

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

Zitting d.d. 19 december 14.00 uur

Zaaknr. 200606908/1, 200606922/1, 200606913/1, 200606894/1

Pleitaantekeningen Mr E.H. Pijnacker Hordijk

inzake

1. **Dhr. A**, wonende te W in Frankrijk;
2. **Dhr. B**, wonende te X in Spanje;
3. **Dhr. C**, wonende te Y in België;
4. **Dhr. D**, wonende te Z in Spanje;

appellanten

gemachtigden: Mr E.H. Pijnacker Hordijk en Mr W.W. Geursen

tegen

het **COLLEGE VOOR ZORGVERZEKERINGEN ("CVZ")**

verweerder

gemachtigden: Mr B.J. Drijber en Mr M.F. van der Mersch

-
1. Tijdens dit pleidooi zal ik een aantal punten uitlichten. Het zal geen herhaling worden van het gestelde in de beroepschriften. De volgende onderwerpen komen aan de orde:
 - de feitelijke achtergronden; hierover bevat het verweerschrift van CVZ in het oog springende onjuistheden die niet onweersproken kunnen blijven;
 - enkele aanvullende opmerkingen over de materieel-juridische onderbouwing van het keuzerecht, mede in het licht van het verweer van CVZ;
 - de vraag of sprake is van een geschil over de interpretatie of over de geldigheid van artikel 69 Zvw;
 - de noodzaak van het stellen van prejudiciële vragen, en voorstellen voor de redactie daarvan.

Feitelijke achtergronden

2. Rode draad in het verweer van CVZ is dat betrokkenen erop uit zouden zijn – respectievelijk dat de erkenning van het door appellanten bepleite keuzerecht in de hand zou werken – dat gepensioneerden onverzekerd zouden blijven tot het moment dat zich een al dan niet acute zorgvraag aandient, waarna zij zich alsnog zouden melden bij het ziekenfonds van hun woonplaats. In de tussentijd zouden zij zich aldus de wettelijke verplichte afdracht aan CVZ kunnen besparen. Appellanten zouden derhalve uit zijn op het behalen van een ongerechtvaardigd financieel voordeel ten laste van de sociale zekerheid.
3. Deze voorstelling van zaken is pertinent onjuist en misleidend. Ik beperk mij tot twee hoofdargumenten. Het eerste argument is dat een gepensioneerde – misschien nog wel meer dan een persoon van jongere leeftijd – het zich volstrekt niet kan permitteren om onverzekerd te blijven tegen ziektekosten totdat zich een acute zorgvraag aandient, al was het maar omdat geen recht op verstrekkingen met terugwerkende kracht wordt erkend. De acute ingreep zal dus bij voorafgaande onverzekerde altijd uit eigen zak moeten worden betaald, en omdat zorgverleners in veel gevallen weigeren zorg te verlenen aan onverzekerden (resp. aan nog niet verzekerden), met als gevolg dat onverzekerde betekent dat in acute gevallen geen of geen passende zorg wordt verstrekt, of dat de onverzekerde grote financiële risico's loopt.
4. De advocaat van CVZ – die eerder de Staat heeft bijgestaan in het kort geding dat aan deze beroepsprocedure is voorafgegaan - is met dit gegeven bekend, getuige de overigens onjuiste verwijzing in voetnoot 8 van het verweerschrift naar wat ik tijdens het pleidooi in dat kort geding heb aangevoerd. Namens de Staat werd in dat kort geding nog aangevoerd dat gepensioneerden het recht op verstrekkingen rechtstreeks aan Verordening 1408/71 ontlene, en dat inschrijving met behulp van een E-121 formulier geen constitutieve werking zou hebben. Met andere woorden: ook al heb je je als gepensioneerde niet ingeschreven, je kunt rechtstreeks aan de Verordening een recht op verstrekking ontlene. Je loopt dus als niet-aangeslotene geen enkel risico. Dit standpunt – dat in afgezwakte vorm wordt herhaald in het besluit op bezwaar van CVZ – is evident onjuist. Zoals ook blijkt uit het overgelegde rapport van de nationale ombudsman plagen zorgverzekeraars/ziekenfondsen geen claims te honoreren terzake van behandelingen die hebben plaatsgevonden vóórdat degene die de claim indient zich bij het betrokken ziekenfonds heeft ingeschreven. Het Europese recht dwingt niet daartoe, en de nationale wetgevingen evenmin.

5. Tijdens het pleidooi in kort geding refereerde ik aan een telefoongesprek dat daags voor de zitting had plaatsgehad tussen de secretaris van de Stichting en een aangeslotene, die op intensive care lag van een ziekenhuis in Spanje omdat zijn pacemaker het dreigde te begeven, maar die niet werd behandeld omdat hij niet verzekerd was en niet over de middelen beschikte om de benodigde operatie uit eigen zak te betalen. Waarom was deze man niet verzekerd? Omdat in het kader van de invoering van de Zorgverzekeringswet zijn bestaande particuliere verzekering was opgezegd, en bovendien het CVZ niet tijdig het E-121 formulier had toegezonden, zodat deze man zich niet eens bij een Spaans ziekenfonds had kunnen aanmelden. Een schrijnend geval, maar helaas geen uitzondering. Had de advocaat van de Staat gelijk gehad met zijn stelling dat de betrokkene rechtstreeks een recht op verstrekkingen aan Verordening 1408/71 kon ontleen, dan had dit geval zich niet voorgedaan.
6. Verbijsterend is dat dezelfde advocaat nu, in het verweerschrift namens CVZ, opmerkt dat de door mij tijdens het kort geding geschetste voorbeelden “slechts bevestigen dat CVZ zich terecht op het standpunt stelt dat alle verdragsgerechtigden zich zullen moeten inschrijven”. Verbijsterend omdat het opgetreden probleem het gevolg was van eigen nalatigheid van CVZ *in combinatie met* het gegeven dat bij de invoering van de Zorgverzekeringswet bestaande particuliere verzekeringen van in het buitenland wonende gepensioneerden massaal waren beëindigd met een beroep op artikel 2.5.2 van de Invoeringswet Zvw. En dat brengt mij op het tweede hoofdargument.
7. Het tweede hoofdargument is dat de gepensioneerden er helemaal niet op uit zijn om aansluiting bij lokale ziekenfonds als terugvaloptie te gebruiken, maar op continuering van hun bestaande particuliere verzekering. De kern van het probleem van de in het buitenland wonende gepensioneerden is dat zij – als gevolg van het ontbreken van enigerlei overgangsregeling zoals deze voor ingezetenen geldt – van de ene dag op de andere hun bestaande particuliere verzekeringen bij Nederlandse verzekeraars zijn kwijtgeraakt, zonder dat daar een zelfs maar bij benadering gelijkwaardig alternatief tegenover werd gesteld. Terwijl ingezetenen, ongeacht leeftijd, bij de invoering van de Zvw de gelegenheid hebben gekregen om geruisloos over te stappen van hun bestaande particuliere verzekering op een Zvw-verzekering met een gelijkwaardige dekking en een vergelijkbare premie, is voor de in het buitenland wonende gepensioneerden bepaald dat hun particuliere verzekeringen – althans grotendeels – van rechtswege vervallen wanneer zij binnen de termen van artikel 69 Zvw vallen. Dat is de strekking van artikel 2.5.2 Invoeringswet Zvw (zie rnr. 15-16 beroepsschrift). Door CVZ wordt deze bepaling in alle processtukken genegeerd, maar voor een goed begrip

van de positie van de gepensioneerden is dit van eminent belang. Zij zijn na jarenlang premie te hebben betaald en na onder het oude systeem tot hun graf beschermd te zijn geweest tegen tussentijdse opzegging van hun particuliere verzekering, met name ook dan wanneer de nood aan de man komt en de medische kosten toenemen, van de ene dag op de andere dag door hun verzekeraars met een beroep op artikel 2.5.2. Invoeringswet op straat gezet. En dit alles op aangeven van de wetgever die met artikel 2.5.2 Invoeringswet daarvoor de wettelijke basis heeft geschapen. Het is een daad van zeldzaam onbehoorlijke wetgeving, en een flagrante discriminatie van de in het buitenland wonende gerechtigden tot een Nederlandse ouderdomspensioen, maar het is voor de beoordeling van de huidige positie van die gepensioneerden wel een feitelijk gegeven.

Het is hier niet de plaats om daarop in detail in te gaan, maar feit is dat nadat de Stichting belangenbehartiging gepensioneerden in het buitenland daarover een kort geding had aangespannen tegen een aantal zorgverzekeraars, deze zorgverzekeraars alsnog nieuwe polissen zijn gaan aanbieden aan in het buitenland wonende gepensioneerden, tegen over het algemeen tientallen zo niet honderden procenten hogere premies en een veelal ook nog eens sterk verminderde dekking. Pensioentrekkers met een polis van een buitenlandse verzekeraar – zoals appellanten B en D – hebben geen last van artikel 2.5.2. Invoeringswet, en worden dus door de nieuwe Nederlandse wetgeving – in de visie van CVZ – gedwongen naast deze particuliere verzekering een qua vestrekkingenniveau inferieure ziekenfondsregeling te aanvaarden, althans een hoge bijdrage aan de Nederlandse overheid te betalen in ruil voor een ongewenste faciliteit.

8. Het alternatief van aansluiting bij het lokale ziekenfonds is in de meeste gevallen geen redelijk alternatief. Waarom niet? Omdat enkel het minimale dekkingsniveau wordt aangeboden, wat in veel Europese landen ver achterblijft bij de voorheen bestaande particuliere dekking. Die mindere dekking impliceert bijvoorbeeld het ontbreken van vrije arts- of ziekenhuiskeuze, hoge eigen bijdragen voor behandelingen en ziekenhuisopnamen (een in Nederland onbekend fenomeen, maar in België en Frankrijk “normaal”) en langere wachttijden. In Spanje zijn die wachttijden vaak onaanvaardbaar lang, met als gevolg dat iedereen die het zich kan permitteren alleen al om die reden de gratis ziekenfondsverzekering laat kopen en een particuliere verzekering afsluit. Men diene zich te realiseren dat de sociale zekerheid wel op Europees vlak is gecoördineerd, maar niet geharmoniseerd. Sterker nog: van land tot land lichtjaren verschilt. De Nederlandse AWBZ – de *care*, als tegenhanger van de *cure* – is

internationaal gezien zelfs min of meer een unicum; de overgrote meerderheid van de EU-lidstaten kent geen enkele voorziening binnen het bereik van Verordening 1408/71 die als equivalent van de AWBZ-zorg kan worden aangemerkt.

9. Daarnaast geldt dat het anno 2006 in heel veel gevallen voor oudere gepensioneerden helemaal niet meer mogelijk is alsnog om een aanvullende verzekering te nemen, vanwege leeftijds- of gezondheidseisen die worden gesteld of omdat de premies voor degenen die op hoge leeftijd instappen exorbitant zijn. Voorts worden verstrekkingen in verband met bestaande ziektes meestal door verzekeringsmaatschappijen uitgesloten. Dat is een extra probleem, dat een acute dimensie heeft gekregen door de invoering van het nieuwe Nederlandse stelsel zonder overgangsregeling voor in het buitenland wonende gepensioneerden.
10. CVZ weet dit heel goed, en tegen die achtergrond is niet aanvaardbaar dat het ook al tijdens het kort geding gevoerde verweer wordt herhaald dat emigranten niet mogen verwachten dat zij in het nieuwe woonland precies dezelfde waar voor zijn geld krijgt als in Nederland noch dat zijn status quo te allen tijde wordt gehandhaafd (verweerschrift, nr. 58) en dat appellanten krokodillentranen huilen omdat zij er misschien op achteruit zijn gegaan terwijl vele anderen beter af zouden zijn met het nieuwe systeem. Geen, vaak al jarenlang in het buitenland wonende, gepensioneerde had in redelijkheid kunnen of mogen verwachten dat de Nederlandse wetgever hem met één penningstreek de contractueel niet-opzegbare bestaande particuliere ziektekostenverzekering zou kunnen ontnemen, en hem zou terugwerpen op het minimale dekkingsniveau van de sociale zekerheid in zijn woonland. Dáár gaat het om.
11. Het punt is nu dat deze gevolgen kunnen worden vermeden indien wordt erkend dat de betrokken voormalig particulier verzekerden niet verplicht zijn zich te laten inschrijven bij het ziekenfonds van hun woonplaats. Aangezien uit de toepasselijke Europese regelgeving volgt dat in dat geval het woonland geen (forfaitaire) kosten terzake van de betrokken gepensioneerde aan Nederland in rekening mag brengen en dat Nederland alsdan in het licht van artikel 33 van Verordening 1408/71 ook geen bijdrage aan die gepensioneerde in rekening mag brengen, luidt de conclusie dat artikel 69 Zvw niet op die gepensioneerden van toepassing mag worden geacht. Omdat het personele toepassingsbereik van artikel 69 Zvw en artikel 2.5.2 Invoeringswet identiek is, betekent dat vervolgens ook dat de bestaande particuliere verzekeringen van de betrokken gepensioneerden ook niet van rechtswege (geheel of gedeeltelijk) zijn komen te vervallen.

12. Het belang van het keuzerecht was niet zo groot geweest indien Nederland voor in het buitenland wonende gepensioneerden een gelijkwaardige overgangsregeling had getroffen als voor de binnenlands wonende gepensioneerden. Nu de Nederlandse wetgever de in het buitenland wonende gepensioneerden welbewust in de kou heeft gezet, moet hen ook de mogelijkheid worden geboden om zich aan de greep van diezelfde overheid te onttrekken; zij moeten in de gelegenheid gesteld worden om zich te verzekeren van adequate zorg, terwijl het niet de Nederlandse overheid moet zijn die bepaalt wat "adequate zorg" inhoudt in een woonland.
13. Tot slot: als gezegd vormt de positie van appellanten B en D in zoverre een uitzondering op de regel dat hij vóór 1 januari 2006 een particuliere ziektekostenverzekering had bij een buitenlandse verzekeraar. Deze verzekering valt buiten het bereik van artikel 2.5.2 Invoeringswet en is dus in 2006 gewoon blijven doorlopen. B en D worden nu echter geconfronteerd met een indirect door de Nederlandse wetgever opgelegde verplichting zich tevens – en volkomen overbodig - aan te sluiten bij het ziekenfonds van hun woonplaats, tegen betaling van een verplichte bijdrage aan CVZ van meer dan EUR1900 per jaar. Voor B en D is dus de sociale zekerheid een nodeloze straf.
14. Tot zover de aanvullende opmerkingen over de feitelijke gang van zaken.

Juridische onderbouwing van het keuzerecht

15. Het verweer van CVZ tegen het keuzerecht komt er in feite op neer dat *opting out* haaks staat op het wezen van het sociale zekerheidsrecht. Op het eerste gezicht is daar wel iets voor te zeggen, maar in realiteit ligt de zaak aanzienlijk subtieler. Ten eerste is er bij ziektekostenverzekeringen aantoonbaar geen sprake van dat justitiabelen erop uit zouden zijn om de lasten van de aansluiting bij het sociale stelsel te ontlopen totdat zich werkelijk een gezondheidsprobleem aandient. Het gaat om de bescherming van de positie van personen die in het verleden door de Nederlandse wetgever juist waren uitgesloten van het sociale zekerheidsstelsel, en die als gevolg van een stelselwijziging en het ontbreken van een adequate overgangsregeling in een dwangpositie zijn gebracht. Ten tweede is een gegeven dat de Europese regelgeving is ingegeven door het streven de migratie van werknemers en gepensioneerden te bevorderen, en niet op het opwerpen van nieuwe belemmeringen van het grensoverschrijdend verkeer. Het miskennen van een keuzerecht belemmert de mogelijkheden van migratie voor gepensioneerden in aanzienlijke mate; de nieuwe Nederlandse

wetgeving heeft een sterk ontmoedigend effect op (aanstaande) gepensioneerden om Nederland metterwoon te verlaten, terwijl tal van gepensioneerden die in het verleden Nederland hebben verlaten zich wel twee keer zouden hebben bedacht indien zij geweten hadden wat hen te wachten stond. Ten derde bevat Verordening 1408/71 zélf met artikel 17 bis een regeling die gepensioneerden expliciet in de gelegenheid stelt om zich aan verplichte aansluiting bij de sociale zekerheid van het woonland te onttrekken, ongeacht de redenen die aan een dergelijke keuze ten grondslag liggen. CVZ voert wel aan dat artikel 17 bis van Verordening 1408/71 geen afbreuk doet aan het bepaalde in de hier toepasselijkheid artikelen 28 en volgende van diezelfde Verordening, maar dat is het punt niet. Waar het om gaat is dat de gedachte die spreekt uit artikel 17 bis van de Verordening, ook bij de toepassing van artikel 28 e.v. tot gelding zou moeten komen.

16. Artikel 17 bis van Verordening 1408/71 heeft aanleiding gegeven tot de nodige misverstanden. Zo heeft de President van de Haagse rechtbank in zijn kortgedingvonnis overwogen dat de Verordening geen regels geeft omtrent de vraag onder welke voorwaarden vrijstelling moet worden verleend. Dat is een misverstand: het recht op een vrijstelling moet op basis van de Verordening door de lidstaten worden verschaft, en zonder voorwaarden. Het vonnis in kort geding bevat daarnaast nog een tweede onjuistheid: aan de (in Spanje wonende) eisers wordt tegengeworpen dat zij niet een vrijstelling onder artikel 17bis van de Verordening hebben aangevraagd. Dat laatste is echter niet nodig, omdat de omweg van een verzoek ex artikel 17bis van de Verordening niet nodig is om aan het keurslijf van de artikelen 28 en 28bis te ontkomen. Niet-inschrijven bij het ziekenfonds van de woonplaats volstaat.
17. Om de genoemde redenen valt niet vol te houden dat een *opt out* van het regime van artikel 28 e.v. van Verordening 1408/71 onverenigbaar zou zijn met het stelsel van de Verordening en de doelstellingen die daaraan ten grondslag liggen.
18. Het tweede gegeven is dat appellanten niets anders voor ogen staat dan de letterlijke toepassing van artikel 29 van Verordening 574/72. Die letterlijke toepassing brengt mee dat inschrijving een noodzakelijke (constitutieve) voorwaarde is om voor verstrekking in aanmerking te komen, terwijl omgekeerd het niet ingeschreven zijn meebrengt dat (i) geen aanspraak kan worden gemaakt op verstrekkingen en (ii) het woonland niets aan het pensioenland in rekening kan brengen. Voorts staat vast dat het Gemeenschapsrecht geen enkele sanctie verbindt aan niet-inschrijven.

Ronduit onzin is de stelling van CVZ dat het aan de organen van de lidstaten zou zijn overgelaten om aan een inschrijving al dan niet terugwerkende kracht te verlenen en dat daarom inschrijving geen constitutief karakter zou hebben (verweerschrift, rnr. 12 sub c). Deze stelling is op niets gebaseerd en staat haaks op het systeem van artikel 29 van Verordening 574/72. Het wekt dan ook geen verwondering dat CVZ zijn stelling niet onderbouwt met een verwijzing naar jurisprudentie.

19. CVZ beklemtoont dat de beweerdelijke mogelijkheid dat geen bijdragen worden betaald zolang het verzekerde risico zich niet manifesteert, haaks staat op de essentie van iedere verzekering (rnr. 46). Daargelaten dat deze mogelijkheid – als besproken – feitelijk niet bestaat, geldt dat een dergelijke mogelijkheid niet strekt tot nadeel van Nederland doch uitsluitend tot nadeel van het woonland. Er is echter geen woonland dat Nederlandse gepensioneerden aanspoort om zich in te schrijven bij het lokale ziekenfonds, of die het standpunt inneemt dat het wordt benadeeld wanneer Nederlandse gepensioneerden zich niet inschrijven. CVZ werpt zich, met andere woorden, op als behartiger van de belangen van een derde partij die zich überhaupt niet in zijn belangen geschaad acht.
20. CVZ beroept zich op diverse epistels van de kant van de Europese Commissie. Appellanten kunnen daaraan geen doorslaggevend gewicht toekennen. De Commissie heeft haar moverende redenen om te bepleiten waarom het regime van artikel 28 een gesloten stelsel oplevert. Brusselse ambtenaren menen dat sprake is van een intern Nederlands probleem, dat de Nederlandse overheid door middel van een wijziging van Bijlage VI bij Verordening 1408/71 – een mogelijkheid die zeer veel bewegingsvrijheid biedt, maar die Nederland welbewust niet heeft willen uitnutten teneinde de gemigreerde gepensioneerden tegemoet te komen – had moeten laten oplossen. Wat daarvan zij, het is aan het Hof van Justitie om het pleit te beslechten. Een Nederlandse rechter dient zich niet te laten leiden door schriftelijke stellingnamen van de Commissie.

Een goed voorbeeld van de wijze waarop de Nederlandse rechter met stellingnamen van de Commissie dient om te gaan vormt het vonnis van rechtbank Den Haag (sector bestuursrecht) van 8 december 2006 in de zaak Betfair / Staat.

21. Tot slot het volgende: terwijl van de kant van de overheid aanvankelijk het standpunt werd ingenomen dat inschrijven bij het ziekenfonds van de woonplaats wettelijke plicht is, lijkt dat standpunt inmiddels te zijn

ingewisseld voor het standpunt dat inschrijving bij het ziekenfonds van de woonplaats weliswaar niet verplicht is, maar inschrijving bij CVZ en de daarmee samenhangende verplichting tot betaling van de wettelijke bijdrage wél.

22. Dat standpunt stuit echter af op artikel 33 van Verordening 1408/71 dat pensioenlanden uitsluitend de mogelijkheid biedt een premie of bijdrage te heffen van pensioentrekkingen, voor zover de kosten van verstrekkingen terzake van ziekte door het woonland daadwerkelijk in rekening worden gebracht aan het pensioenland. Dat laatste is echter, en ook dat wordt inmiddels van overheidswege erkend, per definitie niet het geval wanneer de pensioentrekker niet bij het ziekenfonds van zijn woonplaats is ingeschreven. De stellingname van CVZ is derhalve onverenigbaar met artikel 33 lid 1 van Verordening 1408/71.

Dispuut over geldigheid of over uitleg artikel 69 Zvw

23. CVZ merkt in het verweerschrift op dat appellanten niet de ongeldigheid van artikel 69 Zvw bepleiten wegens strijd met het EG-recht. Dat is juist, althans voor wat betreft het primaire standpunt. Appellanten bepleiten – dat mogen duidelijk zijn - dat artikel 69 Zvw Verordeningsconform moet worden uitgelegd. Dat betekent dat artikel 69 Zvw geacht moet worden niet van toepassing te zijn op in het buitenland wonende gepensioneerden die zich niet hebben ingeschreven bij het ziekenfonds van hun woonplaats en jegens wie Nederland ingevolge artikel 33 lid 1 van Verordening 1408/71 derhalve geen inhoudingen mag plegen.
24. De stelling van CVZ (nr. 27) dat, uitgaande van de verbindendheid van artikel 69 Zvw, moet worden aangenomen dat vaststaat dat (a) gepensioneerden zich moeten aanmelden bij CVZ, (b) gepensioneerden in het woonland rechten kunnen doen gelden op verstrekkingen en (c) een bijdrage verschuldigd zijn aan CVZ, is onjuist. Er kan immers geen sprake zijn van een meldingsplicht en een daarmee direct samenhangende bijdrageplicht in gevallen waarin de gepensioneerde zich niet aanmeldt bij het ziekenfonds van zijn woonplaats.
25. Indien de Raad van State meent dat artikel 69 Zvw aldus moet worden uitgelegd dat de in lid 2 vervatte bijdrageplicht – want daar gaat het hier primair om - ook geldt voor personen jegens wie Nederland ingevolge artikel 33 van Verordening 1408/71 niet gerechtigd is enige bijdrage te heffen, dan zal de conclusie moeten zijn dat artikel 69 in zoverre onverbindend moet worden geacht, want strijdig met bepalingen van Gemeenschapsrecht. Dat is

een minder elegante oplossing dan een Verordeningconforme uitleg. Indien de Raad van State evenwel niet voor een dergelijke uitleg opteert, dan is onverbindendheid de onvermijdelijke consequentie.

De subsidiaire stellingname van appellanten nader bezien

26. Primair stellen appellanten dat in de artikelen 28 e.v. van Verordening 1408/71 juncto artikel 29 van Verordening 574/72 een keuzerecht besloten ligt, met dien verstande dat migrerende gepensioneerden niet gedwongen kunnen worden zich in te schrijven bij het ziekenfonds van hun woonplaats ter verkrijging van aanspraken ingevolge het socialezekerheidsstelsel van hun woonland. Meer in het bijzonder gaat het erom dat een pensioenland niet op grond van artikel 33 lid 1 van de Verordening 1408/71 een bijdrage of premie mag heffen van een gepensioneerden die zich niet heeft ingeschreven bij het ziekenfonds van zijn woonplaats. Subsidiair voeren appellanten aan dat, zo een dergelijke uitleg onverhoopt niet aan deze bepalingen moet worden gegeven, de genoemde bepalingen – meer in het bijzonder laatstgenoemde bepaling - onverbindend dient te worden geacht wegens strijd met de beginselbepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers resp. het vrij verkeer van personen.
27. CVZ voert ter verweer aan dat artikel 39 EG (vrij verkeer van werknemers) niet van toepassing zou zijn omdat deze Verdragsbepaling geen betrekking zou hebben op pensioentrekkers, maar uitsluitend op de actieve beroepsbevolking. Deze stelling snijdt geen hout. Artikel 39 EG is volgens het Hof van Justitie echter ook van toepassing op situaties nadat de werkzaamheden zijn gestaakt en wanneer het bepaalde met de hoedanigheid van werknemer samenhangende rechten betreft (arrest van 15 juni 2000 in zaak C-302/98, Seherer (Jurispr. 2000, blz. I-4585), r.o. 30). Zie ook het kortgedingvonnis van 31 maart 2006 (r.ov. 4.16). In ieder geval appellant A bevindt zich in de bedoelde situatie.
28. Daarnaast voert CVZ aan dat artikel 18 EG (vrij verkeer van personen) niet wordt geschonden, omdat geen sprake is van een beperking van het recht van verblijf. Ook dit verweer snijdt geen hout. Immers, het Europese regime behelst een wezenlijke verslechtering van de positie van migrerende pensioentrekkers waar deze gedwongen worden zich aan te sluiten bij het stelsel van sociale zekerheid van hun nieuwe woonland, althans worden gedwongen aan hun pensioenland een premie/bijdrage te betalen ongeacht of de betrokkene zich wenst aan te sluiten bij de sociale ziektekostenverzekering van zijn woonland. Deze verslechtering doet zich meer in het bijzonder gevoelen in die gevallen waarin de hoogte van de door

het pensioenland te heffen bijdrage aanzienlijk hoger is dan de premie die op grond van de socialezekerheidswetgeving van het woonland zou gelden. Dat laatste is – de aanpassing van de bijdrageregeling ten gevolge op het kortgedingvonnis van 31 maart 2006 ten spijt – nog steeds het geval. Zo betaalt een Spaanse ingezetene in de regel helemaal niets voor zijn aanspraken onder de Spaanse sociale zekerheid, maar is de rechthebbende op een niet-Spaans pensioen die in Spanje woont voor diezelfde aanspraken een premie of bijdrage verschuldigd aan zijn pensioenland, die in het geval van de Nederlandsse pensioentrekkers B en D oploopt tot meer dan EUR 1900 per jaar. En dat zijn slechts voorbeelden.

29. De regeling van de artikelen 28 e.v. van Verordening 1408/71, die aanspraak op sociale zekerheidsverstrekkingen en premieplichtigheid voor migrerende gepensioneerden ont koppelt – voor het een wordt aangesloten bij de wetgeving van het woonland, voor het andere bij de wetgeving van het pensioenland – kan tot evident onbillijke gevolgen leiden in die gevallen waarin sprake is van een serieuze onbalans tussen rechten en verplichtingen. Die onbillijke gevolgen zetten een serieuze rem op het recht van de gepensioneerde EU-burger om zijn vrijelijk zijn woonplaats binnen de EU te kiezen.
30. Bij de toepassing van de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen mag men voorts de ogen er niet voor sluiten dat bij gebreke van enige harmonisatie de verschillen tussen de socialezekerheidsregimes levensgroot zijn, en dat er met name voor ouderen zeer serieuze risico's bestaan van onverzekerbaarheid van zorg c.q. risico's die buiten het blote minimumpakket vallen. Dit probleem doet zich gevoelen bij personen die na hun pensionering metterwoon naar het buitenland vertrekken. Dit probleem doet zich in bijzondere mate gevoelen bij vaak op hoge leeftijd zijnde pensioentrekkers die reeds vele jaren geleden zijn geëmigreerd en die door een wijziging van de socialezekerheidswetgeving zoals deze zich in Nederland heeft voltrokken, op hoge leeftijd van de ene op de andere dag worden gedwongen zich te onderwerpen aan het keurslijf van de minimale zorg in het woonland, zonder nog enige reële mogelijkheid tot het verkrijgen van additionele dekking te hebben.
31. Zoals artikel 17 bis van Verordening 1408/71 aan migrerende pensioentrekkers – ter waarborging van het vrije verkeer van personen - de mogelijkheid biedt om aan verplichte aansluiting bij het verzekeringsstelsel van het woonland te ontsnappen daar waar dat zijn rechten schaadt, zo dient op straffe van onverbindendheid in de artikelen 28 e.v. van Verordening 1408/71 eenzelfde ontsnappingsmogelijkheid te worden gelezen.

32. De huidige regeling bevordert niet het vrije verkeer van migrerende pensioentrekkers, maar werpt daartegen ernstige en in bepaalde gevallen zelfs onoverkomelijke barrières op.

In weerwil van wat CVZ beweert over de selectie van casusposities voor proefprocedures kan ik u verzekeren dat er tal van aanzienlijk schrijnender gevallen zijn dan die van appellanten. Ik heb de nodige zaken van hoogbejaarde personen voorbij zien komen, die van de ene dag op de andere hun particuliere dekking zijn kwijtgeraakt en zijn teruggevallen op een dekkingsniveau dat helemaal nergens op lijkt, en waarbij bijverzekering vanwege de hoge leeftijd uitgesloten is. Het probleem is dat deze personen te oud en te zwak zijn om nog tegen de Nederlandse Staat ten strijde te trekken.

Misslag CVZ bij beoordeling positie Spaanse gepensioneerden

33. Uit de verweerschriften van CVZ tegen de beroepen “Spaanse” appellanten B en D blijkt dat CVZ de positie van deze appellanten in het licht van de artikelen 28 en 28bis verkeerd heeft beoordeeld. CVZ stelt dat B en D niet – buiten de context van de artikel 28 en 28bis van Verordening 1408/71 om – aanspraak zouden hebben op verstrekkingen wegens ziekte ingevolge de Spaanse sociale zekerheid. Kennelijk is CVZ volstrekt niet op de hoogte van de Spaanse wetgeving. In de meeste comunidades, waaronder die waar de heren B en D wonen, geldt een stelsel van “gratis” aanspraken op sociale zekerheid in verband met ziekte. “Gratis”, omdat deze aanspraken worden gefinancierd uit de belastinginkomsten. Voor alle duidelijkheid: ingevolge het Nederlands-Spaanse belastingverdrag zijn Nederlandse gepensioneerden die in Spanje wonen, voor hun gehele inkomen onderworpen aan de Spaanse belastingen, en dat belastingstelsel is voor pensioentrekkers bepaald niet voordeliger dan het Nederlandse. Hoe dit zij, B en D betalen dus via de inkomstenbelasting mee aan de Spaanse sociale zekerheid. Vóór de invoering van de Nederlandse Zvw konden zij al aanspraak maken op verstrekkingen conform het regime van de Spaanse sociale zekerheid. Zij maakten daar echter geen gebruik van, en hadden een particuliere verzekering met volledige dekking, om de eenvoudige reden dat de Spaanse sociale zekerheid onvoldoende is. Hoe dit zij, vanwege de invoering van de Zvw verandert hun positie in Spanje niet: zij kunnen onverminderd aanspraak maken op verstrekkingen door de Spaanse ziekenfondsen. Alleen dienen zij zich nu – als ze dat al zouden willen – opnieuw te melden met een E-121 formulier. De consequentie is dat zij aan Nederland de verplichte bijdrage

moeten gaan betalen. Dit alles vloeit voort uit artikel 28 bis van Verordening 1408/71 en niet uit artikel 28.

34. Een en ander is in het kader van het eerdere kort geding tegen de Staat reeds uitvoerig uit de doeken gedaan. Het is dan ook enigszins verbazingwekkend dat CVZ thans – in zoverre in afwijking van de processuele positie van de Staat in het eerdere kort geding – meent te moeten betogen dat de “Spaanse” gepensioneerden niet met artikel 28 bis, maar met artikel 28 van doen hebben. Wellicht laat zich dit verklaren door de meer subsidiaire beroepsgrond die namens de Spaanse gepensioneerden is voorgedragen: artikel 69 Zvw is op hen – gelet op de tekst van die bepaling - niet van toepassing, omdat zij hun recht op verstrekkingen in het woonland niet ontlenen aan Verordening 1408/71 maar aan de Spaanse wetgeving.

Voorstel voor prejudiciële vragen

35. En dat brengt mij op het laatste onderdeel van dit pleidooi: het voorstel voor prejudiciële vragen. Het is duidelijk dat het geschil tussen partijen – behoudens de meer subsidiaire beroepsgrond namens de Spaanse gepensioneerden – niet kan worden beslist zonder dat een oordeel wordt gegeven over de uitleg resp. – subsidiair – de rechtsgeldigheid van de in het geding zijnde bepalingen van de Verordeningen 1408/71 en 574/72. De rechtsgeldigheidsvraag kan – evenals de interpretatievraag - worden toegesplitst op artikel 33, lid 1 van Verordening 1408/71.
36. In deze constellatie zullen prejudiciële vragen moeten worden voorgelegd aan het Hof van Justitie. Appellanten hadden dit graag – gelet op het tijdsverlies – willen vermijden, maar zien in dat verwijzing onvermijdelijk is. Teneinde een en ander te bespoedigen, zal ik namens appellanten concrete tekstvoorstellen voor prejudiciële vragen aan de Raad van State voorleggen.
37. Appellanten stellen zich primair op dat het standpunt dat artikel 33 van Verordening 1408/71 meebrengt dat het Nederland geen bedragen mag inhouden van gepensioneerden die zich niet hebben ingeschreven bij het ziekenfonds van hun woonplaats conform het bepaalde in artikel 29 van Verordening 574/72.
38. De bijpassende prejudiciële vraag luidt als volgt:

“Dient artikel 33 lid 1 van Verordening 1408/71 aldus te worden uitgelegd dat bedoeld artikellid eraan in de weg staat dat het in bedoeld artikellid bedoelde orgaan de in dat artikellid bedoelde

bedragen inhoudt op het pensioen of de rente van een pensioen- of rentetrekker, voor zover de kosten van prestaties wegens ziekte niet voor rekening van bedoeld orgaan komen, omdat de betrokken pensioen- of rentetrekker niet is ingeschreven bij het orgaan van zijn woonplaats op de voet van het bepaalde in artikel 29 van Verordening 574/72.”

39. Het is evident dat het orgaan van de woonplaats geen kosten in rekening kan brengen aan het orgaan van het pensioenland op basis van artikel 95 van Verordening 574/72 met betrekking tot uit andere lidstaten afkomstige pensioentrekkers die zich niet bij dat orgaan hebben ingeschreven; het orgaan is niet eens bekend met de identiteit van deze pensioentrekkers, laat staan dat deze pensioentrekkers jegens het bedoelde orgaan op enige verstrekking aanspraak kunnen maken. Deze gegevenheid hoeft evenwel niet in de prejudiciële vraag te worden verdisconteerd of geëxpliciteerd, omdat op dit punt sprake is van een “acte clair” en de gegevenheid in het kader van de procedure voor het Hof van Justitie hoe dan ook aan de orde zal komen. Het betreft immers een noodzakelijke premisse die aan de beantwoording van de prejudiciële vraag ten grondslag ligt.
40. Met het oog op de subsidiaire beroepsgrond van appellanten zou voorts de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen worden voorgelegd:

“Voor het geval het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt: is 33 lid 1 van Verordening 1408/71 ongeldig wegens strijd met de artikelen 18 en/of 39 EG-Verdrag, voor zover deze bepaling niet eraan in de weg staat dat het in bedoeld artikellid bedoelde orgaan de in dat artikellid bedoelde bedragen inhoudt op het pensioen of de rente van een pensioen- of rentetrekker, voor zover de kosten van prestaties wegens ziekte niet voor rekening van bedoeld orgaan komen, omdat de betrokken pensioen- of rentetrekker niet is ingeschreven bij het orgaan van zijn woonplaats op de voet van het bepaalde in artikel 29 van Verordening 574/72.”

41. Mochten deze tekstvoorstellen nog vragen oproepen, dan houd ik mij gaarne beschikbaar voor het geven van een nadere toelichting.
42. Intussen luidt de conclusie onverminderd tot vernietiging van de beroepen besluiten, zij het dat appellanten zich realiseren dat de Raad van State niet tot vernietiging van de besluiten in alle vier zaken kan overgaan dan nadat de

voorgestelde prejudiciële vragen – of andere vragen van gelijke strekking –
door het Hof van Justitie zijn beantwoord.
