest.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventien februari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren