

Hof van Justitie van de Europese Unie

Prejudiciële procedure ex artikel 267 VWEU

Zaak C-345/09

Prejudiciële verwijzing van de Centrale Raad van Beroep

bij verzoek van 26 augustus 2009 (08/1303 ZFW, 08/1703 AOW, 08/1714 ZFW,
08/1717 ZFW, 08/1718 ZFW, 08/1721 ZFW, 09/501 ZFW, 09/502 ZFW, 09/504 ZFW)

Pleitzitting d.d. 20 mei 2010

Pleitaantekeningen

van Mr E.H. Pijnacker Hordijk

inzake

de heer ██████████ wonende te Alicante, Spanje; en
de heer ██████████ wonende te Alicante, Spanje,

appellanten in de basisprocedure ("██████████"),
gemachtigde: Mr E.H. Pijnacker Hordijk, advocaat te Amsterdam,

tegen

Het College voor zorgverzekeringen ("CVZ")

verweerster in de basisprocedure,

gemachtigden: Mr M.C.D. van der Berg en Mr M. van Dijen

Dames en heren rechters,

1. Vandaag gaat het om twee vraagpunten. Ten eerste de uitleg van de regeling ten aanzien van ziektekosten van gemigreerde gepensioneerden in Verordening 1408/71. Ten tweede – en subsidiair – de uitleg van de Verdragsbepaling inzake het vrij verkeer van werknemers en van personen in een situatie waarin de rechtspositie van reeds geëmigreerde gepensioneerden dramatisch wordt verslechterd door een wetswijziging van het pensioenland na de emigratie. En dit dan bezien in samenhang met de regelgeving van Verordening 1408.

Uitleg van de EU-Verordeningen

2. Eerst de vraag over de interpretatie van Verordening 1408 zelf. De artikelen 28 e.v. zien vooral op de situatie dat een gepensioneerde werknemer woont in een ander land dan het land waarin hij het grootste deel van zijn leven heeft gewerkt en pensioen opgebouwd. Een dergelijke gepensioneerde kan in zijn woonland op grond van de nationale wetgevingen van een aantal lidstaten geen aanspraak maken op vergoeding van ziektekosten. Dat geldt met name voor lidstaten met een sociaal zekerheidsstelsel dat enkel van toepassing is op werknemers en niet op de gehele bevolking (actieven en niet-actieven). Dat leverde in de tijd van de totstandkoming van de voorloper van Verordening 1408 – de fameuze Verordening 3 uit 1958 – vooral een probleem op voor gastarbeiders die vanuit het arme zuiden van de toenmalige Unie in het rijke noorden waren gaan werken en na hun pensionering naar huis wilden terugkeren. Zij konden op grond van het nationale (met name Italiaanse) recht na remigratie geen aanspraak maken op sociale zekerheid. Artikel 28 van Verordening 1408 bepaalt om die reden dat dergelijke gepensioneerde werknemers in hun woonland aanspraak kunnen maken op verstrekkingen terzake van ziekte op dezelfde voet als degenen die naar het recht van de woonstaat wél verzekerd zijn. De kosten kunnen echter door het woonland worden doorberekend aan het pensioenland – omdat per slot de werknemer gedurende zijn actieve loopbaan belastingen en sociale zekerheidspremies heeft betaald in het pensioenland en niet heeft bijgedragen aan de kosten van de sociale zekerheid in het woonland. Het pensioenland mag

vervolgens op het pensioen van de gepensioneerde een premie in rekening brengen. Dit klinkt allemaal redelijk.

3. Het grote gebrek in het stelsel is echter dat **de hoogte van de bijdrage die het pensioenland in rekening brengt in geen enkele verhouding hoeft te staan tot de premie die het woonland van zijn eigen verzekerden heft**. Die discrepantie is – als men erover doordenkt – door niets gerechtvaardigd, en kan tot ernstige benadeling van gemigreerde gepensioneerden leiden. En tot evenzeer ongerechtvaardigde bevoordeling van de lidstaten. Die distorsies komen met name tot uitdrukking in situaties die niet voorzien waren ten tijde van de totstandkoming van het regime van artikel 28 e.v. van Verordening 1408: werknemers keren na hun pensionering niet terug naar hun land van oorsprong – de eerder besproken situatie van de gastarbeiders – maar emigreren na hun pensionering vanuit hun land van oorsprong voor het eerst naar een ander land, veelal een zuidelijker land met een vriendelijker klimaat, om daar van hun pensioen te genieten. Feit is dat die zuidelijker pensioenlanden in de regel – er is eigenlijk geen enkele uitzondering op dit uitgangspunt – een aanzienlijk beperkter sociaal zekerheidsstelsel kennen dan noordelijker lidstaten zoals Duitsland en Nederland en de Scandinavische landen.
4. Relatief veel Nederlanders emigreren na hun pensionering naar landen als Frankrijk, Spanje en Portugal. Met name in landen als Spanje en Portugal is de sociale zekerheid terzake van ziektekosten uitermate beperkt. Dat brengt mee dat Spanjaarden en Portugezen indien maar even mogelijk een particuliere ziektekostenverzekering afsluiten. De premie voor de sociale zekerheid is in landen als Spanje en Portugal ook relatief laag; in grote delen van Spanje wordt zelfs helemaal geen premie geheven: de sociale zekerheid inzake ziektekosten wordt uit de algemene middelen betaald.
5. Bij toepassing van artikel 28 e.v. van Verordening 1408 op gemigreerde Nederlandse gepensioneerden is de situatie sinds 2006 aldus dat deze gepensioneerden in Spanje en Portugal desgewenst aansluiting kunnen zoeken bij de sociale zekerheid. Terwijl Spaanse en Portugese onderdanen nauwelijks of geen premie betalen, dienen deze Nederlanders aan de Nederlandse overheid

een zeer aanzienlijke premie af te dragen, en in de visie van de Nederlandse overheid **ongeacht of zij daadwerkelijk aansluiting zoeken bij de Spaanse of Portugese sociale zekerheid.**

6. De situatie is nu aldus dat naar schatting zo'n 18.000 geëmigreerde gepensioneerde Nederlanders geen aansluiting wensen bij de sociale zekerheid van hun woonland. Net zoals de lokale bevolking van hun woonland die in overeenkomstige omstandigheden verkeert, opteert voor een particuliere verzekering. Zij hebben zich dan ook niet ingeschreven bij het ziekenfonds in hun woonland. Deze gepensioneerde Nederlanders dienen wel sedert 2006 een zeer aanzienlijke premie aan Nederland af te dragen. Voor niets. En dit niet als gevolg van een wijziging van het systeem van Verordening 1408, maar als gevolg van de wijziging van het Nederlandse stelsel, van een werknemersverzekering in een verzekering voor de totale bevolking. De Nederlandse overheid genereert daarmee naar schatting ruim 100 miljoen euro aan extra inkomsten, zonder dat daar voor haar enige kosten tegenoverstaan.

Er zijn ook tienduizenden geëmigreerde gepensioneerden aan wie hun particuliere verzekering bij een Nederlandse verzekeraar in 2006 door ingrijpen van de Nederlandse Staat is ontnomen. Zij hebben zich vaak noodgedwongen moeten aansluiten bij het ziekenfonds van hun woonplaats, veelal – en dat gold in het bijzonder voor de hoogbejaarden en meest hulpbehoevendenden – zonder de mogelijkheid te hebben nog een aanvullende verzekering af te sluiten. Ik kom daar dadelijk nader op terug.

7. Dit stelsel is unfair en door niets gerechtvaardigd. De regeling van Verordening 1408 is er primair voor bedoeld zekerheid te scheppen voor migrerende gepensioneerden. In situaties als de onderhavige, die ten tijde van de totstandkoming van Verordening 1408 als gezegd niet aan de orde waren, werkt de regeling uitermate unfair uit.
8. Er is ook geen enkele rechtvaardiging om migrerende gepensioneerden per se in het keurslijf van artikel 28 e.v. van Verordening 1408 te willen dwingen. Dat

gepensioneerden baat moeten kunnen hebben van het coördinatiestelsel van Verordening 1408 en niet slachtoffer daarvan hoeven te worden, wordt in algemene zin tot uitdrukking gebracht door artikel 13 lid 2 sub f van de Verordening, bezien in samenhang met artikel 17 bis: de algemene aanwijsregel ten aanzien van migrerende gepensioneerden. Deze zijn in hun algemeenheid onderworpen aan het stelsel van hun woonland, maar kunnen ervoor opteren om uit te stappen en zich niet aan te sluiten bij de sociale zekerheid in hun woonland. Deze algemene regels treden niet in de plaats van de bijzondere regels inzake ziektekosten van artikel 28 e.v. – dat is het argument ook niet – maar geven wel aan dat verplichte toepassing van het regime van Verordening 1408 op gepensioneerden niet dwingend wordt opgelegd. Wanneer dat ongunstig uitwerkt voor de gepensioneerde, dient hij ervan af te kunnen zien. Dat is het in Artikel 17 bis verwoorde uitgangspunt.

9. Hetzelfde uitgangspunt heeft te gelden in de context van artikel 28 e.v. En in de visie van de tienduizenden ernstig benadeelde gepensioneerden die ik vandaag vertegenwoordig, dienen de toepasselijke regels van de Verordening – meer in het bijzonder artikel 33 van Verordening 1408 – aldus te worden uitgelegd dat de gepensioneerde daadwerkelijk de keuze heeft om geen gebruik te maken van het mechanisme van artikel 28 e.v. Het staat vast – en hier bestaat dan ook geen interpretatieverschil over - dat (i) geëmigreerde gepensioneerden op grond van de toepasselijke EU-Verordeningen **niet** verplicht zijn zich aan te sluiten bij het ziekenfonds van hun woonplaats en dat (ii) deze gepensioneerden in die situatie ingevolge diezelfde Verordeningen **ook niet ten laste komen van hun pensioenland**. Het Europese regime voorziet niet in een aansluitplicht bij het nationale regime van het woonland. Dit regime is ook **niet** van rechtswege van toepassing. Inschrijving door de gepensioneerde is **een constitutioneel vereiste** voor toepassing van het regime van de artikelen 28 e.v. van Verordening 1408.
10. Een Nederlandse gepensioneerde die naar Spanje emigreert en zich daar niet inschrijft bij het lokale ziekenfonds, kost de Nederlandse Staat **niets, nada**. Nederland meent niettemin van deze gepensioneerden een zeer aanzienlijke premie te kunnen incasseren. En dit op basis van allerlei drogredenen, verband

houdend met beweerdelijke solidariteit in de sociale zekerheid. Feit is dat de betrokken gepensioneerden hun hele werkzame leven de verhoudingsgewijs zeer hoge sociale zekerheidspremies in Nederland hebben betaald, en daar niets van terugzien omdat zij migreren naar een land met een minder kostbaar systeem van sociale zekerheid. **De gepensioneerden hebben hun bijdrage aan de solidariteit reeds lang geleverd.**

11. Daarnaast is de argumentatie van de Nederlandse regering een drogreden omdat zij zich beweerdelijk de belangen van het woonland aantrekt, terwijl daar in werkelijkheid **niets** van aan is. Volgens de Nederlandse regering zou keuzevrijheid voor gepensioneerden het risico van speculatie scheppen: gepensioneerden zouden zich niet verzekeren – en aldus geen kosten maken - tot het moment dat zich daadwerkelijk een gezondheidsrisico manifesteert. Op dat moment zouden zij zich in allerijl alsnog aansluiten bij het ziekenfonds om te kunnen profiteren van de verstrekkingen zonder premies te hebben betaald. **Een onzinnige veronderstelling.** Alsof een gepensioneerde het risico zou durven nemen onverzekerd te blijven tegen ziektekosten, terwijl juist bij personen op hoge leeftijd de gezondheidsrisico's vele malen hoger zijn dan bij jongeren. Feit is dan ook dat al die geëmigreerde Nederlanders van wie de Nederlandse Staat zonder enige rechtvaardiging een bijdrage vordert – dus die zich niet hebben ingeschreven - over een particuliere verzekering beschikken. De persoonlijke situaties van de heren ████████ en ████████ zijn daar typerend voor. Dit gegeven wordt niet veranderd door het feit dat de Nederlandse Staat – wederom zonder enige rechtvaardiging – per 2006 wetgeving heeft uitgevaardigd die ertoe strekte in het buitenland woonachtige Nederlandse gepensioneerden hun particuliere ziektekostenverzekering te ontnemen. De meeste Nederlandse verzekeraars hebben hun verzekeringen daadwerkelijk eenzijdig opgezegd – op zich al een gotspe – maar buitenlandse verzekeraars hebben zich hier niets van aangetrokken.

Nederlandse verzekeraars hebben, op een enkele uitzondering na, de verzekeringen opgezegd, of de premies verveelvoudigd. Dat zij premies verveelvoudigden impliceert dat de verzekerden rechten werden

ontnomen die zij in het verleden hadden opgebouwd: ook particulier verzekerden betaalden in hun jonge jaren een premie die veel hoger dan het risicoprofiel van hun leeftijdscategorie rechtvaardigde. Aldus betaalden zij mee aan de kosten van verstrekkingen aan ouderen. Daar stond tegenover dat hun verzekering nooit eenzijdig door de verzekeraar mocht worden opgezegd en zij tot hun dood een redelijke premie konden blijven betalen. Dit is door de Nederlandse Staat welbewust doorbroken, met het doel zelf eigen inkomsten te genereren van bijdragen van in het buitenland wonende gepensioneerden, en verzekeraars te bevrijden van een relatief dure populatie verzekerden, zodat zij meer financiële ruimte kregen om te concurreren met de premiestelling voor de nieuw in te voeren volksverzekeringen.

12. Dat het beweerdelijke risico van profiteren van sociale zekerheid door niet te voorzien in een adequate verzekering niet bestaat, wordt ook bevestigd door de samenhang tussen het regime van Verordening 1408 en **de EU-Richtlijn inzake het recht op verblijf**. Ingevolge Richtlijn 2004/38 kan het verblijfsrecht van een migrerende EU-onderdaan afhankelijk worden gesteld van bewijs van een adequate particuliere verzekering tegen ziektekosten. Er wonen dan ook in Spanje geen gepensioneerden uit Nederland die niet zijn ingeschreven bij het lokale ziekenfonds en tevens niet over een adequate particuliere verzekering beschikken. Het risico van profiteren is er niet, en het zal de Spaanse overheid niets kunnen schelen of deze Nederlandse gepensioneerden zich al dan niet inschrijven bij een lokaal ziekenfonds.
13. Tot slot is de redenering van de Nederlandse Staat (en de Commissie en de overige lidstaten) onverenigbaar met het in artikel 17 bis van Verordening 1408 verwoorde uitgangspunt dat migrerende gepensioneerden ervoor moeten kunnen opteren om zich niet te hoeven aansluiten bij de sociale zekerheidsregelingen van hun woonland.
14. Tot zover de rechtvaardiging – of beter: het ontbreken ervan – van een verplichte toepassing van het regime van artikel 28 van Verordening 1408 op gemigreerde gepensioneerden.

15. Gepensioneerden moeten de mogelijkheid hebben om zich aan het keurslijf van artikel 28 te onttrekken. Zij hebben dat ook. Althans in ieder geval volgens AG Colomer in zijn conclusie in de zaak Van der Duin. In zijn visie had de heer Van de Duin als gemigreerde gepensioneerde werknemer de keuze om zich al dan niet in te schrijven bij het ziekenfonds van zijn woonplaats. Schreef hij zich wel in, dan viel hij onder het verstrekkingenregime van zijn woonland. Op grond van het mechanisme van artikel 28 en 33 was hij dan een bijdrage verschuldigd aan zijn pensioenland Nederland. Schreef Van der Duin zich daarentegen niet in, dan bleef het regime van artikel 28 e.v. van de Verordening buiten toepassing, en was hij ten volle onderworpen aan het regime van zijn pensioenland Nederland. Dat is precies wat verzoekers nu ook bepleiten. Het enige verschil is dat tot 2006 gepensioneerde werknemers met een Nederlands pensioen en een relatief laag inkomen onder de verplichte werknemersverzekering voor ziektekosten in Nederland bleven vallen, ook als zij naar het buitenland verhuisden, terwijl onder het regime van de in 2006 in Nederland ingevoerde Zorgverzekeringswet in het buitenland wonende gepensioneerden categorisch zijn uitgesloten van het verstrekkingenregime van die wet. Dat is puur een wijziging van het **Nederlandse** regime; het Europese regime is sedert het arrest Van der Duin ongewijzigd. Aangezien een wijziging van nationale wetgeving geen basis vormt voor wijziging van de uitleg van het EU-recht menen verzoekers dan ook dat de lijn van het arrest Van der Duin onverkort moet worden gevolgd.
16. Dit alles zou worden doorkruist indien artikel 33 van der Verordening aldus zou moeten uitgelegd dat pensioenlanden gerechtigd zouden zijn een bijdrage te heffen van geëmigreerde gepensioneerden die geen aansluiting zoeken bij het sociale zekerheidsregime van hun woonland. Die uitleg dient derhalve te worden afgewezen. Alleen die gepensioneerden wier risico daadwerkelijk ten laste komt van het pensioenland – let wel: ik zeg niet werkelijke kosten, maar risico – mogen aan een verplichte bijdrage door het pensioenland worden onderworpen.

Uitleg van het EU-Verdrag

17. Dan nu de uitleg van het EU-Verdrag, en dan meer in het bijzonder de uitleg van de artikelen 21 (vrij verkeer van personen) en 45 (vrij verkeer van werknemers) van het EU-Verdrag. Afhankelijk van de casus van de individuele gepensioneerde zal de ene dan wel de andere bepaling in het geding zijn. Dat doet voor de inhoudelijke beantwoording van de vraag niet ter zake.
18. Verzoekers erkennen dat het vrij verkeer van werknemers en personen geen waarborg biedt tegen verslechtering van de sociale zekerheidspositie in geval van emigratie. Gezien het ontbreken van harmonisatie van de nationale stelsels van inkomstenbelasting en van sociale zekerheid, dient een gemigreerde werknemer of gepensioneerde in beginsel het regime van zijn nieuwe woonland te aanvaarden. Verordening 1408 bevat daarnaast de nodige coördinatieregels. Het probleem is dat als deze regels niet zouden worden uitgelegd op de wijze als door verzoekers in het antwoord op de eerste vraag bepleit, een wel bijzonder nijpend probleem ontstaat voor die gepensioneerden die ten tijde van de doorvoering van de systeemwijziging in Nederland reeds geëmigreerd waren – vaak reeds vele jaren voordien – en als gevolg van de doorvoering van die nationale systeemwijziging in het pensioenland alsnog gedwongen worden zich in te schrijven bij het ziekenfonds van hun woonplaats en hun bestaande rechten verliezen. Deze personen – velen van hen hoogbejaard en zwak – hadden deze gevolgen immers niet kunnen voorzien ten tijde van hun emigratie. Zij worden door de combinatie van het EU-regime met een wijziging van het nationale stelsel, welke combinatie ertoe leidt dat zij eerst **na** hun emigratie alsnog onder het regime van artikel 28 e.v. van der Verordening worden gebracht, in ernstige financiële problemen gebracht of in een sterk verslechterde positie op het punt van verzekeringsdekking. Dit hadden zij niet kunnen voorzien. Voor velen is dit een directe aanleiding om alsnog te remigreren naar Nederland, zodat zij alsnog tegen redelijke tarieven ten volle in aanmerking kunnen komen voor de Nederlandse sociale zekerheid met een verstrekkingenpakket dat nagenoeg gelijk is aan wat zij tot 2006 hadden onder hun particuliere verzekering. Voor anderen

betekent dit een ernstige verzwaring van hun financiële lasten doordat zij een aanzienlijk duurdere particuliere verzekering hebben moeten afsluiten om hun recht op verstrekking zoveel mogelijk onaangetast te laten. Het recht op vrij verkeer van deze gepensioneerden wordt dan ook daadwerkelijk ernstig aangetast.

19. Deze situatie wordt niet bestreken door de jurisprudentie die door de Europese Commissie en door Nederland en andere lidstaten wordt aangehaald. Die ziet niet op de situatie waarin verworven rechten van geëmigreerde gepensioneerden worden aangetast.
20. De stelling van verzoekers luidt dan ook dat het vrij verkeer van werknemers en personen zich verzet tegen oplegging van een bijdrage - ingevolge artikel 33 van Verordening 1408 – door het pensioenland aan geëmigreerde gepensioneerden die als gevolg van een wetswijziging door datzelfde pensioenland eerst na hun emigratie onder het regime van de artikelen 28 e.v. van Verordening 1408 worden gebracht en afzien van inschrijving bij het ziekenfonds van hun woonplaats.