

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.499 van 19 januari 2024
in de zaak A. 233.627/XIV-38.695**

- In zake :
1. de REGIONALE MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND VAN DE SOCIALISTISCHE MUTUALITEITEN VOOR HET TWEETALIGE GEBIED BRUSSEL-HOOFDSTAD
 2. la SOCIÉTÉ MUTUALISTE RÉGIONALE DES MUTUALITÉS SOCIALISTES-SOLIDARIS POUR LA RÉGION WALLONNE
 3. de MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND “DE ZORGKAS VAN DE SOCIALISTISCHE MUTUALITEITEN”
 4. la SOCIÉTÉ MUTUALISTE RÉGIONALE DES MUTUALITÉS LIBRES POUR LA RÉGION WALLONNE
 5. de REGIONALE MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND VAN DE ONAFHANKELIJKE ZIEKENFONDSEN VOOR HET GEBIED BRUSSEL-HOOFDSTAD
 6. de MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND “ZORGKAS VAN DE ONAFHANKELIJKE ZIEKENFONDSEN”
 7. de MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND “NEUTRALE ZORGKAS VLAANDEREN”
 8. la SOCIÉTÉ MUTUALISTE RÉGIONALE DE L’UNION NATIONALE DES MUTUALITÉS NEUTRES POUR LA RÉGION WALLONNE
 9. de REGIONALE MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND VAN DE LANDBOND VAN DE NEUTRALE ZIEKENFONDSEN VOOR HET BRUSSELS GEWEST
 10. de REGIONALE MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND VAN DE CHRISTELIJKE MUTUALITEITEN VOOR HET TWEETALIG GEBIED BRUSSEL-HOOFDSTAD
 11. de MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND CM – ZORGKAS VLAANDEREN
 12. la SOCIÉTÉ MUTUALISTE RÉGIONALE DES MUTUALITÉS CHRÉTIENNE POUR LA RÉGION WALLONNE
 13. de REGIONALE MAATSCHAPPIJ VAN DE ONDERLINGE BIJSTAND VAN DE LANDBOND VAN DE LIBERALE MUTUALITEITEN VOOR HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

14. la SOCIÉTÉ MUTUALISTE RÉGIONALE DE L'UNION
NATIONALE DES MUTUALITÉS LIBÉRALES POUR LA
RÉGION WALLONNE

15. de MAATSCHAPPIJ VAN ONDERLINGE BIJSTAND
“ZORGKAS VAN DE LIBERALE ZIEKENFONDSEN MOB”

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Felix Feyt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C/113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het INSTITUUT VOOR DE NATIONALE REKENINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-François De Bock en Joy Moens
kantoor houdend te 1180 Brussel
Bosveldweg 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 mei 2021, strekt tot de nietigverklaring van de “beslissing van het INR dd. 5 maart 2021, waarbij [de] verzoekende partijen worden gekwalificeerd als institutionele eenheden onder de sector S.1312 ‘Deelstaatoverheid (m.u.v. sociale zekerheid)’, zoals bedoeld in de ESR-Verordening”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 251.801 van 11 oktober 2021 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partijen hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 september 2023.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaat Jean-François De Bock, 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. Feiten

3. De feiten zijn uiteengezet in het tussenarrest nr. 251.801 van 11 oktober 2021. Er wordt naar verwezen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het eerste middel een schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de motiveringswet) en van “het motiveringsbeginsel”.

Zij vatten het middel als volgt samen:

“63 Schending van artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet en het motiveringsbeginsel,
doordat het INR, als administratieve overheid in de zin van de Formele Motiveringswet, de Bestreden Beslissing ogenschijnlijk heeft genomen mede op basis van de adviezen van het Wetenschappelijke comité voor de overheidsrekeningen (WCOR) dd. 9 februari en 3 maart 2021, maar heeft nagelaten deze adviezen mee te delen aan de Verzoekende partijen, die er nochtans het voorwerp van vormen en terwijl deze adviezen mee aan de basis liggen van de indeling door het INR,
en doordat het INR het advies mee baseert op het Advies Eurostat terwijl dit advies gebaseerd is op verouderde wetgeving, alsook stoelt op een eenzijdige (en deels verkeerdelijke) voorstelling van de kenmerken van (een deel van) Verzoekende partijen,
terwijl de Bestreden Beslissing de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die eraan ten grondslag liggen en deze overwegingen afdoende moeten zijn, teneinde Verzoekende partijen in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te keren in rechte, alsook de Bestreden Beslissing te begrijpen.”

De verzoekende partijen lichten het middel, nadat zij de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet hebben geciteerd, als volgt toe. Zij stellen dat uit de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet volgt dat de juridische en feitelijke overwegingen waarop de bestreden beslissing is gesteund in de beslissing zelf moeten worden opgenomen en dit op afdoende wijze opdat het normdoel zou worden bereikt, met name “dat de bestuurde weet waarom een beslissing is genomen zodat hij met kennis van zaken kan uitmaken of het aangewezen is deze

beslissing aan te vechten”. Zij stellen dat op de regel dat de motieven in de beslissing zelf moeten worden opgenomen, een belangrijke uitzondering *cq.* nuancering wordt aanvaard, met name een “motivering door verwijzing” naar andere (voorbereidende) stukken zoals adviezen. Aan deze “indirecte vorm van motivering” worden dan wel vier cumulatieve voorwaarden gesteld opdat er sprake zou zijn van een afdoende motivering, met name (i) de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen moet aan de betrokkene ter kennis zijn gebracht; (ii) de desbetreffende stukken moeten zelf afdoende gemotiveerd zijn, (iii) deze mogen niet tegenstrijdig zijn, en (iv) deze stukken moeten worden bijgevalen in de uiteindelijke beslissing. Zij stellen in hun verzoekschrift uitdrukkelijk dat “de [v]erzoekende partijen door het INR enkel ter kennis [werden] gebracht van het advies dd. 5 maart 2021 en niet van de twee WCOR adviezen dd. 9 februari en 3 maart 2021”. Deze vaststelling is volgens hen “problematisch” en volstaat om de bestreden beslissing te vernietigen omdat het hen verhindert na te gaan of het Instituut voor de Nationale Rekeningen (hierna: het INR) zorgvuldig is te werk gegaan in zijn besluitvormingsproces en de motivering correct en deugdelijk is. Zij beklemtonen daarbij dat het in de eerste plaats door het Wetenschappelijk comité voor de overheidsrekeningen (hierna: het WCOR) is dat het INR is overgegaan tot herkwalificatie van de sector van de verzoekende partijen, aangezien het INR eerder oordeelde dat de verzoekende partijen niet moesten worden gekwalificeerd als eenheden vallende onder sector S.1312 “Deelstaatoverheid”. Pas nadat het WCOR het INR verzocht om bijkomende analyses onder ESR2010 heeft het INR het proces in gang gezet dat tot de bestreden beslissing heeft geleid. Het standpunt van het WCOR (en de kennis daarvan) is dan ook vereist om zich op nuttige wijze te kunnen verdedigen en de werkelijke motieven van de bestreden beslissing te achterhalen. Voorts wordt, zo stellen de verzoekende partijen nog in het verzoekschrift, in het advies van 5 maart 2021 dat zij bij hun verzoekschrift voegen, expliciet verwezen naar het Advies Eurostat van 13 januari 2020 dat zij eveneens bij het verzoekschrift voegen, doch zij oordelen dat dit advies is gebaseerd op verouderde regelgeving en dat het enkel betrekking heeft op de Vlaamse Zorgkassen en niet op de verzoekende partijen “*in globo*”. De private

Vlaamse Zorgkassen noch de verzoekende partijen werd de kans geboden om door Eurostat te worden gehoord.

In de memorie van wederantwoord hernemen de verzoekende partijen het eerste middel zoals uiteengezet in het verzoekschrift. Zij voegen daar nog aan toe, wat het eerste middel betreft, dat het standpunt van de verwerende partij dat de verwijzing naar de WCOR-adviezen geen motivering zou uitmaken en dus evenmin aanleiding kan geven tot een gebrekkige motivering, “pertinent incorrect” is. Aangezien er in de bestreden beslissing staat “gelet op” alsook “de adviezen” kan de verwerende partij bezwaarlijk beweren dat de adviezen van het WCOR niet als motivering van de bestreden beslissing dienen; minstens moet blijken dat het INR afstand neemt van deze adviezen en waarom. Volgens hen wordt ook het Eurostat-advies wel degelijk gebruikt om de bestreden beslissing te schragen. Na het bestuderen van het administratief dossier begrijpen de verzoekende partijen waarom de adviezen van het WCOR niet werden overgemaakt. Deze adviezen, zo stellen zij, hebben immers “niet meer om het lijf dan enkele e-mails van hooguit twee zinnen, die dan nog enkel betrekking hebben op een typo in advies opgemaakt door het INR zelf” en waarbij slechts één van de veertien leden heeft geantwoord, wat volgens hen “gebrekkig en ondermaats” is, en dienvolgens volstaat om de bestreden beslissing te vernietigen.

In hun laatste memorie herhalen de verzoekende partijen wat zij in hun eerdere procedurestukken hebben uiteengezet. Zij herhalen dat het belang dat de verwerende partij aan de WCOR-adviezen “hecht en moet hechten” niet te onderschatten is, wat blijkt uit het feit dat het INR naar aanleiding van eerdere adviezen van het WCOR is overgegaan tot een herkwalificatie van de sector voor de verzoekende partijen. De bestreden beslissing is reeds de derde beslissing van het INR betreffende de kwalificatie van de verzoekende partijen onder de verordening (EU) nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 ‘betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie’ (hierna: de verordening nr. 549/2013). Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de WCOR-adviezen, al was het maar omdat het

merendeel van de leden niet heeft geantwoord, “uiterst summier” en dus “gebrekkig en ondermaats” zijn zodat het INR niet zorgvuldig tot haar besluit is gekomen. Uit het advies van het INR van 5 maart 2021 blijkt dat het Eurostat-advies van 13 januari 2020 is aangewend om de bestreden beslissing te schragen doch dit advies houdt nog rekening, wat Vlaanderen betreft, met het decreet van 24 juni 2016 ‘houdende de Vlaamse sociale bescherming’ (hierna: het decreet van 24 juni 2016) dat (inmiddels) opgeheven en vervangen is door het decreet van 18 mei 2018 ‘houdende de Vlaamse sociale bescherming’. Derhalve kan dit Eurostat-advies dat zelf afdoende en correct gemotiveerd moet zijn, niet zomaar worden bijgevalen.

Beoordeling

Vooraf

5. De bestreden beslissing van 5 maart 2021 van de raad van bestuur van het INR, luidt :

“Instituut voor de Nationale Rekeningen

INR

Proces-verbaal van de 256^e vergadering van de Raad van Bestuur gehouden op 5 maart 2021 via teleconferentie

UITTREKSEL

Dagorde punt 3c: Beslissing van de sectorclassificatie van de gewestelijke verzekeringsinstellingen in de overheidssector (S.1312)

Gelet op de verordening (EG) nr. 479/2009 van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de toepassing van het aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap gehechte Protocol betreffende de procedure bij buitensporige tekorten;

Gelet op de verordening (EG) nr. 549/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Europese Unie (ESR 2010) ;

Gelet op de wet van 21 december 1994, Titel VIII, houdende sociale en diverse bepalingen, met het oog op de hervorming van het apparaat voor de statistiek en de economische vooruitzichten van de federale regering;

Gelet op het ontwerpadvies inzake de analyse van de sectorclassificatie van de gewestelijke verzekeringsinstellingen volgens het ESR 2010 d.d. 2 november 2020;

Gelet op de mededeling aan de gewestelijke verzekeringsinstellingen bij brief d.d. 23 november 2020 van het ontwerpadvies inzake de analyse van de sectorclassificatie van de gewestelijke verzekeringsinstellingen volgens het ESR 2010 d.d. 2 november 2020;

Gelet op de opmerkingen van de gewestelijke verzekeringsinstellingen bij brief van hun raadsman d.d. 14 januari 2021 over het ontwerpadvies inzake de analyse van de sectorclassificatie van de gewestelijke verzekeringstellingen volgens het ESR 2010 d.d. 2 november 2020;

Gelet op de adviezen van het Wetenschappelijk comité voor de overheidsrekeningen (WCOR) van 9 februari en 3 maart 2021;

Gelet op het advies inzake de analyse van de sectorclassificatie van de gewestelijke verzekeringsinstellingen volgens ESR 2010 d.d. 5 maart 2021;

De Raad van Bestuur van het INR eigent zich de motieven van het advies inzake de analyse van de sectorclassificatie van de gewestelijke verzekeringsinstellingen volgens het ESR 2010 d.d. 5 maart toe, en beslist de gewestelijke verzekeringsinstellingen in de overheidssector (S.1312) in te delen.

[...]

ANALYSE VAN DE SECTORCLASSIFICATIE VAN DE GEWESTELIJKE VERZEKERINGSINSTELLINGEN VOLGENS HET ESR 2010

ADVIES OPGEMAAKT DOOR HET INR OP 5 MAART 2021

INLEIDING

In 2017 heeft het INR het Vlaams Zorgfonds heringedeeld van de sector van de sociale zekerheidsfondsen (S.1314) naar de sector van de deelstaatoverheid (S.1312), naar aanleiding van de implementatie van de zesde staatshervorming en de daaruit voortvloeiende bevoegdheidsoverdrachten. Het was echter van mening dat de privaatrechtelijke zorgverzekeringskassen (zorgkassen) die verantwoordelijk zijn voor de inning van de sociale zekerheidsbijdragen en de betaling van de uitkeringen, buiten de overheidssector konden worden ingedeeld. Als gevolg van de verdere implementatie van de zesde staatshervorming is het aantal private verzekeringsinstellingen en het soort uitkeringen dat ze betalen aanzienlijk toegenomen. Op basis van die nieuwe elementen wil het INR de sectorclassificatie van die entiteiten herzien. In januari 2019 heeft het Wetenschappelijk comité voor de overheidsrekeningen (WCOR) geoordeeld dat de sectorclassificatie van deze eenheden in een bredere context diende te worden geanalyseerd en ter advies voorgelegd aan Eurostat. Het INR heeft contact opgenomen met Eurostat^[...], die - in zijn advies aan het INR - de zorgkassen beschouwt als instellingen zonder winstoogmerk en meent 'dat de regering vooraf elk aspect van het algemene beleid en van de activiteit van de zorgkassen bepaalt, in die mate dat de private izw's zouden moeten worden geacht onder zeggenschap te staan van de regering (vrije vertaling)^[...]', en dat ze bijgevolg moeten worden geclassificeerd onder S.1312.

In deze nota wordt de sectorclassificatie van de zorgkassen en de gewestelijke mutualiteitsverenigingen (hierna gewestelijke verzekeringsinstellingen)^[...] in het kader van de ESR 2010- Verordening geanalyseerd. Hierbij werd rekening gehouden met het standpunt dat Eurostat in zijn brief van 13 januari 2020 innam over de zorgkassen, aangezien de gewestelijke verzekeringsinstellingen soortgelijke werkwijzen en essentiële kenmerken vertonen. Niettegenstaande de wijziging van het Vlaams decreet van 24 juni 2016, blijft de mening van Eurostat pertinent, aangezien de aangebrachte wijzigingen niets afdoen aan de actualiteit ervan en die mening, *mutatis mutandis*, ook geldt voor de andere betrokken regionale organismen aangezien de onderliggende reden vreemd is aan de regionale verschillen. De nota houdt eveneens rekening met de opmerkingen geformuleerd door de gewestelijke verzekeringsinstellingen in een brief van 14 januari 2021, geschreven als reactie op het ontwerpadvies van 2 november 2020 door het INR over de sectorclassificatie van verzekeringsinstellingen.

1. KENMERKEN VAN DE GEWESTELIJKE VERZEKERINGSINSTELLINGEN

De regels voor de oprichting van gewestelijke verzekeringsinstellingen, die werden opgericht naar aanleiding van de bevoegdheidsoverdracht van de federale overheid naar de gewesten, werden vastgelegd in verschillende gewestelijke reglementeringen. [...]

Om te worden erkend moet de verzekeringsinstelling met name:

- opgericht zijn door ziekenfondsen of verzekeringsondernemingen;
- opgericht zijn als een privaatrechtelijke rechtspersoon die zijn opdrachten zonder winstoogmerk uitvoert en die volledig gescheiden wordt beheerd op het gebied van boekhouding;
- de wijze verantwoorden waarop de middelen, waaronder ook personeelsmiddelen, worden ingezet en volledige transparantie bieden over het personeelsbestand en de personeelsinzet;
- elke aanvraag die geldig ingediend wordt, behandelen op de wijze die vastgesteld is in de regionale bepalingen, en een totaalverbod op risicoselectie van haar leden in acht nemen;
- in haar statuten uitdrukkelijk vermelden dat de verzekeringsinstelling is opgericht om de opdrachten uit te voeren zoals die in de gewestelijke reglementering zijn bepaald. In de Vlaamse Gemeenschap en in het Waals Gewest mag een verzekeringsinstelling geen andere activiteiten uitvoeren dan de activiteiten vermeld in de gewestelijke reglementering. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest daarentegen kan het Gewest een verzekeringsinstelling toestaan voordelen of diensten aan haar leden te verlenen die geen deel uitmaken van de opdrachten vermeld in de gewestelijke reglementering (§1 van de ordonnantie van 21 december 2018), voor zover die voordelen of diensten in overeenstemming zijn met de doelstelling in de vermelde reglementering en ze boekhoudkundig en financieel volledig gescheiden worden beheerd.

Er moet ook worden opgemerkt dat ziekenfondsen of verzekeringsondernemingen vrij zijn om een gewestelijke verzekeringsinstelling op te richten, te ontbinden of de activiteiten ervan stop te zetten. In hun raad van bestuur zetelen overigens geen regeringscommissarissen of andere leden die door de gewestregeringen zijn benoemd.

De voornaamste opdrachten van de verzekeringsinstellingen bestaan erin op te treden als uniek loket voor alle vragen over dossiers en rechten met betrekking tot de gewestelijke sociale bescherming en ervoor te zorgen dat de tegemoetkomingen worden betaald. In de Vlaamse Gemeenschap beheren de instellingen ook de inning van de premies van de aangeslotenen.

De gewestelijke verzekeringsinstellingen moeten ook hun financiële reserves beheren volgens de bepalingen van de gewestelijke regeringen. Deze reserves mogen uitsluitend voor de uitvoering van de opdrachten worden aangewend.

In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest moeten de mutualiteitsverenigingen het overschot van de sommen voor de betaling van de tegemoetkomingen aan Iriscare overmaken. Een surplus aan administratiekosten moet op een beheersrekening worden gestort die dat soort kosten moet dekken. Het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad bepaalt de nadere regels in geval van stopzetting van activiteiten van een Brusselse regionale maatschappij van onderlinge bijstand, ongeacht of deze het gevolg is van een vrijwillige beslissing of van een intrekking van de erkenning (artikelen 20 § 2, 3°, 23 § 2, 1° en 26 § 4 van de ordonnantie van 21 december 2018).

In het Waals Gewest moeten de overschotten van de subsidies die worden gestort om de uitgaven gebonden aan de prestaties en tussenkomsten te dekken, worden overgedragen aan de regering wanneer ze een bepaald maximumbedrag overschrijden. De regering regelt ook de voorwaarden voor de aanwending van overblijvende activa betreffende de prestaties en tussenkomsten in geval van

ontbinding van een Waalse gewestelijke maatschappij van onderlinge bijstand (artikelen 10/4 en 10/2 van het besluit van 21 december 2018 van de Waalse regering).

In de Vlaamse Gemeenschap moeten de reserves met betrekking tot de toegekende sociale tussenkomsten van de zorgkassen worden doorgestort aan een andere eenheid die dezelfde functies uitvoert of worden teruggestort aan de regering in geval van een stopzetting.

De gewestelijke verzekeringsinstellingen ontvangen jaarlijks een subsidie van de regering die deels afhangt van de som van de tussenkomsten die worden betaald in het kader van gewestelijke bepalingen en deels van een bedrag dat hun beheerskosten moet dekken. Dat laatste bedrag is onder meer afhankelijk van het aantal dossiers dat de verzekeringsinstelling behandelt en wordt toegekend op basis van een gesloten budget dat over de verzekeringsinstellingen wordt verdeeld.

Specifiek bij de Vlaamse Gemeenschap 'is het bedrag voor een jaar subsidie voor tegemoetkomingen gelijk aan de uitgaven voor tegemoetkomingen gedaan door de zorgkas in de periode 1 januari van dat jaar tot en met 31 januari van het daaropvolgende jaar voor het betreffende jaar of voor de voorgaande jaren, verminderd met het totaal van alle geïnde ledenbijdragen die de zorgkas in het jaar in kwestie heeft ontvangen en verminderd met de ten onrechte uitbetaalde tegemoetkomingen die het gevolg zijn van een fout van de zorgkas waarvan de gebruiker zich geen rekenschap kon geven' (artikel 4 § 1 van het besluit van de regering van 14 oktober 2016).

In het Waals Gewest stort 'Het Agentschap^[...] (in de loop van het jaar N) een bedrag aan de Waalse verzekeringsinstellingen om de uitgaven gebonden aan de prestaties en tussenkomsten (...) te dekken.

In de loop van het jaar N+1 gaat het Agentschap over tot een regularisering met inachtneming van de aangegeven uitgaven (...)

Indien het bedrag van de uitgaven van een Waalse verzekeringsinstelling hoger is dan de voorschotten, betaalt het Agentschap het verschil. Indien het bedrag van de uitgaven kleiner is dan de voorschotten, kan de Waalse verzekeringsinstelling het verschil behouden in haar eigen reserve op voorwaarde dat ze dit bedrag uitsluitend bestemt voor de uitoefening van haar opdrachten als dit bedrag niet hoger is dan 1 % per jaar van het geheel van de bedragen betaald voor de opdrachtenkosten van het jaar N en dat deze reserve niet hoger is dan 3,5 % van de bedragen uitbetaald op basis van § 1, 1°, gemiddeld over de laatste drie jaar. Het bedrag dat het maximumbedrag overschrijdt, wordt aan het Agentschap terugbetaald' (artikel 10/4 van het besluit van de Waalse regering van 21 december 2018).

In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn 'de aan de Brusselse regionale maatschappijen van onderlinge bijstand toegekende financiële middelen: 1° de sommen bestemd voor de uitbetaling van de tegemoetkomingen; 2° de globale toelage voor de administratiekosten.

(...) Iriscare verdeelt de in paragraaf 1, eerste lid, 2°, bedoelde globale toelage onder de Brusselse regionale maatschappijen van onderlinge bijstand volgens de berekeningsregels vastgelegd door het Verenigd College in uitvoering van artikel 21, § 2;

(...) De bedragen bedoeld in paragraaf 1, eerste lid, 1°, worden uitsluitend aangewend voor de doeleinden waarvoor ze werden verdeeld' (artikel 20 § 1 en 2 van de ordonnantie van 21 december 2018).

2. SECTORCLASSIFICATIE VAN DE GEWESTELIJKE VERZEKERINGSINSTELLINGEN VOLGENS DE ESR 2010-PRINCIPES

2.1 Zijn de gewestelijke verzekeringsinstellingen institutionele eenheden?

Om de institutionele sector van een eenheid te identificeren beveelt het ESR 2010 aan om eerst te verifiëren of het een institutionele eenheid is (zie diagram 20.1, § 20.17 van het ESR 2010).

Een institutionele eenheid is, in de zin van het ESR 2010, paragraaf 2.12, een economische entiteit die wordt gekenmerkt door zelfstandige beslissingsbevoegdheid bij de uitoefening van haar hoofdfunctie. Een eenheid heeft zelfstandige beslissingsbevoegdheid indien zij het recht heeft zelf activa te bezitten, economische beslissingen te nemen en economische activiteiten uit te oefenen waarvoor zij verantwoordelijk en wettelijk aansprakelijk is, op eigen naam verplichtingen in de vorm van financiële passiva, andere verplichtingen of verdere verbintenissen aan te gaan en contracten af te sluiten en een volledige boekhouding op te stellen.

De gewestelijke verzekeringsinstellingen dienen hun jaarrekeningen in bij de Balanscentrale van de Nationale Bank van België, hebben rechtspersoonlijkheid, kunnen schulden aangaan en bezitten activa.

Deze eenheden hebben dus een zelfstandige beslissingsbevoegdheid waardoor ze worden beschouwd als afzonderlijke institutionele eenheden.

2.2 Het soort zeggenschap dat wordt uitgeoefend over de gewestelijke verzekeringsinstellingen

In een tweede stap moet worden bepaald of het zeggenschap dat wordt uitgeoefend op een eenheid privaat of publiek is. Om te worden erkend moeten de gewestelijke verzekeringsinstellingen de vorm hebben van een instelling zonder winstoogmerk (izw).

De criteria voor de zeggenschap over een izw zijn als volgt bepaald in paragraaf 20.15 van het ESR 2010:

‘Zeggenschap over een izw wordt gedefinieerd als de bevoegdheid om het algemene beleid of programma van die izw vast te stellen. Algemene door de overheid vastgestelde regels die van toepassing zijn op alle instellingen die dezelfde activiteit uitoefenen, zijn niet relevant bij de bepaling of een eenheid onder zeggenschap van de overheid staat. Of de overheid zeggenschap over een izw heeft, wordt bepaald aan de hand van de volgende vijf indicatoren:

- a) de benoeming van functionarissen;
- b) andere bepalingen in het bevoegdheid verlenende instrument, zoals de verplichtingen in het statuut van de izw;
- c) contractuele overeenkomsten;
- d) de mate van financiering;
- e) de mate van blootstelling aan risico’s.

Een enkele indicator kan voldoende zijn om zeggenschap vast te stellen. Indien een izw die hoofdzakelijk door de overheid wordt gefinancierd, echter in staat blijft haar beleid of programma tot op aanzienlijke hoogte zelf te bepalen terwijl aan de criteria van de andere indicatoren wordt voldaan, wordt zij niet als onder zeggenschap van de overheid beschouwd. In de meeste gevallen wijst een combinatie van indicatoren op zeggenschap door de overheid. Een besluit op basis van deze indicatoren houdt een beoordeling in.’

Aangezien de gewestelijke reglementering geen overheidsinterventie voorziet bij de benoeming van de verantwoordelijken, is niet voldaan aan punt a) van paragraaf 20.15 om te bepalen of er overheidstoezicht is.

Zoals hierboven vermeld bepaalt de gewestelijke regelgeving^[...] de juridische vorm die de gewestelijke verzekeringsinstellingen moeten aannemen, namelijk een privaatrechtelijke izw. Ze bepaalt ook de inhoud van de activiteiten die zijn vastgelegd in hun statuten, en die moeten worden goedgekeurd door de regering, en de aanwending van de toegekende subsidies, die uitsluitend mogen worden ingezet voor de doeleinden waarvoor ze werden toegekend. De

verzekeringsinstellingen kunnen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest hun activiteiten verder uitbreiden dan de opdrachten die zijn bepaald in de gewestelijke reglementering, maar alleen als die activiteiten in overeenstemming zijn met de opdrachten die door het Gewest zijn bepaald en nadat het Gewest hiervoor de goedkeuring heeft gegeven. Deze eenheden zijn dus niet in staat om hun algemene beleid en hun programma volledig te bepalen of de reikwijdte van hun activiteiten vrij uit te breiden.

Bovendien constateert het INR dat de gewestelijke regeringen alle middelen aan de gewestelijke verzekeringsinstellingen ter beschikking stellen die zij nodig hebben om hun opdrachten uit te voeren, of het nu gaat om de betaling van sociale tussenkomsten of om hun werkingskosten. Ze blijken dus hoofdzakelijk gefinancierd door de overheid.

De gewestelijke verzekeringsinstellingen zijn echter verantwoordelijk voor hun financieel evenwicht. In de drie gewesten wordt de vergoeding voor de werkingskosten forfaitair bepaald, op basis van een gesloten budget, en wordt ze gedeeltelijk toegewezen naargelang van het aantal begunstigden. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt dit kwantitatief criterium aangevuld met een kwalitatief criterium dat, vanaf 2025, 15 % van de totale subsidie bestemd is voor de financiering van beheerskosten (artikel 21 van de ordonnantie van 21 december 2018). Het Waals Gewest voorziet in een kwantitatieve en kwalitatieve evaluatie van de opdrachten van de verzekeringsinstellingen voor het beheer van de Waalse verzekering sociale bescherming. Het kwalitatieve luik daarvan moet nog worden ingevoerd (artikel 10/5 van het besluit van de Waalse regering van 1 december 2018).

De gewestelijke instellingen genieten overigens een zekere autonomie in hun organisatie (investeringen in de informatica-infrastructuur, werkings- en personeelskosten), ermee rekening houdend dat de subsidies van de overheid om de investeringen te financieren en de beheerskosten te dekken alleen voor deze doeleinden mogen worden gebruikt, dat de verzekeringsinstellingen de financiële middelen die ze van de gewestelijke overheden krijgen strikt moeten rechtvaardigen en dat ze volledig transparant moeten zijn over hun personeelsbestand en hoe het personeel wordt ingezet.

De bewering van de gewestelijke verzekeringsinstellingen, in hun antwoord op het ontwerpadvies van het INR^[...], dat ‘de Gewestelijke Verzekeringsinstellingen op vlak van hun operationele organisatie volledige autonomie hebben om de toegekende middelen te besteden, zodat de gewestelijke regeringen geenszins het volledige algemene beleid dicteert, zoals het INR laat voorstaan’, lijkt zo niet te kloppen.

Bovendien zijn het niet de gewestelijke verzekeringsinstellingen die de risico's dragen die verbonden zijn aan de gewestelijke sociale zekerheidsstelsels en dus aan het overheersende aspect van hun activiteit, maar de gewestelijke regeringen: de gewesten staan garant voor de verzekeringsinstellingen, ongeacht de budgettaire situatie van het stelsel, voor de betaling van subsidies die de door de zorgkassen betaalde tussenkomsten dekken en voor hun werkingskosten, waarbij de onterecht betaalde tussenkomsten die te wijten zijn aan een fout van de zorgkas en de geïnde bijdragen, in voorkomend geval, in mindering worden gebracht.

De verzekeringsinstellingen dragen wel de operationele risico's die aan hun activiteit zijn verbonden. Mocht een tekort zich voordoen, dan zal dat uiteindelijk door de moedermaatschappij worden gedekt. Die eenheden kunnen overigens van geen enkele overheidsgarantie of bijzondere financiering gebruik maken in dat geval. Bovendien moeten zij onterecht betaalde tussenkomsten als gevolg van een fout van de verzekeringsinstelling zelf dragen.

Er moet echter worden benadrukt dat het systeem voor de toekenning van subsidies door de gewesten zodanig is opgezet dat de verzekeringsinstellingen hun inkomsten en uitgaven met elkaar in evenwicht kunnen brengen en ze tegelijkertijd tot een goed financieel beheer en een bevredigende kwaliteit van de dienstverlening worden aangemoedigd. Bovendien voorzien de gewesten, met uitzondering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest - binnen bepaalde grenzen - niet de mogelijkheid voor de verzekeringsinstellingen om over belangrijke bronnen van inkomsten te beschikken naast de overheidssubsidies die zijn bepaald door de gewestelijke reglementering, dezelfde reglementering waarin hun activiteiten overigens zeer strikt worden omkaderd. Bovendien maakt de operationele activiteit slechts een vrij beperkt deel uit van de financiële stromen die door die eenheden worden beheerd. De operationele kosten belopen gemiddeld, over de 15 gewestelijke verzekeringsinstellingen uit de analyse, minder dan 3 % van het totale bedrag aan tussenkomsten dat in 2019 werd betaald.^[...]

Tot slot merken de gewestelijke verzekeringsinstellingen in hun antwoord op het ontwerpadvies van het INR^[...] op dat er openbare instellingen bestaan (Vlaamse Zorgkas, CAAMI/HZIV, en HR Rail) die het private initiatief van de gewestelijke verzekeringsinstellingen aanvullen, wat zou maken dat deze laatste niet het loutere verlengstuk van de overheid zijn. Hierover meent het INR dat het feit dat er naast de gewestelijke verzekeringsinstellingen bepaalde openbare instellingen bestaan die optreden als restverzekeraars voor alle verzekerden, niet bewijst dat zij niet onder zeggenschap van de overheid staan in de zin van het ESR 2010, aangezien het toezicht op deze instellingen moet worden bepaald op basis van de criteria vermeld in paragraaf 20.15 van het ESR 2010.

Als gevolg van alle elementen die hierboven werden geanalyseerd en die een geheel van aanwijzingen vormen, is het INR van mening dat de gewestelijke verzekeringsinstellingen instellingen zonder winstoogmerk zijn die onder zeggenschap staan van de overheid op basis van de punten b), c), d) en e) van paragraaf 20.15 van het ESR 2010.

2.3 Het markt-/niet-marktkarakter van de gewestelijke verzekeringsinstellingen
'Of een izw wel of geen marktactiviteiten verricht, wordt op dezelfde wijze bepaald als voor andere overheidsinstellingen', is bepaald in paragraaf 20.16 van het ESR 2010.

In paragraaf 20.29 van het ESR 2010 wordt bij een dergelijke analyse aangeraden rekening te houden met de volgende elementen:

'Om vast te stellen of het gaat om markteenheden die economisch significante prijzen in rekening brengen, moet worden nagegaan of wordt voldaan aan de criteria in de punten 20.19 tot en met 20.28. Deze criteria kunnen als volgt worden samengevat:

- a) de producent is een institutionele eenheid (een nodige voorwaarde; zie ook de beslisboom in punt 20.17);
- b) de producent levert niet uitsluitend hulpdiensten;
- c) de producent is niet de enige leverancier van goederen en diensten aan de overheid of, indien de producent dat wel is, heeft hij concurrenten, en
- d) de producent heeft een stimulans om zijn aanbod aan te passen, teneinde een levensvatbare, winstgevende activiteit uit te voeren, om onder marktvoorwaarden zaken te doen en om aan zijn financiële verplichtingen te voldoen.

Het vermogen van een producent om een marktactiviteit uit te voeren, wordt vooral beoordeeld aan de hand van het gebruikelijke kwantitatieve criterium (50 % of meer) op basis van de verhouding tussen de verkoop en de productiekosten (zie de punten 20.30 en 20.31). Om als marktproducent te worden beschouwd, moet de publiekrechtelijke eenheid gedurende een aaneengesloten

periode van meerdere jaren ten minste 50 % van haar kosten door verkoop dekken.’

In paragraaf 20.25 van het ESR 2010 is overigens het volgende bepaald: ‘Indien een overheidsproducent uitsluitend aan de overheid verkoopt en de enige leverancier van de diensten in kwestie is, wordt hij verondersteld een niet-marktproducent te zijn, tenzij hij concurreert met een particuliere producent. Een typisch geval is de inschrijving op een overheidsopdracht onder commerciële voorwaarden, zodat de overheid uitsluitend voor de geleverde diensten betaalt.’

De gewestelijke verzekeringsinstellingen zijn wel degelijk overheidsproducenten aangezien ze onder zeggenschap van de overheid staan (zie punt 2.2 van dit advies).

Aangezien de reikwijdte van hun activiteiten wordt beperkt door de gewestelijke regelgeving, kunnen ze hun aanbod niet aanpassen om een activiteit te ontwikkelen die winstgevend en levensvatbaar is in marktomstandigheden.

Hun enige klant blijkt de overheid te zijn. Bovendien concurreren ze niet met andere particuliere producenten^[...] op de markt.

In hun antwoordbrief op het ontwerpadvies van het INR^[...] geven de verzekeringsinstellingen allereerst aan dat, de leden van de bevolking hun klanten zijn en dat die zelf beslissen bij welke verzekeringsinstelling ze zich willen aansluiten en niet de gewestelijke overheid. Het INR is echter van mening dat het begrip ‘klant’ inhoudt dat de genoemde klant een vergoeding betaalt voor de levering van een goed of dienst. Aangezien deze vergoeding door de overheidsdiensten wordt betaald, lijkt het redelijk om aan te nemen dat deze overheidsdiensten de consumenten, de klanten, zijn van hetgeen door de verzekeringsinstellingen worden geleverd. In Vlaanderen zijn de bijdragen die de bevolking aan de zorgkassen betaalt verplichte bijdragen die rechtstreeks in de rekeningen van de Vlaamse Gemeenschap moeten worden opgenomen, terwijl de bijdragen die de Brusselse bevolking aan dezelfde zorgkassen betaalt vrijwillige bijdragen zijn die ook rechtstreeks in de rekeningen van de Vlaamse Gemeenschap moeten worden opgenomen. De overheden kopen en financieren de diensten en bieden ze binnen het overheidsbeleid aan de volledige bevolking aan, de burgers zijn vervolgens vrij om zich tot de verzekeringsinstelling van hun keuze te richten om van deze diensten gebruik te kunnen maken. Het INR wenst ook eraan te herinneren dat de gewestelijke verzekeringsinstellingen het risico en de leden niet mogen selecteren wat garandeert dat iedereen toegang heeft tot dit beleid.

In de antwoordbrief beklemtonen de gewestelijke verzekeringsinstellingen vervolgens dat er een concurrentie bestaat tussen de gewestelijke verzekeringsinstellingen en dat deze nieuwe aangeslotenen mogen aantrekken en weglokken van andere gewestelijke verzekeringsinstellingen en reclame mogen voeren. Bovendien is er ook concurrentie op dienstverlening tussen de gewestelijke verzekeringsinstellingen binnen eenzelfde gewest en bestaat er differentiatie in de aangeboden dienstverlening en aanbieders (bijvoorbeeld, het onderscheid tussen de verschillende kantorennetwerken en de nabijheid van de dienstverlening tussen de verzekeringsinstellingen). Daarbij hebben de zorgkassen niet enkel concurrentie van elkaar, maar ook van de vzw Vlaamse Zorgkas, die is opgericht door de Vlaamse overheid. De Brusselse en Waalse verzekeringsinstellingen concurreren ook met de Hulpkas voor ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Hoewel er 15 gewestelijke verzekeringsinstellingen zijn verspreid over het land, vijf per gewest, kan het INR alleen maar vaststellen dat ze allemaal dezelfde opdrachten uitvoeren, die zijn vastgelegd door gewestelijke bepalingen, en zeer gelijksoortige kenmerken vertonen (zie punt 2.2 van het huidige advies over het

overheidstoezicht). Dat gebrek aan differentiatie in de dienstverlening aan de overheid en aan hun aangeslotenen maakt dat ze niet kunnen worden beschouwd als concurrenten van elkaar in marktomstandigheden. De vermeende concurrentie met de overheden, zoals de Vlaamse overheid (vzw Vlaamse Zorgkas) en de federale overheid (CAAMI/HZIV en HR Rail), lijkt bovendien niet pertinent, aangezien volgens het ESR 2010 de concurrentie moet plaatsvinden met producenten die onder private toezicht staan (§ 20.25 ESR 2010), wat niet het geval is tussen de gewestelijke verzekeringsinstellingen onderling en niet ten opzichte van de overheden.

Tot slot onderstrepen de gewestelijke verzekeringsinstellingen in deze brief: ‘De beheersvergoeding van de gewestelijke verzekeringsinstellingen wordt mede toegekend op basis van het principe van financiële responsabilisering. In de berekening van de globale toelage moet immers rekening worden gehouden met kwantitatieve en kwalitatieve criteria. Bijgevolg bestaat er stimulans voor de gewestelijke verzekeringsinstellingen om hun dienstverlening zodanig te optimaliseren dat zij hiervoor beloond worden. Aldus worden er marktomstandigheden gecreëerd’^[...]. Het INR wenst er hiervoor aan te herinneren dat de budgettaire enveloppes die de gewestelijke overheden ter beschikking stellen van de verzekeringsinstellingen om hun beheerskosten te financieren gesloten enveloppes zijn. Deze instellingen worden er dus niet toe aangezet om hun dienstenaanbod tot een bepaald niveau te verhogen en het dus te optimaliseren, als het optimale boven dit niveau ligt, om te kunnen worden vergoed.

Die elementen leiden ertoe dat het INR de gewestelijke verzekeringsinstellingen beschouwt als niet-marktproducenten in de zin van de bovenvermelde paragrafen van het ESR 2010.

CONCLUSIE

Op basis van de voorgaande analyse is het INR van mening dat de gewestelijke verzekeringsinstellingen instellingen zonder winstoogmerk zijn die geen marktproducent zijn, en onder zeggenschap van de overheid staan. In paragraaf 20.13 van het ESR 2010 is bepaald dat: ‘instellingen zonder winstoogmerk (izw’s) die geen marktproducent zijn en onder zeggenschap van een overheidsinstelling staan, tot de sector overheid worden gerekend’.

De gewestelijke verzekeringsinstellingen moeten in dat opzicht worden geclassificeerd bij de deelstaatoverheid, namelijk S.1312.”

6. Het auditoraatsverslag besluit tot de ongegrondheid van dit middel op grond van de volgende overwegingen:

“[...]

1. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot

haar besluit is kunnen komen. Voorts mag enkel met de formeel uitgedrukte motieven rekening worden gehouden. [...]

2. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op ‘afdoende’ wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansredenen van de formelemotiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. [...]

3. De verzoekende partijen verwijzen in hun uiteenzetting van het middel naar de rechtspraak van de Raad van State aangaande de uitdrukkelijke motivering door verwijzing naar het advies.

De formelemotiveringsplicht impliceert dat de motieven uit de bestreden beslissing zelf moeten blijken. Wel kan worden aangenomen dat aan de doelstelling van de formelemotiveringsplicht om de betrokkene een zodanig inzicht te geven in de motieven van de beslissing dat hij met kennis van zaken kan uitmaken of het zinvol is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden, is voldaan, indien de betrokkene desgevallend langs een andere weg kennis heeft gekregen van de motieven waarop de beslissing is gesteund, ook al worden die motieven dan niet in de beslissing zelf veruitwendigd. Dit kan doordat de beslissing verwijst naar andere stukken.

Een dergelijke ‘motivering door verwijzing’ dient evenwel aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Vooreerst moet de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen aan de betrokkene ter kennis zijn gebracht. Bovendien moeten de desbetreffende stukken zelf afdoende gemotiveerd zijn en mogen ze niet tegenstrijdig zijn. Ten slotte dienen de stukken in de uiteindelijke beslissing te worden bijgevalen door de beslissende overheid. [...]

4. Er is in de huidige zaak evenwel geen sprake van een motivering door verwijzing naar de adviezen van het WCOR.

Het middel gaat er evenwel aan voorbij dat in het bestreden besluit, waarin de raad van bestuur zich weliswaar de motieven van het advies van het INR toe-eigent, zelf de motieven bevat op grond waarvan de verwerende partij tot het besluit is gekomen.

5. Uit de formelemotiveringsplicht volgt niet dat aan de bestemming van het besluit ook de adviezen moeten worden meegedeeld waarvan melding wordt gemaakt in dit besluit. De verwijzing in het bestreden besluit naar die adviezen is louter bedoeld om het verloop van de administratieve procedure te schetsen.

Het gebrek aan mededeling van de twee WCOR adviezen dd. 9 februari en 3 maart 2021 schendt dan ook niet de plicht tot uitdrukkelijke motivering, zelfs indien zou blijken dat het standpunt van het WCOR doorslaggevend was voor de verwerende partij om tot haar besluit te komen en de verzoekende partijen niet kunnen nagaan of er sprake is van tegenstrijdige adviezen.

6. De verzoekende partijen bekritisieren eveneens de verwijzing naar het in hun ogen inhoudelijk problematisch advies van Eurostat. [...] Zij stellen dat dit advies gebaseerd is op verouderde Vlaamse regelgeving en is deze gesteund op eenzijdige aangevoerde informatie door de verwerende partij en werden de private Vlaamse Zorgkassen niet de kans geboden te worden gehoord door Eurostat.

Evenmin is hier sprake van een motivering door verwijzing, zoals voorgehouden door de verzoekende partijen. Het bestreden besluit bevat zelf de motieven waarom de verwerende partij van oordeel is dat de GVI's [lees: de Gewestelijke Verzekeringsinstellingen] instellingen zonder winstoogmerk zijn die geen marktproducent zijn, en onder zeggenschap van de overheid staan. Zelfs indien het advies van Eurostat niet afdoende of correct zou gemotiveerd zijn, volstaat dit bijgevolg niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

Noch uit de formele-, noch uit de materiële motiveringsplicht volgt de verplichting om de verzoekende partijen te horen over wat zij 'eenzijdige aangevoerde informatie' noemen. Daarenboven hebben de verzoekende partijen hun standpunt kunnen geven over het ontwerpadvies van het INR. [...]

7. De verzoekende partijen bekritisieren aangaande het motief dat de 'onderliggende reden vreemd is aan de regionale geschillen', dat de verwerende partij dit nergens verder onderbouwt in het bestreden besluit.

Evenwel verplicht de formele motiveringsplicht de overheid er niet toe om de motieven van haar motieven te veruitwendigen. [...]

8. De verzoekende partijen wijzen op een vermeende tegenstrijdigheid aangaande de wijzigingen van het decreet van 24 juni 2016. Zo stellen de verzoekende partijen: 'Echter, oftewel is de regelgeving niet aanzienlijk gewijzigd en blijft het eerdere standpunt van het INR relevant, oftewel is de wijziging van de regelgeving wel degelijk relevant en is het Eurostat advies gedateerd. In beide gevallen heeft het INR nagelaten dit deugdelijk en afdoende te motiveren.'

Het bestreden besluit analyseert aan de hand van de criteria in de verordening nr. 549/2013 ingestelde ESR 2010 de aard van de GVI's om tot het besluit te komen dat deze instellingen zonder winstoogmerk zijn die geen marktproducent zijn, en onder zeggenschap van de overheid staan. Daarin ligt geen tegenstrijdigheid, minstens tonen de verzoekende partijen dit niet aan.

Daarnaast staat het bestreden besluit stil bij de herziening van haar eerder standpunt: 'In 2017 heeft het INR het Vlaams Zorgfonds heringedeeld van de sector van de sociale zekerheidsfondsen (S.1314) naar de sector van de deelstaatoverheid (S.1312), naar aanleiding van de implementatie van de zesde staatshervorming en de daaruit voortvloeiende bevoegdheidsoverdrachten. Het was echter van mening dat de privaatrechtelijke zorgverzekeringskassen (zorgkassen) die verantwoordelijk zijn voor de inning van de sociale zekerheidsbijdragen en de betaling van de uitkeringen, buiten de overheidssector konden worden ingedeeld.

Als gevolg van de verdere implementatie van de zesde staatshervorming is het aantal private verzekeringsinstellingen en het soort uitkeringen dat ze betalen aanzienlijk toegenomen. Op basis van die nieuwe elementen wil het INR de sectorclassificatie van die entiteiten herzien. In januari 2019 heeft het Wetenschappelijk comité voor de overheidsrekeningen (WCOR) geoordeeld dat de sectorclassificatie van deze eenheden in een bredere context diende te worden geanalyseerd en ter advies voorgelegd aan Eurostat. Het INR heeft contact opgenomen met Eurostat, die - in zijn advies aan het INR - de zorgkassen beschouwt als instellingen zonder winstoogmerk en meent 'dat de regering vooraf elk aspect van het algemene beleid en van de activiteit van de zorgkassen bepaalt, in die mate dat de private izw's zouden moeten worden geacht onder zeggenschap te staan van de regering (vrije vertaling)', en dat ze bijgevolg moeten worden geclassificeerd onder S.1312.'"

7. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, hebben de verzoekende partijen niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

In de mate de verzoekende partijen in hun laatste memorie herhalen dat het belang van de WCOR-adviezen niet te onderschatten valt, worden zij bijgevallen maar het is net omwille van het daaraan gehechte belang - belang dat het INR te dezen ter harte heeft genomen -, dat het INR in contact is getreden met Eurostat en, finaal, na eigen onderzoek met inachtneming van de door Eurostat gehanteerde principes, wordt overgegaan tot een herkwalficatie van de sector voor de verzoekende partijen. Hierdoor is als het ware een intellectuele dialoog gevoerd waartoe precies, zoals uit de bestreden beslissing blijkt, het WCOR in 2019 de aanzet heeft gegeven. Het INR, dat overigens voortdurend in contact staat met Eurostat (*cfr.* de artikelen 11 en 12 van de verordening (EG) nr. 479/2009 van de Raad van 25 mei 2009 ‘betreffende de toepassing van het aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap gehechte Protocol betreffende de procedure bij buitensporige tekorten’), is vervolgens tot voortschrijdend inzicht gekomen en heeft daaropvolgend een ontwerpadvies opgemaakt over de sectorindeling van de gewestelijke verzekeringsinstellingen. Dat ontwerpadvies is aan de verzoekende partijen voorgelegd met het oog op het ontvangen van hun opmerkingen; mogelijkheid waarvan deze gebruik hebben gemaakt, en is tijdens een vergadering op 9 februari 2021 voorgesteld aan en besproken met het WCOR. Uit de notulen van die vergadering blijkt dat het WCOR geen bezwaren heeft en dat het ontwerpadvies “wordt beschouwd als goedgekeurd door het comité”. Op 3 maart 2021 wordt, na finaal juridisch nazicht, een eindversie van het advies aan de leden van het WCOR verzonden volgens een schriftelijke procedure met het verzoek om tegen uiterlijk 3 maart 2021 om 12.00 uur opmerkingen te formuleren waarna het als (definitief) goedgekeurd zou worden beschouwd en het voor eindbeslissing wordt voorgelegd aan de raad van bestuur van het INR. Slechts een lid van het WCOR maakt een vormelijke opmerking en geen van hen maakt gebruik van de (geboden) mogelijkheid om te voorzien in een (bijkomende) elektronische vergadering. De verzoekende partijen overtuigen in die omstandigheden dan ook geenszins waar zij stellen dat de “WCOR-adviezen”,

“uiterst summier” en dus “gebrekkig en ondermaats” zouden zijn of zouden getuigen van een onzorgvuldige besluitvorming. Evenmin kunnen zij worden gevolgd wat hun (herhaalde) kritiek op het Eurostat-advies betreft aangezien in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt verantwoord waarom dat advies, ondanks de wijziging van het decreet van 24 juni 2016, pertinent blijft.

8. In die omstandigheden en na eigen onderzoek, ziet de Raad van State geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het eerste middel ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partijen vatten het tweede middel in hun verzoekschrift als volgt samen:

“74 Schending van artikelen 1 en 2 van de ESR-Verordening alsook van de daarop betrekking hebbende artikelen van de bijlage A bij deze Verordening waaronder inzonderheid de artikelen 2.12, 2.39, 3.31, 20.15, 20.16, 20.21-20.29, 20.309, 20.310, alsook artikelen 2 en 3 Formele Motiveringswet en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids-, rechtszekerheids-, vertrouwens- en motiveringsbeginsel, doordat het INR de Verzoekende partijen onrechtmatig heeft gekwalificeerd als behorende tot de sector S.1312 ‘Deelstaatoverheid (m.u.v. sociale zekerheid)’ en dat terwijl het voordien van oordeel was dat de Verzoekende partijen niet onder deze sector diende te worden gekwalificeerd, terwijl Verzoekende partijen geenszins de constitutieve bestanddelen onder de ESR-Verordening vervullen die maken dat zij als institutionele eenheid aan deze sector S.1312 moet worden toegewezen, laat staan het INR dit op afdoende en correcte wijze motiveert, dat om te komen tot de kwalificatie van een institutionele eenheid als behorende tot de sector ‘Overheid’ (S.1312) een beslissingsboom moet worden doorlopen, die stapsgewijs wordt toegelicht in de Bijlage A ESR-Verordening, dat de ESR-Verordening eenheden binnen de sector overheid (S.13) classificeert aan de hand van drie (3) criteria: de mate van autonomie, de mate van controle door de overheid en het markt- of niet-marktkarakter van de activiteiten, dat het INR bij het classificeren van institutionele eenheden verplicht is deze beslissingsboom te hanteren, maar heeft nagelaten dit op correcte wijze te doen, omdat, eerste middelonderdeel, het INR niet (op afdoende wijze) motiveert waarom de Verzoekende partijen een institutionele eenheid uitmaken, terwijl de

Verzoekende partijen uitdrukkelijk om deze motivering hebben verzocht in hun schrijven dd. 14 januari 2021, en omdat, tweede middelonderdeel, het INR niet op afdoende, correcte en deugdelijke wijze heeft geoordeeld dat de Verzoekende partijen onder ‘zeggenschap’ van de gewestelijke overheden staan, te meer omdat het INR in haar advies dd. 5 maart 2021 niet op correcte wijze toepassing maakt van de toepasselijke ESR-Verordening, alsook het INR enkel de indicaties in de weegschaal legt die maken dat de Verzoekende partijen onder de sector overheid vallen, zonder deze af te wegen tegen de tegenargumenten. Nochtans vergt de classificatie van institutionele eenheden een *in concreto* analyse, hetgeen ook door het HvJ wordt bevestigd in vaststaande rechtspraak. Het is immers van essentieel belang om een algehele waardering te verrichten van de Verzoekende partijen die naar haar aard een beoordeling inhoudt, alsook omdat, derde middelonderdeel, het INR niet afdoende en op deugdelijke wijze heeft geoordeeld dat de Verzoekende partijen moeten worden aangemerkt als ‘niet-markproducent’, aangezien het INR er geheel foutief van uitgaat dat de Verzoekende partijen onder ‘zeggenschap’ van de overheid staan en dus als overheidsproducenten classificeert, alsook het INR wederom enkel de indicaties in de weegschaal legt die maken dat de Verzoekende partijen onder de sector overheid vallen, zonder deze af te wegen tegen de tegenargumenten.”.

De verzoekende partijen lichten het tweede middel waarin zij drie middelonderdelen onderscheiden, in hun opeenvolgende procedurestukken als volgt toe.

a) Uiteenzetting van het eerste middelonderdeel

Wat het eerste middelonderdeel betreft, voeren zij in het verzoekschrift – wat zij in de memorie van wederantwoord hernemen –, wat volgt aan. Volgens hen gaat het INR “nauwelijks” de vereiste voorwaarden na om de verzoekende partijen te beschouwen als een “afzonderlijke institutionele eenheid” wat volgens hen leidt tot een “weinigzeggende argumentatie” door het INR, ondanks een vraag om het ontwerpadvies “op dit punt uit te breiden opdat de voorgenomen kwalificatiebeslissing volledig zou zijn” zoals de verzoekende partijen daar in hun brief met opmerkingen van 14 januari 2021 om hebben verzocht. Zij begrijpen bijvoorbeeld niet waarom zij niet als een “[v]oor specifieke doeleinden opgerichte eenheid van de overheid” zouden kunnen worden beschouwd overeenkomstig de artikelen 2.27 en 2.28 Bijlage A ESR-Verordening?”, wat de verwerende partij nalaat te onderzoeken. Volgens hen besluit de verwerende partij onterecht tot een (vermeende) overmatige controle

vanwege de overheid, wat, aldus de verzoekende partijen, “een verregaande impact zou kunnen hebben op de autonomie van de vooralsnog als institutionele eenheden beschouwde Verzoekende partijen”. De beoordeling van het autonomiecriterium (eerste stap en eerste middelonderdeel) heeft immers impact op de beoordeling van het zeggenschapschapscriterium (tweede stap en tweede middelonderdeel).

In de memorie van wederantwoord herhalen de verzoekende partijen wat zij eerder in het verzoekschrift hebben uiteengezet. Zij “geven nog mee” dat het Vlaams Zorgfonds en de Vlaamse Zorgkas voor de zesde staatshervorming waren ingedeeld onder de sector S.1314 ‘Socialezekerheidsfondsen’ en na die hervorming werden ingedeeld onder de sector “Deelstaatoverheid” (S.1312). Volgens hen rijst de vraag wat de impact is van de bevoegdheidsverdeling naar aanleiding van de zesde staatshervorming op de kwalificaties van de sector S.1314. Volgens hen is er immers geen impact zodat het “vreemd” is dat deze fondsen werden overgeheveld van de sector S.1314 naar S.1312. Zij stellen dat het “op het eerste zicht, ongeacht de juridische werkelijkheid, [lijkt] dat de bevoegdheidsverdeling t.g.v. de zesde staatshervorming voor het INR ten onrechte wel een impact heeft op de ESR-kwalificatie van entiteiten”. Tot slot, stellen zij nog dat zij, anders dan de verwerende partij beweert, wel degelijk belang hebben bij de beoordeling van dit eerste middelonderdeel omdat de vraag of de verzoekende partijen voldoende autonomie, en dus al dan niet te beschouwen zijn als institutionele eenheid, nauw samenhangt met de tweede te beoordelen stap.

In de laatste memorie hernemen zij hun kritieken. Zij betwisten voorts de beoordeling in het auditorsverslag dat het argument betreffende de sociale zekerheidsfondsen een nieuw middel betreft. Volgens de verzoekende partijen “betreft [het] hoogstens de uitbereiding van het tweede middel, eerste middelonderdeel waarin zij reeds hebben opgeworpen dat het INR niet voldoende argumenteert waarom men onder een bepaalde kwalificatie valt”. Volgens de verzoekende partijen is er “slechts sprake van een toelichting bij een bestaand middel”. Men mag de toegang tot de rechter niet dermate verzwaren dat

het onmogelijk wordt voor de verzoekende partijen om hun middelen gedurende de loop van de procedure verder uit te werken.

b) Uiteenzetting van het tweede middelonderdeel

Wat het tweede middelonderdeel betreft, stellen de verzoekende partijen in het verzoekschrift dat het INR de aangehaalde rechtsbepalingen miskent, inzonderheid de artikelen 2.39, 20.15 en 20.309 van de Bijlage A bij de verordening (EU) nr. 549/2013 omdat het voor de analyse van het criterium “zeggenschap” enkel verwijst naar artikel 20.15 van de Bijlage A, zonder evenwel enige verwijzing te maken naar de artikelen 2.39 en 20.309 van diezelfde Bijlage A, hoewel het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) in zijn arrest van 11 september 2019 in de (gevoegde) zaken C-612/17 en 613/17 (ECLI:EU:C:2019:705) heeft geoordeeld, aldus de verzoekende partijen, “dat de punten 2.39 en 20.15 van bijlage A ESR-Verordening, die van toepassing zijn op IZW’s moeten worden aangevuld onder verwijzing naar de algemeen toepasselijke bepaling die is vervat in artikel 20.309 van diezelfde bijlage. Deze bepalingen zijn m.a.w. samen te lezen en toe te passen.”. De bestreden beslissing gaat immers uit van slechts een deel van de toepasselijke rechtsregels en is bijgevolg niet gesteund op een behoorlijk onderzoek van de pertinente feiten in het licht van alle toepasselijke rechtsregels. Bovendien wordt uitgegaan van een “foutieve interpretatie” van het genoemde artikel 20.15 omdat het INR oordeelt dat de verzoekende partijen “eenheden zijn [die] niet in staat zijn om hun algemene beleid en hun programma volledig te bepalen of de reikwijdte van hun activiteiten vrij uit te breiden” en zulks op grond van verwijzing naar de gewestelijke regelgeving, die van toepassing is op alle verzoekende partijen hoewel dat artikel 20.15 nochtans stelt dat “Algemene door de overheid vastgestelde regels die van toepassing zijn op alle instellingen die dezelfde activiteit uitoefenen, niet relevant [zijn] bij de bepaling of een eenheid onder zeggenschap van de overheid staat”. Op basis van het eerdergenoemde arrest kan geen rekening worden gehouden met de regelgeving die algemeen van toepassing is op alle gewestelijke verzekeringsinstellingen om, zo stellen de verzoekende partijen, “louter op grond

daarvan ‘zeggenschap’ van de overheid aan te tonen, tenzij blijkt dat door het buitensporig karakter van de regelgeving het algemeen beleid of programma van de instellingen wordt gedicteerd (zie artikel 20.309, h) Bijlage A ESR-Verordening)”. Het INR haalt deze bepaling niet aan noch toont zij op basis van laatstgenoemde artikel 20.309, h), van de Bijlage A aan dat er sprake is van zulk buitensporig karakter. Integendeel zo stellen zij. Het INR erkent immers dat de verzoekende partijen beschikken over autonomie in hun organisatie “waardoor het moeilijk kan argumenteren dat er sprake is van een ‘buitensporig’ karakter van de gewestelijke regelgeving op o.a. de operationele autonomie”. Voorts kan het INR volgens de verzoekende partijen bezwaarlijk argumenteren dat de gewestelijke overheden op een duurzame en permanente wijze een daadwerkelijke en aanzienlijke invloed uitoefenen op de vaststelling en verwezenlijking van de doelstellingen, activiteiten en operationele aspecten van de verzoekende partijen of dat zij de strategische richtsnoeren en beleidslijnen van die partijen bij de uitoefening van hun hoofdactiviteit hanteren, zouden bepalen wat zij verder illustreren. Tot slot, zetten de verzoekende partijen nog een aantal indicatoren “in de verf” die het INR naar aanleiding van het Eurostat-advies hanteert doch nalaat daaraan eenzelfde gewicht toe te kennen in zijn advies van 5 maart 2021 hoewel deze karakteristieken nog steeds relevant zijn voor de classificatie van de verzoekende partijen onder ESR2010. Kortom, de verzoekende partijen menen in essentie dat het INR nalaat een algemene beoordeling te maken van de te classificeren eenheid, rekening houdende met alle beschikbare argumenten zowel deze die pleiten voor een kwalificatie als overheid (S.1312) als deze die daartegen pleiten, wat zij concretiseren aan de hand van voorbeelden. Volgens hen moeten de verzoekende partijen die niet onder zeggenschap van de overheid staan worden gekwalificeerd onder de sector S.11 “Niet-financiële vennootschap” (S.11) of minstens onder de sector “IZW’s t.b.v. huishoudens” (S.15).

In de memorie van wederantwoord volharden de verzoekende partijen, waarbij zij hun eerdere kritieken hernemen en nog nader beargumenteren. Verder benadrukken zij dat het INR in 2019 nog de mening was toegedaan dat net op grond van artikel 20.309, h) van de Bijlage A van de verordening nr. 549/2013

de verzoekende partijen niet onder zeggenschap van de overheid stonden doch niet uitlegt waarom het daarvan is afgestapt zodat daarvoor niet alleen geen objectieve en redelijke verantwoording voorligt doch het INR ook zonder duidelijk motief afwijkt van een “constante gedragslijn” waarop de verzoekende partijen rechtmatig konden vertrouwen.

In de laatste memorie repliceren ze nog dat de ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid van het INR “geen vrijbrief mag zijn voor onzorgvuldige, willekeurige of onredelijke beslissingen”. Het ontslaat de wettigheidsrechter niet van zijn taak om de toepassing van de aangehaalde rechtsbepalingen en normen te toetsen, evenals de rechtspraak van het Hof van Justitie. In het auditorsverslag wordt er “nogal gemakkelijk aan voorbij[gegaan] dat het niet betrekken van artikel 20.309 Bijlage A ESR-Verordening in de Bestreden Beslissing geen gebrek aan zorgvuldigheid zou uitmaken”. Voorts herhalen de verzoekende partijen dat, op basis van het eerdergenoemde arrest van het Hof van Justitie, geen rekening kan worden gehouden met de regelgeving die algemeen van toepassing is op alle gewestelijke verzekeringsinstellingen om louter op grond daarvan “zeggenschap” van de overheid aan te tonen, tenzij blijkt dat door het buitensporig karakter van de regelgeving het algemeen beleid of programma van de instellingen, wordt gedicteerd (*cfr.* artikel 20.309, h) Bijlage A). Zij betwisten dan ook het standpunt in het auditorsverslag dat in het advies van het INR duidelijk de invulling blijkt die is gegeven aan de indicatoren en dat men in die motivering het buitensporige karakter van de regelgevende betrokkenheid kan achterhalen, wat de verzoekende partijen beschouwen als een *a posteriori* motivering die niet is toegelaten. Zij handhaven tot slot hun kritiek dat het INR onvoldoende motiveert waarom teruggekomen wordt op het standpunt ingenomen in 2017 toen het INR nog oordeelde dat geen herkwalificatie nodig was.

c) Uiteenzetting van het derde middelonderdeel

Wat het derde middelonderdeel betreft, lichten de verzoekende partijen in het verzoekschrift toe, wat zij in de memorie van wederantwoord hernemen, dat zij eveneens het standpunt van het INR betwisten als zouden de verzoekende partijen te beschouwen zijn als “niet-marktproducenten”. Zij betwisten dat de gewestoverheid de (enige) klant is van de verzoekende partijen aangezien deze overheid instaat voor de betalingen. Volgens de verzoekende partijen is het immers “aan de betrokken leden van de bevolking om te beslissen bij welke verzoekende partijen ze zich aansluiten” zodat het deze betrokken leden zijn die de “klanten” van de verzoekende partijen zijn. Volgens hen overtuigt het argument van de verwerende partij niet aangezien de vergoedingen mede bepaald worden door het aantal leden (lees: klanten) dat zich aansluit wat inhoudt dat er wel degelijk concurrentie is tussen de verzoekende partijen, evenzo is er concurrentie, wat Vlaanderen betreft, met de vzw Vlaamse Zorgkas die is opgericht door de Vlaamse overheid. Dat de verzoekende partijen gelijkaardige opdrachten vervullen doet daaraan volgens hen niets af. Dat is immers logisch voor ondernemingen die met elkaar in concurrentie treden. Volgens de verzoekende partijen strijdt het standpunt van het INR ook met “het recht van aangeslotenen om vrij te kiezen voor een welbepaalde Verzoekende partij *cq.* mutualiteit binnen hun Gewest”. Zij adstrueren hun standpunt dat de verzoekende partijen moeten worden beschouwd als “marktproducenten” nog aan de hand van een aantal andere elementen zoals het gegeven dat de beheersvergoeding aan de verzoekende partijen mede wordt toegekend op basis van het principe van financiële responsabilisering hetgeen een stimulans is om hun dienstverlening te optimaliseren wat opnieuw leidt tot het “creëren van marktomstandigheden” en dat meer dan 50% van hun werkingskosten worden gedekt door uit inkomsten geleverde diensten.

In de memorie van wederantwoord voeren zij nog aan dat naar aanleiding van de zesde staatshervorming het aantal partijen net is toegenomen en derhalve ook de concurrentie.

In de laatste memorie herhalen de verzoekende partijen dat zij marktproducenten zijn die, omwille van de in de eerdere procedurestukken aangehaalde redenen, met elkaar concurreren in marktomstandigheden.

Beoordeling

10. In het auditorsverslag wordt het tweede middel, in alle middelonderdelen, in zoverre ontvankelijk, ongegrond bevonden omwille van de volgende overwegingen:

a) Betreffende het eerste middelonderdeel

11. In het auditorsverslag wordt geoordeeld dat het eerste middelonderdeel van het tweede middel moet worden verworpen om de volgende redenen:

“1. In het eerste middelonderdeel voeren de verzoekende partijen de gebrekkige motivering van het eerste criterium aan, zijnde hun kwalificatie als institutionele eenheid onder ESR2010. Hun kritiek is er voornamelijk op gericht dat de verwerende partij nauwelijks heeft onderzocht of de verzoekende partijen wel degelijk afzonderlijke institutionele eenheden uitmaken, wat dan ook strijdig is met het zorgvuldigheidsbeginsel.^[...]

2. ESR2010 bevat de volgende bepalingen omtrent het begrip ‘institutionele eenheid’:

1.57 Institutionele eenheden zijn economische entiteiten die zelfstandig goederen en activa kunnen bezitten, verplichtingen kunnen aangaan en economische activiteiten en transacties met andere eenheden kunnen verrichten. Voor het ESR-systeem zijn de institutionele eenheden ingedeeld in vijf elkaar uitsluitende binnenlandse institutionele sectoren:

- a. niet-financiële vennootschappen;
- b. financiële instellingen;
- c. overheid;
- d. huishoudens;
- e. [izw's] ten behoeve van huishoudens.

2.01 [...]

In de economie zijn de met elkaar in wisselwerking staande eenheden economische entiteiten die in staat zijn activa te bezitten, verplichtingen in de vorm van financiële passiva aan te gaan, economische activiteiten uit te oefenen en transacties met andere entiteiten te verrichten. Zij worden institutionele eenheden genoemd.

2.12 Definitie: een institutionele eenheid is een economische entiteit die wordt gekenmerkt door zelfstandige beslissingsbevoegdheid bij de uitoefening van haar hoofdfunctie. Een ingezeten eenheid wordt beschouwd als een institutionele eenheid in het economische gebied waar zij haar belangrijkste economische belangencentrum heeft wanneer zij zelfstandige beslissingsbevoegdheid bezit en een volledige boekhouding voert dan wel in staat is een volledige boekhouding op te stellen.

Een eenheid heeft zelfstandige beslissingsbevoegdheid bij de uitoefening van haar hoofdfunctie indien zij:

- a) het recht heeft zelf goederen en andere activa te bezitten; zij kan door middel van transacties met andere institutionele eenheden goederen en andere activa van eigenaar laten veranderen;
- b) economische beslissingen kan nemen en economische activiteiten kan uitoefenen waarvoor zij verantwoordelijk en wettelijk aansprakelijk is;
- c) op eigen naam verplichtingen in de vorm van financiële passiva, andere verplichtingen of verdere verbintenissen kan aangaan en contracten kan afsluiten;
- d) een volledige boekhouding bestaande uit boekhoudkundige documenten al haar transacties tijdens de verslagperiode, alsook een balans van activa en passiva kan opstellen.

2. Het advies van 5 maart 2021 van het INR bevat de volgende beoordeling:

2.1 Zijn de gewestelijke verzekeringsinstellingen institutionele eenheden?

Om de institutionele sector van een eenheid te identificeren beveelt het ESR 2010 aan om eerst te verifiëren of het een institutionele eenheid is (zie diagram 20.1, § 20.17 van het ESR 2010).

Een institutionele eenheid is, in de zin van het ESR 2010, paragraaf 2.12, een economische entiteit die wordt gekenmerkt door zelfstandige beslissingsbevoegdheid bij de uitoefening van haar hoofdfunctie. Een eenheid heeft zelfstandige beslissingsbevoegdheid indien zij het recht heeft zelf activa te bezitten, economische beslissingen te nemen en economische activiteiten uit te oefenen waarvoor zij verantwoordelijk en wettelijk aansprakelijk is, op eigen naam verplichtingen in de vorm van financiële passiva, andere verplichtingen of verdere verbintenissen aan te gaan en contracten af te sluiten en een volledige boekhouding op te stellen.

De gewestelijke verzekeringsinstellingen dienen hun jaarrekeningen in bij de Balanscentrale van de Nationale Bank van België, hebben rechtspersoonlijkheid, kunnen schulden aangaan en bezitten activa.

Deze eenheden hebben dus een zelfstandige beslissingsbevoegdheid waardoor ze worden beschouwd als afzonderlijke institutionele eenheden.

3. In het middelonderdeel lichten de verzoekende partijen nergens toe waarom de gegeven motivering gebrekkig zou zijn. Zij stellen nergens dat de aangevoerde argumenten, met name het opstellen en indienen van jaarrekeningen, het hebben [van] rechtspersoonlijkheid, het aangaan van schulden en het bezitten van activa niet kunnen volstaan om te oordelen dat er in het geval van gewestelijke verzekeringsinstellingen sprake is afzonderlijke institutionele eenheden.

De verzoekende partijen verwijzen naar hun opmerking in de brief van 14 januari 2021 bij het ontwerpadvies van 23 november 2021 [lees: het ontwerpadvies van 2 november 2020 dat door het INR aan de verzoekende partijen is overgemaakt op 23 november 2020] om ‘iedere voorwaarde diligent te onderzoeken en haar bevindingen van deze analyse grondig te motiveren’. [...] De vaststelling dat de verwerende partij op dit punt haar beslissing niet bijkomend heeft gemotiveerd, volstaat niet om een gebrekkige motivering en lichtzinnige voorbereiding van het bestreden besluit aan te tonen. Dit geldt des te sterker nu het om een generieke opmerking van de verzoekende partijen gaat, waarbij zij niet aangeven op welke punten precies de verwerende [partij] bijkomend onderzoek moet verrichten.

4. Daarenboven kan worden getwijfeld aan het belang van de verzoekende partijen bij deze wettigheidskritiek. Bij het derde middelonderdeel stellen zij immers dat het niet ter discussie staat dat zij institutionele eenheden uitmaken. Zij hebben dan ook geen belangenschade geleden bij een vermeend motiveringsgebrek.” [...]

12. De verzoekende partijen hebben na kennisneming van het verslag van het auditoraat, niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij verzuimen immers om nog op de bespreking in het auditoraatsverslag van dit middelonderdeel zoals zij dat in het verzoekschrift hebben uiteengezet (zie nog *infra* onder punt 13), inhoudelijk te reageren en beperken zich er toe ter zake te herhalen wat zij in hun eerdere procedurestukken hebben uiteengezet.

13. Voorts, in de mate de verzoekende partijen in de laatste memorie betwisten dat wat zij in de memorie van wederantwoord (onder het kopje “2.2.1 Wat betreft het tweede middel, eerste onderdeel [...]”) nog hebben aangevoerd, met name dat geenszins duidelijk is waarom de verzoekende partijen “in de logica van het INR” geen “socialezekerheidsfondsen” (S.1314) zouden uitmaken, geen nieuw middel betreft, worden zij niet gevolgd.

Zoals zij *in fine* van het auditoraatsverslag (onder het kopje “Aanvullend middelonderdeel (memorie van wederantwoord)”) hebben kunnen lezen, kan met die kritiek die voor het eerst in de memorie van wederantwoord werd uitgewerkt, geen rekening worden gehouden wegens laattijdigheid.

Vooreerst wordt, zoals vastgesteld in het auditoraatsverslag, niet ingezien dat deze in de memorie van wederantwoord geformuleerde kritiek niet reeds in het inleidend verzoekschrift kon worden aangevoerd. De verzoekende partijen kunnen geenszins worden bijgevalen in de mate zij in hun laatste memorie nog beweren dat het argument betreffende de socialezekerheidsfondsen geen nieuw middel betreft doch dat “[h]et hoogstens de uitbreiding van het tweede middel, eerste middelonderdeel [betreft] waarin reeds werd opgeworpen dat het INR niet voldoende argumenteert waarom men onder een bepaalde kwalificatie valt” zodat er “slechts sprake [is] van een toelichting bij een bestaand middel”.

De verzoekende partijen geven aldus een eigen invulling aan “toelichting bij een bestaand middel”.

Onder “middel” in de zin van artikel 2, §1, 3°, van het besluit van de regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State’ zoals dat van toepassing is op het voorliggende verzoekschrift moet worden verstaan: de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel én van de wijze waarop die regel (of regels) door de bestreden rechtshandeling wordt (worden) geschonden, hetgeen vereist dat in het verzoekschrift zowel de verwerende partij als de Raad van State nauwkeurig worden voorgelicht omtrent de strekking en draagwijdte van het geschil. Wanneer een verzoekende partij daarin faalt, kan zulks niet worden “rechtgezet” in de latere procedurestukken door het middel aan te vullen of er bijkomend nog een andere grondslag aan te verlenen. Zoals het eerste middelonderdeel in het inleidend verzoekschrift werd geformuleerd, kan er geenszins uit worden afgeleid dat de verwerende partij wordt verweten niet in overweging te nemen of te verklaren waarom de verzoekende partijen geen socialezekerheidsfondsen onder sector S.1314 zijn. Dit geldt des te meer daar de verzoekende partijen reeds de mogelijkheid hadden hun opmerkingen op het ontwerpadvies van het INR te formuleren, wat zij hebben gedaan bij brief van 14 januari 2021 doch zonder daarin nog maar de gedachte te opperen dat zij socialezekerheidsfondsen zouden zijn, daargelaten nog hoe dat dan wel zou zijn te rijmen met het door hen aangehouden standpunt dat ze niet onder de sector overheid ressorteren en dat ze marktproducent zijn.

Door aldus laattijdig dergelijke aanvulling op het tweede middel te formuleren terwijl er geen enkele reden is noch aangevoerd wordt, laat staan op aannemelijke wijze, waarom die kritiek niet eerder kon worden geformuleerd, miskennen de verzoekende partijen wel degelijk de vereisten inzake een loyale procesvoering. Van een “verzwaring” van de toegang tot de rechter is in die omstandigheden bovendien geen sprake.

14. De Raad van State ziet dan ook geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het eerste middelonderdeel van het tweede middel zoals het in het verzoekschrift is aangevoerd, ongegrond.

Het in de memorie van wederantwoord geformuleerde aanvullend middel(onderdeel) is onontvankelijk wegens laattijdigheid.

b) Betreffende het tweede middelonderdeel

15. In het auditoraatsverslag wordt geoordeeld dat het tweede middelonderdeel van het tweede middel moet worden verworpen om de volgende redenen:

- “5. In dit middelonderdeel bestrijden de verzoekende partijen de beoordeling dat de GVI’s onder de zeggenschap van de gewestelijke overheden staan.
6. Volgende bepalingen van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 zijn voor de beoordeling van dit middelonderdeel relevant:
- Punt 1.35, tweede lid: ‘De publieke sector bestaat uit alle in de economie ingezeten institutionele eenheden waarover de overheid zeggenschap heeft. De particuliere sector bestaat uit de overige ingezeten eenheden.’
 - Punt 1.36: ‘Zeggenschap wordt gedefinieerd als de bevoegdheid om het algemene beleid of programma van een institutionele eenheid te bepalen. Verdere bijzonderheden in verband met de definitie van zeggenschap worden gegeven in punten 2.35 tot en met 2.39.’
 - Punt 2.38: ‘De overheid heeft zeggenschap over een onderneming op grond van een speciale wet, besluit of verordening waarbij de overheid wordt gemachtigd het ondernemingsbeleid te bepalen. De volgende indicatoren zijn de voornaamste factoren waarmee rekening moet worden gehouden om te bepalen of de overheid zeggenschap over een onderneming heeft: a) meer dan de helft van de stemgerechtigde aandelen is in het bezit van de overheid; b) de overheid heeft zeggenschap in de raad van bestuur of een ander bestuursorgaan; c) de overheid heeft zeggenschap bij de benoeming en het ontslag van belangrijke personeelsleden; d) de overheid heeft zeggenschap in belangrijke comités van de entiteit; e) de overheid heeft een gouden aandeel; f) er is speciale regelgeving; g) de overheid is hoofdafnemer; h) de overheid heeft leningen verstrekt. Een enkele indicator kan voldoende zijn om te besluiten dat er sprake is van zeggenschap, maar in andere gevallen kunnen meerdere indicatoren tezamen wijzen op zeggenschap.’
 - Punt 2.39: ‘Voor instellingen zonder winstoogmerk met eigen rechtspersoonlijkheid moeten de volgende vijf indicatoren voor zeggenschap in aanmerking worden genomen: a) de benoeming van functionarissen; b) de bepalingen van bevoegdheid verlenende instrumenten; c) contractuele

overeenkomsten; d) de mate van financiering; e) de risicogrootte voor de overheid.

Zoals bij ondernemingen kan één enkele indicator in sommige gevallen voldoende zijn om te besluiten dat er sprake is van zeggenschap; in andere gevallen kunnen meerdere indicatoren tezamen wijzen op zeggenschap.’

- Punt 2.111: ‘de sector overheid (S.13) bestaat uit institutionele eenheden die niet-marktproducenten zijn waarvan de output voor individueel of collectief verbruik is bestemd, en die worden gefinancierd uit verplichte betalingen door eenheden die tot andere sectoren behoren, en institutionele eenheden die zich in hoofdzaak bezighouden met de herverdeling van het nationale inkomen en vermogen.’

- Punt 2.113: ‘De sector overheid is onderverdeeld in vier subsectoren: a) centrale overheid (m.u.v. socialezekerheidsfondsen) (S.1311); b) deelstaatoverheid (m.u.v. socialezekerheidsfondsen) (S.1312); c) lagere overheid (m.u.v. sociale-zekerheidsfondsen) (S.1313); d) socialezekerheidsfondsen (S.1314).’

- Punt 20.13: ‘Instellingen zonder winstoogmerk (izw’s) die geen marktproducent zijn en onder zeggenschap van een overheidsinstelling staan, worden tot de sector overheid gerekend.’

- Punt 20.14: ‘Overheden kunnen ervoor kiezen onderdelen van hun beleid niet door overheidsinstanties maar door izw’s te laten uitvoeren, omdat izw’s worden gezien als objectiever en minder onderhevig aan politieke druk. Zo zijn onderzoek en ontwikkeling en het vaststellen en handhaven van normen op terreinen als volksgezondheid, veiligheid, milieu en onderwijs activiteiten waarbij izw’s wellicht effectiever zijn dan overheidsinstanties.’

- Punt 20.15: ‘Zeggenschap over een izw wordt gedefinieerd als de bevoegdheid om het algemene beleid of programma van die izw vast te stellen. Algemene door de overheid vastgestelde regels die van toepassing zijn op alle instellingen die dezelfde activiteit uitoefenen, zijn niet relevant bij de bepaling of een eenheid onder zeggenschap van de overheid staat. Of de overheid zeggenschap over een izw heeft, wordt bepaald aan de hand van de volgende vijf indicatoren: a) de benoeming van functionarissen; b) andere bepalingen in het bevoegdheid verlenende instrument, zoals de verplichtingen in het statuut van de izw; c) contractuele overeenkomsten; d) de mate van financiering; e) de mate van blootstelling aan risico’s.

Een enkele indicator kan voldoende zijn om zeggenschap vast te stellen. Indien een izw die hoofdzakelijk door de overheid wordt gefinancierd, echter in staat blijft haar beleid of programma tot op aanzienlijke hoogte zelf te bepalen terwijl aan de criteria van de andere indicatoren wordt voldaan, wordt zij niet als onder zeggenschap van de overheid beschouwd. In de meeste gevallen wijst een combinatie van indicatoren op zeggenschap door de overheid. Een besluit op basis van deze indicatoren houdt een beoordeling in.’

- Punt 20.18 (Zeggenschap van de overheid): ‘Zeggenschap over een entiteit is de bevoegdheid om het algemene beleid of programma van die entiteit vast te stellen. Om te bepalen of er sprake is van zeggenschap van de overheid, worden dezelfde criteria gebruikt als om te bepalen of een vennootschap een overheidsonderneming is, die zijn uiteengezet in punt 2.32.’

- Punt 20.309 (Zeggenschap in de publieke sector): ‘Onder zeggenschap over een tot de publieke sector behorende ingezeten eenheid wordt verstaan het vermogen om het algemene beleid van die eenheid te bepalen. Dat kan zijn door middel van de directe rechten van een enkele eenheid of de collectieve rechten van vele eenheden. De volgende indicatoren van zeggenschap moeten in aanmerking worden genomen: a) het recht om de meerderheid van functionarissen, directieleden enz. te benoemen of te ontslaan, of om hun benoeming tegen te

houden: het recht om een meerderheid van het bestuur van een entiteit te benoemen of te ontslaan, of om de benoeming ervan goed te keuren of tegen te houden, volstaat om zeggenschap aan te tonen. Dit recht kan direct in handen liggen van één enkele eenheid in de publieke sector, of indirect in handen van een aantal van die eenheden. Indien de eerste reeks benoemingen plaatsvindt onder zeggenschap van de publieke sector maar latere vervangingen niet, blijft de eenheid tot de publieke sector behoren totdat de meerderheid van de directieleden niet meer benoemd is onder zeggenschap van de publieke sector; b) het recht om belangrijk personeel te benoemen of te ontslaan, of om de benoeming ervan tegen te houden: als de zeggenschap over het algemene beleid *de facto* wordt bepaald door invloedrijke bestuursleden, zoals de algemeen directeur, de bestuursvoorzitter en de financieel directeur, heeft de bevoegdheid om deze mensen te benoemen of te ontslaan, of om hun benoeming tegen te houden, meer gewicht; c) het recht om een meerderheid van de leden van belangrijke commissies van de entiteit te benoemen of te ontslaan, of om hun benoeming tegen te houden: als belangrijke aspecten van het algemene beleid, zoals de bezoldiging van hogere functionarissen en de bedrijfsstrategie, worden gedelegeerd aan subcommissies, dan is het recht om de in deze subcommissies zitting hebbende directieleden te benoemen of te ontslaan, of om hun benoeming tegen te houden, een bepalende factor; d) eigendom van de meerderheid van de stemrechten: dit duidt doorgaans op zeggenschap wanneer beslissingen op basis van één stem per aandeel worden genomen. De aandelen kunnen direct worden gehouden of indirect, waarbij de aandelen in het bezit zijn van alle eenheden van de publieke sector samen. Als beslissingen niet op basis van één stem per aandeel worden genomen, moet de situatie nader worden onderzocht om te bepalen of de publieke sector een meerderheid van stemmen heeft; e) rechten op grond van speciale aandelen en opties: ‘gouden aandelen’ waren ooit zeer gangbaar bij geprivatiseerde vennootschappen en komen daarnaast ook voor bij sommige entiteiten voor specifieke doeleinden. In sommige gevallen geven zij eenheden in de publieke sector bepaalde overblijvende rechten om belangen te beschermen; deze rechten kunnen permanent of tijdelijk zijn. Het bestaan van dit soort aandelen is op zich geen indicator van zeggenschap, maar moet wel zorgvuldig worden onderzocht, met name om na te gaan in welke omstandigheden de desbetreffende bevoegdheden kunnen worden gebruikt. Als de bevoegdheden het lopende beleid van de entiteit beïnvloeden, zijn zij van belang voor de classificatie van die entiteit. In andere gevallen gaat het om reservebevoegdheden die het recht kunnen verlenen om het algemene beleid in noodsituaties enz. te bepalen; deze bevoegdheden worden niet relevant geacht als zij niet het lopende beleid beïnvloeden, maar mochten zij worden gebruikt, leidt dat doorgaans wel onmiddellijk tot een herclassificatie. Wanneer entiteiten in de publieke sector een optie op aandelen hebben, levert dat in bepaalde omstandigheden een vergelijkbare situatie op; als dat het geval is, moet worden beoordeeld of de bevoegdheden om de optie uit te oefenen van invloed is op het algemene beleid van de entiteit; f) recht op zeggenschap via contracten: als de gehele verkoop van een entiteit naar één enkele eenheid of naar een groep eenheden in de publieke sector gaat, is er ruimte voor een dominante invloed die als zeggenschap kan worden aangemerkt. Als er andere afnemers zijn of kunnen zijn, impliceert dat doorgaans dat de entiteit niet onder zeggenschap van eenheden in de publieke sector staat. Als de entiteit als gevolg van de invloed van de publieke sector geen handel met afnemers in de particuliere sector kan drijven, is dit een indicatie van zeggenschap; g) recht op zeggenschap op grond van leningovereenkomsten of toestemming om te lenen: geldgevers leggen vaak controlemaatregelen op als voorwaarden voor het verstrekken van een lening. Als de publieke sector bij het

verstrekken van een lening, of ter beperking van zijn risico bij een garantie, controlemaatregelen oplegt die strenger zijn dan de voorwaarden die een bank aan een vennootschap in de particuliere sector zou opleggen, is dit een indicatie van zeggenschap. Als een entiteit om toestemming van de publieke sector moet vragen om een lening te kunnen opnemen, is dit eveneens een indicatie van zeggenschap; h) zeggenschap door buitensporige regelgeving: als regelgeving zo strikt is dat deze feitelijk het algemene beleid van de onderneming dicteert, is dat een vorm van zeggenschap. In sommige gevallen kan er sprake zijn van een vergaande regelgevende betrokkenheid door de overheid, met name bij monopolies en geprivatiseerde nutsbedrijven wanneer er een aspect van openbare dienstverlening is. Die betrokkenheid kan belangrijke gebieden betreffen, zoals de prijsstelling, zonder dat de entiteit de zeggenschap over het algemene beleid uit handen geeft. Wanneer een entiteit er zelf voor kiest om in een sterk gereguleerde omgeving actief te worden of te zijn, duidt dat erop dat zij niet onder zeggenschap van de overheid staat; i) overige: zeggenschap kan ook worden verworven door wettelijke bevoegdheden of rechten die in het statuut van de entiteit zijn opgenomen, bijvoorbeeld om activiteiten, doelstellingen en operationele aspecten te beperken, begrotingen goed te keuren of om te voorkomen dat de entiteit haar statuut wijzigt, zichzelf ontbindt, dividenden goedkeurt dan wel haar relatie met de publieke sector beëindigt. Een entiteit die volledig of nagenoeg volledig door de publieke sector wordt gefinancierd, wordt geacht onder zeggenschap van de overheid te staan indien de controlemaatregelen voor die financieringsstroom zo restrictief zijn dat zij het algemene beleid op dat vlak dicteren.’

• Punt 20.310: ‘Elk classificatievraagstuk moet op zijn eigen waarde worden beoordeeld en niet alle voornoemde indicatoren hoeven voor elk individueel geval van belang te zijn. Bepaalde indicatoren, zoals in punt 20.309, onder a), c) en d), zijn op zich al voldoende om zeggenschap te constateren. Voor de overige geldt dat een aantal afzonderlijke indicatoren gezamenlijk kunnen wijzen op zeggenschap.’

7. Uit punt 20.15 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 blijkt dat geen enkele van de indicatoren voldoende is om te achterhalen of de overheid zeggenschap heeft over een izw. Hiervoor is een combinatie van indicatoren vereist. Belangrijk is dat de izw haar beleid of programma tot op aanzienlijke hoogte zelf kan bepalen. Indien de overheid feitelijk het algemene beleid of programma van de izw vastlegt, dan is er van zeggenschap door de overheid sprake.^[...]

De beoordeling aan de hand van de individuele indicatoren en de uiteindelijke beoordeling of er sprake is van zeggenschap door de overheid, veronderstelt op noodzakelijke wijze een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. De overheid kan dus kiezen tussen verschillende juridisch valabele beoordelingen.

Het komt aan de Raad van State binnen het raam van zijn wettigheidsstoezicht, niet toe om zelf een beoordeling te maken van, te dezen, de kwalificatie van zeggenschap door de overheid. De Raad van State is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of het INR is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of hij die correct heeft beoordeeld en of hij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is gekomen.^[...]

8. De verzoekende partijen zien het als een gebrek aan zorgvuldigheid dat er in het advies van INR niet wordt verwezen naar punten 2.39 en 20.309 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013.

De bepalingen in punt 2.39 zijn opgenomen in punt 20.15,^[...] waardoor er niet bijkomend naar punt 2.39 moet worden verwezen.

Wat punt 20.309 betreft, kan worden opgemerkt dat hiermee niet enkel izw's worden geïnvloed, maar alle institutionele eenheden,^[...] zoals ondernemingen.^[...]

Het is bijgevolg niet onzorgvuldig als het advies enkel naar punt 20.15 van

Bijlage A bij verordening nr. 549/2013 verwijst. De omstandigheid dat voor een goed begrip van punt 20.15 er dient te worden gekeken naar punt 2.39 en zij gezamenlijk en op geharmoniseerde wijze moeten worden toegepast,^[...] doet niet tot het tegendeel besluiten.

9. In het advies van 5 maart 2021 toetst het INR de GVI's aan de indicatoren voor zeggenschap. Kort samengevat komt het INR tot de volgende beoordeling:

- Indicator A (de benoeming van functionarissen): Er is geen overheidsinterventie bij de benoeming van de verantwoordelijken.

- Indicator B (andere bepalingen in het bevoegdheid verlenende instrument, zoals de verplichtingen in het statuut van de izw): 'Zoals hierboven vermeld bepaalt de gewestelijke regelgeving de juridische vorm die de gewestelijke verzekeringsinstellingen moeten aannemen, namelijk een privaatrechtelijke izw. Ze bepaalt ook de inhoud van de activiteiten die zijn vastgelegd in hun statuten, en die moeten worden goedgekeurd door de regering, en de aanwending van de toegekende subsidies, die uitsluitend mogen worden ingezet voor de doeleinden waarvoor ze werden toegekend. De verzekeringsinstellingen kunnen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest hun activiteiten verder uitbreiden dan de opdrachten die zijn bepaald in de gewestelijke reglementering, maar alleen als die activiteiten in overeenstemming zijn met de opdrachten die door het Gewest zijn bepaald en nadat het Gewest hiervoor de goedkeuring heeft gegeven. Deze eenheden zijn dus niet in staat om hun algemene beleid en hun programma volledig te bepalen of de reikwijdte van hun activiteiten vrij uit te breiden. [...] De gewestelijke instellingen genieten overigens een zekere autonomie in hun organisatie (investeringen in de informatica-infrastructuur, werkings- en personeelskosten), ermee rekening houdend dat de subsidies van de overheid om de investeringen te financieren en de beheerskosten te dekken alleen voor deze doeleinden mogen worden gebruikt, dat de verzekeringsinstellingen de financiële middelen die ze van de gewestelijke overheden krijgen strikt moeten rechtvaardigen en dat ze volledig transparant moeten zijn over hun personeelsbestand en hoe het personeel wordt ingezet.'

- Indicator C (contractuele overeenkomsten)^[...]: Zoals onder het vorig punt staat, mogen de GVI's geen andere activiteiten uitoefenen en kunnen zij niet andere afnemers vastleggen. Anders dan wat de verzoekende partijen voorhouden, is er wel een nadere duiding gegeven over deze indicator. Ook staat in het bestreden besluit dat de overheid de enige klant is van GVI's (zie infra).

- Indicator D (de mate van financiering): De GVI's worden hoofdzakelijk gefinancierd door de overheid.

- Indicator E (de mate van blootstelling aan risico's): De GVI's zijn verantwoordelijk voor hun financieel evenwicht. Evenwel dragen de GVI's niet de risico's verbonden aan de gewestelijke sociale zekerheidsstelsels, wat het overheersende aspect van hun activiteit is.

10. De verzoekende partijen verwijzen naar punt 20.15, tweede zin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013: 'Algemene door de overheid vastgestelde regels die van toepassing zijn op alle instellingen die dezelfde activiteit uitoefenen, zijn niet relevant bij de bepaling of een eenheid onder zeggenschap van de overheid staat.' Dit houdt volgens het Hof van Justitie in dat deze bepaling 'zich uitstrekt tot elke regelgevende betrokkenheid van een tot de publieke sector behorende eenheid die regelgeving uitvaardigt of toepast die ertoe strekt om alle instellingen die de activiteit in kwestie uitoefenen, zonder onderscheid en op dezelfde wijze te onderwerpen aan algemene, ruime en abstracte voorschriften of aan algemene richtsnoeren, voor zover die regelgeving niet tot gevolg kan hebben dat, met name door het 'buitensporige' karakter ervan in de zin van punt 20.309, onder h), van

bijlage A bij verordening nr. 549/2013, het algemene beleid of programma van die instellingen feitelijk wordt gedicteerd'. [...]

Anders dan wat de verzoekende partijen aanvoeren, kan uit het gebrek aan verwijzing naar punt 20.15, tweede zin, van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 in de gegeven omstandigheden geen onwettigheid worden afgeleid. In het advies van het INR blijkt duidelijk de invulling gegeven aan de indicatoren. In deze motivering kan men het 'buitensporige karakter van de regelgevende betrokkenheid' achterhalen. [...] Zo blijkt dit duidelijk uit de motivering gegeven onder indicator B.

11. In de mate de verzoekende partijen aanvoeren dat zij een bepaalde autonomie hebben en zelf verantwoordelijk zijn voor hun financieel evenwicht, zoals trouwens wordt bevestigd in het advies van het INR, dringt de volgende opmerking zich op.

Zoals onder punt 20.15 wordt gesteld, kan één enkele indicator volstaan om te oordelen dat er van zeggenschap sprake is. Een bepaalde autonomie en verantwoordelijkheid weerlegt niet dat er van zeggenschap door de overheid sprake kan zijn. Er moet een algehele beoordeling worden gemaakt van de te classificeren eenheid. Zoals onder punt 20.310 van de Bijlage A staat, moet elk classificatievraagstuk op zijn eigen waarde worden beoordeeld.

Daarenboven gaan de verzoekende partijen er o.m. aan voorbij dat de regelgeving 'de inhoud van de activiteiten die zijn vastgelegd in hun statuten, en die moeten worden goedgekeurd door de regering, en de aanwending van de toegekende subsidies, die uitsluitend mogen worden ingezet voor de doeleinden waarvoor ze werden toegekend' bepaalt.

Overigens komt het niet aan de Raad van State als wettigheidsrechter toe om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van het bestuur.

12. Zoals uit de bespreking van het eerste middel is gesteld, geeft de verwerende partij in het advies van 5 maart 2021 aan waarom zij haar standpunt herziert. Eveneens kunnen de verzoekende partijen uit de motivering achterhalen waarom er van zeggenschap door de overheid sprake is.

13. De verzoekende partijen voeren aan dat 'het INR er niet in slaagt aan te tonen dat de Verzoekende partijen onder 'zeggenschap' van de overheid staan overeenkomstig ESR 2010', waarna ze per indicator een eigen invulling geeft. In de mate de verzoekende partijen een nieuwe beoordeling over zeggenschap door de overheid wensen te bekomen, is de Raad van State hiervoor niet bevoegd.

Hierna wordt per indicator ingegaan op de kritiek gegeven door de verzoekende partijen, in zoverre hierop nog niet is ingegaan in het verslag:

- Indicator A (de benoeming van functionarissen): Ook volgens de verwerende partij is er geen overheidsinterventie bij de benoeming van de verantwoordelijken.
- Indicator B (andere bepalingen in het bevoegdheid verlenende instrument, zoals de verplichtingen in het statuut van de izw): Anders dan wat de verzoekende partijen voorhouden, vereist deze indicator niet dat de verzoekende partijen volledig gedomineerd zijn de decretale bepalingen die op hen van toepassing zijn.
- Indicator C (contractuele overeenkomsten) [...]: Zoals hiervoor is gesteld, is er wel een nadere duiding gegeven over deze indicator.
- Indicator D (de mate van financiering): De verzoekende partijen betwisten niet dat zij hoofdzakelijk worden gefinancierd door de overheid. De aangevoerde autonomie om de toegekende middelen voor de werkingskosten te besteden, weerlegt niet dat zij hoofdzakelijk worden gefinancierd door de overheid.
- Indicator E (de mate van blootstelling aan risico's): De beoordeling dat de verzoekende partijen niet de risico's dragen van de gewestelijke socialezekerheidsstelsels niet relevant zou zijn, komt toe aan de verwerende partij. De GVI's zijn verantwoordelijk voor hun financieel evenwicht. Er kan worden

aangenomen dat het gebrek aan risico verbonden aan de gewestelijke sociale zekerheidsstelsels, het risico van hun activiteiten hoe dan ook flink terugdringt. De operationele activiteit maakt slechts een vrij beperkt deel uit van de financiële stromen die door de eenheden worden beheerd, zoals in het advies van 5 maart 2021 staat.”

16. De verzoekende partijen betwisten deze conclusie doch parafraseren wat zij in de eerdere procedurestukken hebben uiteengezet. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, hebben zij niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om inhoudelijk nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

Het volstaat daartoe niet, zoals de verzoekende partijen in hun laatste memorie doen, te stellen dat “de ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid van het INR geen vrijbrief mag zijn voor onzorgvuldige, willekeurige of onredelijke beslissingen”, dat er in het auditoraatsverslag “nogal gemakkelijk” aan wordt voorbijgegaan dat het niet betrekken van artikel 20.309 Bijlage A van de verordening 549/2013 in de bestreden beslissing geen gebrek aan zorgvuldigheid zou uitmaken of, nog, te betwisten, zoals het auditoraat stelt, dat in het advies van het INR duidelijk de invulling blijkt die is gegeven aan de indicatoren en dat in die motivering het buitensporige karakter van de regelgevende betrokkenheid kan worden achterhaald.

Er valt immers niet in te zien waarom de verwerende partij bij de toetsing van de indicatoren gevisieerd in punt 20.15 van het ESR2010 dat “meer bepaald betrekking [heeft] op de kwestie van de zeggenschap van de overheid over [IZW]’s”, nog (bijkomend) uitdrukkelijk zou moeten verwijzen naar punt 20.309 van het ESR2010. Het in punt 20.309 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 vermelde begrip “zeggenschap over een tot de publieke sector behorende ingezeten eenheid” geldt, zoals de verzoekende partijen in het auditoraatsverslag hebben kunnen lezen, voor alle institutionele eenheden, ongeacht hun rechtsvorm en verwijst derhalve niet enkel naar IZW’s doch ruimer naar alle institutionele eenheden ongeacht hun rechtsvorm. Het is niet onzorgvuldig enkel naar punt 20.15 te verwijzen: het Hof van Justitie heeft in zijn eerdergenoemde arrest van

11 september 2019 (ECLI:EU:C:2019:705) verduidelijkt dat in de punten 20.15 (dat meer bepaald de IZW's betreft) en 2.39 van die bijlage “dezelfde kwestie wordt behandeld en dat met deze punten dezelfde doelstelling wordt nagestreefd, meer bepaald te preciseren welke indicatoren voor zeggenschap van toepassing zijn op [IZW]'s, zodat die punten ondanks de redactionele verschillen in onderlinge samenhang moeten worden uitgelegd en als een en dezelfde bepaling moeten worden beschouwd” en, nog, dat het begrip zeggenschap in punt 20.309 van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 “wordt gedefinieerd met het oog op de afbakening van de publieke sector in het algemeen en dat datzelfde begrip in de één enkele bepaling vormende punten 2.39 en 20.15 wordt gedefinieerd om een onderscheid te maken tussen [IZW]'s die wel en [IZW]'s die niet tot de publieke sector behoren, zodat beide definities dezelfde doelstelling nastreven en ten aanzien van [IZW]'s kunnen worden toegepast op dezelfde entiteiten” (zie de punten 36, 37 en 38 van het genoemde arrest), zodat die twee bepalingen op geharmoniseerde wijze moeten worden toegepast om te bepalen of een eenheid onder de publieke dan wel de particuliere sector valt.

17. Voorts moet uit de omstandige uiteenzetting door de verwerende partij omtrent het vervuld zijn van de indicatoren vermeld onder de punten b), c), d) en e) van paragraaf 20.15 van het ESR2010 wel degelijk worden afgeleid dat geoordeeld is dat de verzoekende partijen *niet* in staat zijn hun beleid of programma zelf te bepalen of, anders geformuleerd, dat “de toepasselijke regelgeving zo strikt is dat deze feitelijk het algemene beleid van de verzoekende partij dicteert”, minstens tot op (zeer) aanzienlijke hoogte. De Raad van State ziet niet hoe de beoordeling van het INR in het advies van 5 maart 2021, zoals in het auditorsverslag is uiteengezet, anders zou kunnen worden gelezen. Het betreft geen *a posteriori* motivering. Het genuanceerde standpunt van de verwerende partij in het advies van 5 maart 2021 omtrent de verantwoordelijkheid bij het financieel evenwicht en de operationele risico's doet niet anders besluiten. Dat de verzoekende partijen een zekere autonomie in hun organisatie genieten, wat overigens door de verwerende partij wordt erkend, sluit de zeggenschap van de gewesten in de zin van ESR2010 uiteraard niet uit. Daar anders over oordelen zou

immers tot gevolg hebben dat een private verzekeringsinstelling, die, zoals te dezen, een instelling zonder winstoogmerk en een institutionele eenheid is, nooit onder zeggenschap van de overheid zou kunnen staan ten gevolge waarvan deze IZW, naar ESR-normen, binnen de overheidssector moet worden ingedeeld.

18. In die omstandigheden en na eigen onderzoek ziet de Raad van State geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het tweede middelonderdeel van het tweede middel ongegrond.

c) Betreffende het derde middelonderdeel

19. In het auditoraatsverslag wordt geoordeeld dat het derde middelonderdeel van het tweede middel moet worden verworpen om de volgende redenen:

“15. In dit middelonderdeel bestrijden de verzoekende partijen de kwalificatie van GVI's als niet-marktproducenten.

16. Volgende bepalingen van bijlage A bij verordening nr. 549/2013 zijn voor de beoordeling van dit middelonderdeel relevant:

- De tabel 2.2. onder punt 2.43 bepaalt de hoofdactiviteit of -functie van de niet-marktproducent in handen van de overheid als volgt: ‘Productie en levering van niet-marktoutput voor collectieve en individuele consumptie, en uitvoering van transacties, bedoeld om het nationaal inkomen en vermogen te herverdelen.’
- Punt 20.19: ‘Niet-marktproducenten leveren hun volledige output of het grootste deel daarvan gratis of tegen economisch niet-significante prijzen. Een economisch significante prijs is een prijs die een aanzienlijke invloed heeft op de hoeveelheid producten die producenten bereid zijn te leveren en op de hoeveelheid producten die consumenten wensen te kopen. Dit criterium wordt gebruikt om output als marktoutput dan wel niet-marktoutput en producenten als marktproducenten dan wel niet-marktproducenten te classificeren, en bepaalt dus of een institutionele eenheid waarover de overheid zeggenschap heeft, wordt beschouwd als niet-marktproducent, die daarom bij de sector overheid wordt ingedeeld, dan wel als marktproducent, die daarom als overheidsonderneming wordt geclassificeerd.’
- Punt 20.21: ‘Wanneer het bij een producent om een particuliere vennootschap gaat, kan worden aangenomen dat de prijzen economisch significant zijn. Wanneer daarentegen de overheid zeggenschap over een eenheid heeft, worden de prijzen van een eenheid vaak vastgesteld of aangepast ten behoeve van overheidsbeleid, waardoor het moeilijk kan zijn te bepalen of prijzen economisch significant zijn. Dikwijls worden overheidsondernemingen door de overheid opgericht om goederen en diensten te leveren die de markt niet in de hoeveelheden

of tegen de prijzen zou produceren die nodig zijn om aan het overheidsbeleid te voldoen. Weliswaar kan het zijn dat bij dergelijke publiekrechtelijke eenheden die door de overheid worden gesteund, een groot deel van de kosten door verkoop wordt gedekt, maar deze eenheden reageren anders op marktkrachten dan particuliere vennootschappen..’

- Punt 20.25: ‘Indien een overheidsproducent uitsluitend aan de overheid verkoopt en de enige leverancier van de diensten in kwestie is, wordt hij verondersteld een niet-marktproducent te zijn, tenzij hij concurreert met een particuliere producent. Een typisch geval is de inschrijving op een overheidsopdracht onder commerciële voorwaarden, zodat de overheid uitsluitend voor de geleverde diensten betaalt.’

- Punt 20.26: ‘Indien er naast de overheidsproducent ook andere leveranciers zijn, wordt de overheidsproducent als marktproducent beschouwd als hij met andere producenten op de markt concurreert en als zijn prijzen voldoen aan de algemene criteria voor economisch significante prijzen, zoals omschreven in de punten 20.19 tot en met 20.22.’

- Punt 20.29: ‘De sectorclassificatie van basisoverheidsinstellingen die niet-marktgoederen en -diensten leveren en/of inkomen en vermogen herverdelen, is eenvoudig uit te stippelen.

Van andere producenten die onder zeggenschap van de overheid opereren, moeten de activiteiten en middelen worden beoordeeld. Om vast te stellen of het gaat om markteenheden die economisch significante prijzen in rekening brengen, moet worden nagegaan of wordt voldaan aan de criteria in de punten 20.19 tot en met 20.28. Deze criteria kunnen als volgt worden samengevat: a) de producent is een institutionele eenheid (een nodige voorwaarde; zie ook de beslisboom in punt 20.17); b) de producent levert niet uitsluitend hulpdiensten; c) de producent is niet de enige leverancier van goederen en diensten aan de overheid of, indien de producent dat wel is, heeft hij concurrenten, en d) de producent heeft een stimulans om zijn aanbod aan te passen, teneinde een levensvatbare, winstgevende activiteit uit te voeren, om onder marktvoorwaarden zaken te doen en om aan zijn financiële verplichtingen te voldoen.

Het vermogen van een producent om een marktactiviteit uit te voeren, wordt vooral beoordeeld aan de hand van het gebruikelijke kwantitatieve criterium (50 % of meer) op basis van de verhouding tussen de verkoop en de productiekosten (zie de punten 20.30 en 20.31). Om als marktproducent te worden beschouwd, moet de publiekrechtelijke eenheid gedurende een aaneengesloten periode van meerdere jaren ten minste 50 % van haar kosten door verkoop dekken.’

17. In het advies van 5 maart 2021 komt [lees: de verwerende partij] tot de beoordeling dat GVI's geen marktproducenten zijn. Kort samengevat steunt de verwerende partij in hoofdzaak op de volgende motieven:

- GVI's staan onder zeggenschap van de overheid;
- De activiteiten van GVI's zijn beperkt door de gewestelijke regelgeving, waardoor zij hun aanbod niet kunnen aanpassen om een activiteit te ontwikkelen die winstgevend en levensvatbaar is in marktomstandigheden;
- De overheid is de enige klant van GVI's;
- GVI's concurreren niet met particuliere producenten op de markt;
- GVI's hebben geen enkele vrijheid om het niveau van de vergoeding van hun prestaties (administratieve kosten) door de gewesten te bepalen. Het zijn daarentegen de gewesten die deze unilateraal vaststellen en dit op basis van gesloten budgetten.

18. In het middelonderdeel voeren de verzoekende partijen argumenten aan waarom – naar hun oordeel – GVI's wel degelijk marktproducenten zijn en zij het bijgevolg oneens zijn met de beoordeling door de verwerende partij. Daarbij

herhalen zij hun argumentatie d.d. 14 januari 2021 geformuleerd op het ontwerpadvies.^[...]

De verzoekende partij mogen het oneens zijn met deze appreciatie, maar dit maakt op zich geen middel tot vernietiging uit.^[...] In de mate de verzoekende partijen een nieuwe beoordeling verwachten of de GVI's wel of niet marktproducenten zijn, dient te worden herhaald dat de Raad van State niet bevoegd is om zijn oordeel in de plaats te stellen van de beoordeling gemaakt door het bestuur.

19. De verzoekende partijen voeren twee 'denkfouten' in het bestreden besluit aan.

Volgens de verzoekende partijen zijn GVI's – anders dan wat de verwerende partij voorhoudt – wel concurrenten. GVI's voeren net gelijkaardige opdrachten uit omdat zij concurrenten zijn. De verzoekende partijen gaan er evenwel aan voorbij dat in het bestreden besluit GVI's geen concurrenten van elkaar zijn 'in marktomstandigheden'. Hun opdrachten zijn vastgesteld door gewestelijke bepalingen en zijn niet het gevolg van de marktwerking.

Een tweede denkfout volgens de verzoekende partijen ligt in de volgende redenering in het bestreden besluit: 'de budgettaire enveloppes die de gewestelijke overheden ter beschikking stellen van de verzekeringsinstellingen om hun beheerskosten te financieren [zijn] gesloten enveloppes [...]. Deze instellingen worden er dus niet toe aangezet om hun dienstenaanbod tot een bepaald niveau te verhogen en het dus te optimaliseren, als het optimale boven dit niveau ligt, om te kunnen worden vergoed.' Volgens de verzoekende partijen is het niet omdat het een gesloten enveloppe betreft, dat de verzoekende partijen niet een groter deel van de te verdelen koek toebedeeld kunnen krijgen en zij bijgevolg gestimuleerd worden om hun aanbod aan te passen.

De verwerende partij kan oordelen dat een vast budget om de beheerskosten te financieren geen stimulans uitmaakt voor GVI's om hun aanbod aan te passen. De verzoekende partijen zetten nergens uiteen hoe hierin een denkfout schuilt."

20. De verzoekende partijen hebben, na kennisneming van het verslag van het auditoraat, niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om inhoudelijk nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat te geven. Ook te dezen beperken zij er zich toe te parafraseren wat zij eerder hebben uiteengezet. In de laatste memorie hernemen zij hun eigen inzichten en herhalen zij dat zij "marktproducenten" zijn die, omwille van de in de eerdere procedurestukken aangehaalde redenen, met elkaar concurreren "in marktomstandigheden". Zij geven hiermee opnieuw hun eigen appreciatie weer doch tonen niet aan dat de verwerende partij haar discretionaire beoordelingsruimte heeft miskend.

De omstandigheid dat de verzoekende partijen vrij zijn om hun activiteit aan te bieden en zich terug te trekken "uit de markt" is niet doorslaggevend: indien ze beslissen om diensten aan te bieden, moeten ze zich aan

de zeggenschap van de overheid onderwerpen, zijn hun activiteiten beperkt, mogen zij buiten deze activiteiten geen winstgevende activiteiten ontwikkelen, is de overheid hun enige klant (ook al worden de vergoedingen van de verzoekende partijen binnen gesloten enveloppes mede bepaald door het aangesloten aantal leden), concurreren ze niet met particuliere producenten op de markt en kunnen ze het niveau van de vergoeding van hun prestaties niet bepalen. In die omstandigheden vermag de verwerende partij redelijkerwijze oordelen dat er geen concurrentie in marktomstandigheden plaatsvindt, ook al delen de verzoekende partijen die appreciatie niet. Verder creëert de financiële responsabilisering waartoe de verzoekende partijen zijn gehouden, nog geen marktomstandigheden al moedigt het hen aan, wat de verwerende partij erkent, tot een goed financieel beheer en een bevredigende kwaliteit van de dienstverlening.

21. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het derde middelonderdeel van het tweede middel ongegrond.

22. Het tweede middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden, elk voor één vijftiende, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring begroot op een rolrecht van 6000 euro, een bijdrage van 40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 924 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien januari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Chantal Bamps,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques