

Centrale Raad van Beroep

Zitting d.d. 15 januari 2009 te 10.00 uur

Zaaknummers: CRvB 08/1302, 08/1303, 08/1713,
08/1716, 08/1717, 08/1718 08/1720 en 08/1721

Pleitaantekeningen Mr E.H. Pijnacker Hordijk

inzake

1. **Dhr. A**, wonende te Alicante in Spanje;
 2. **Dhr. B**, wonende te Vingrau, in Frankrijk
 3. **Dhr. C**, wonende te Hoeilaart in België;
 4. **Dhr. D**, wonende te Alicante in Spanje;
 5. **Dhr. E**, wonende te Ruta di Camogli in Italië;
 6. **Dhr. F**, wonende te Cloondaff Glenhest Newport in Ierland;
 7. **Dhr. G**, wonende te Antwerpen in België;
 8. **Dhr. H**, wonende te Montbernard in Frankrijk;
- appellanten

gemachtigden: Mr E.H. Pijnacker Hordijk en Mr A.M.E. Voerman

tegen

het **College voor Zorgverzekeringen ("CVZ")**

verweerder

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

Inleiding

1. De onderhavige zaken betreft een achttal “proefprocedures”. De uitkomst zal bepalend zijn voor de achterban van in het buitenland wonende gepensioneerden, die uit tienduizenden gepensioneerden bestaat. Globaal gezegd gaat het om de volgende drie geschilpunten:
 - A) de interpretatie van artikel 33 Vo. 1408/71. Inschrijven bij de ziekenkas van de woonplaats is volgens appellanten een constitutief vereiste voor het heffingsrecht van Nederland;
 - B) de heffingsonbevoegdheid van Nederland op basis van bilaterale belastingverdragen; en
 - C) de verenigbaarheid van de berekeningsgrondslag van de woonlandfactor met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur.

A Inschrijven is constitutief voor heffingsrecht

2. De kern van het geschil betreft de interpretatie van artikel 33 Vo. 1408/71. Appellanten stellen zich op het standpunt dat het inschrijven met een E 121-formulier bij de ziekenkas van de woonplaats een constitutief vereiste is voor de bevoegdheid van Nederland om Zvw-bijdragen in te houden op de AOW-uitkering van in het buitenland wonende rechthebbenden. Circa 18.000 in het buitenland wonende gepensioneerden hebben zich niet ingeschreven. Aan hen wordt wel een bijdrage in rekening gebracht. Dit komt neer op jaarlijks een bedrag van meer dan EUR 100 miljoen aan ongeoorloofd ingehouden bijdragen.
3. De appellanten die zich niet hebben ingeschreven bij het ziekenfonds van hun woonplaats zijn de heren A, C en D (per 17 mei 2006 heeft de heer C zich uiteindelijk ingeschreven).

Mechanisme Vo. 1408/71

4. Allereerst sta ik stil bij het mechanisme van Vo. 1408/71.

Mechanisme voor gepensioneerden

5. Het effectueren van het recht op verstrekkingen door de gepensioneerde op basis van artikel 28 Vo. 1408/71 bestaat uit het daadwerkelijk claimen van medische verstrekkingen respectievelijk vergoeding van kosten van medische hulp. Voordat een in het buitenland wonende gepensioneerde verstrekkingen kan claimen, dient deze zich eerst in te schrijven bij de ziekenkas van de woonplaats met een E 121-formulier. Door zich in te schrijven, maakt de gepensioneerde het recht van artikel 28 Vo. 1408/71 met andere woorden “levend”.
6. De Rechtbank Amsterdam maakt een denkfout door de inschrijving bij het ziekenfonds gelijk te schakelen met het effectueren van het recht op verstrekkingen. Deze redenering is terug te vinden in de uitspraak ten gronde. Op 17 december 2008 heeft de Rechtbank Amsterdam uitspraak gedaan in een procedure aangespannen door een aantal gepensioneerden over dezelfde problematiek als de onderhavige proefprocedures. Dit vonnis is door CVZ in de procedure gebracht bij brief van 24 december 2008 (“**vonnis van 17 december 2008**”). Uit het vonnis van 17 december 2008 blijkt van voornoemde redenering in de laatste paragraaf van onderdeel E.

“Zoals de rechtbank reeds heeft overwogen [...] wordt in de tekst van artikel 29, eerste lid, van de Toepassingsverordening uitsluitend gesproken van het in aanmerking komen voor verstrekkingen. Niet wordt gesproken van het al dan niet hebben van een recht op keuze voor een bepaald (zoektekosten(verzekerings)stelsel, noch over een voorwaarde vooraf voor toepasselijkheid van artikel 28 van de Verordening. [...] Naar aanleiding van hetgeen door eisers is aangevoerd, voegt de rechtbank hier nog aan toe dat de vraag of er sprake is van een recht, een andere vraag is dan die naar effectuering daarvan. Dat een recht niet wordt geëffectueerd, wil niet zeggen dat het niet bestaat.”

7. Zonder inschrijving kan het recht echter niet worden geëffectueerd. Als het recht niet te gelde gemaakt kan worden, impliceert dit dat het recht (nog) niet bestaat. Inschrijving is daarmee een constitutief vereiste voor het bestaan van het recht. De artikelen 28 e.v. van Verordening 1408/71

creëren aldus een recht voor gepensioneerden die in een andere lidstaat dan hun pensioenland wonen om na inschrijving in aanmerking te komen voor verstrekkingen op grond van het socialezekerheidsstelsel van het woonland.

8. Artikel 28 van Verordening 1408/71 kan ook niet worden gezien als een conflictregel in eigenlijke zin zoals in de bestreden uitspraak ten gronde in overweging 3.3 is aangenomen. De conflictregel met betrekking tot gepensioneerden is te vinden in artikel 13 lid 2 sub f Vo. 1408/71 in samenhang met artikel 17 bis Vo. 1408/71. Juist die conflictregels voorzien in een uitzondering op het uitgangspunt van dwingende aanwijsregels van Vo. 1408/71: specifiek gepensioneerden kunnen ervoor opteren om zich niet bij een sociaal zekerheidsstelsel aan te sluiten. Deze uitzonderingsmogelijkheid is ingegeven door het feit dat toepassing van dwingende aanwijsregels juist bij gepensioneerden onbillijk kan uitpakken. Deze bepaling geeft aan dat de verplichte verzekering niet in beton gegoten is: mede gezien de tekst van artikel 17bis Vo. 1408/71 valt niet in te zien waarom gepensioneerden niet de mogelijkheid hebben zich aan het keurslijf van de artikelen 28 e.v. Vo. 1408/71 te onttrekken.

Mechanisme voor woonland

9. Voor het woonland werkt het mechanisme van Vo. 1408/71 als volgt. Vanaf het moment van inschrijving bij de ziekenkas komen alle eventuele verstrekkingen ten behoeve van de gepensioneerde in kwestie voor rekening van het woonland. Het is in beginsel niet mogelijk om met terugwerkende kracht vanaf een eerder moment aanspraak te maken op verstrekkingen door het ziekenfonds van het woonland. Het (echte) verzekeringsrisico berust daarmee bij het woonland vanaf het moment van inschrijving.
10. Vanaf het moment van inschrijving kan het woonland daartegenover voor de betrokken gepensioneerde een periodiek forfaitair bedrag in rekening brengen bij de bronstaat ter grootte van de gemiddelde kosten voor zorg van gepensioneerden in het woonland op basis van Toepassingsverordening 574/72. De inschrijving is aldus ook constitutief voor het kunnen doorberekenen van het forfaitaire bedrag door het woonland.

Mechanisme voor Nederland

11. Tot slot zie ik kort de positie van het pensioenland/Nederland onder Vo. 1408/71. Vanaf het moment dat de inschrijving is geschied, wordt aan Nederland een bijdrage in rekening gebracht. Van geval tot geval wordt bepaald of een dergelijke bijdrage in rekening kan worden gebracht.
12. Aangezien het een periodiek forfaitair bedrag betreft, ongeacht de omvang en het niveau van daadwerkelijke verstrekkingen, ligt het risico van het verzekeren geheel bij het woonland. Het forfaitaire bedrag dekt het risico voor Nederland als het ware af als een soort van verzekeringspremie: de bijdrage van Nederland is immers volledig geabstraheerd van het individuele risico.
13. Inschrijven is volgens appellanten ook een constitutief vereiste voor Nederland om de Zvw-bijdrage in te houden. Hierbij zij aangetekend dat de Nederlandse wetgeving niet verplicht tot inschrijving bij de ziekenkas van het woonland en de Nederlandse wetgever ook niet de bevoegdheid heeft een dergelijke verplichting op te leggen.

Interpretatie artikel 33 Vo. 1408/71

14. Zonder inschrijving biedt titel 33 Vo. 1408/71 volgens appellanten geen titel om van die gepensioneerden een bijdrage te heffen. Het CVZ betoogt echter dat de inschrijving met het E 121- formulier alleen een constitutief vereiste is voor het kunnen effectueren van het recht op verstrekkingen.
15. Uit overweging 3.6 van de uitspraak ten gronde volgt voornoemd standpunt van de Rechtbank Amsterdam dat de inschrijving niet bepalend is voor het ontstaan van het heffingsrecht.

“Het HvJ EG [...] ziet de inschrijving uitsluitend als constituerend vereiste voor het maken van aanspraak op verstrekkingen uit hoofde van artikel 28 van de Vo.”

16. De Rechtbank Amsterdam tracht in het vonnis van 17 december 2008 de argumentatie dat registratie bij het ziekenfonds van de woonplaats

niet bepalend is voor het ontstaan van een betalingsverplichting verder “dicht te schrijven”. Zie in dit verband onderdeel F van het vonnis.

“Naar het oordeel van de rechtbank valt uit artikel 33 van de Vo. niet af te leiden dat de nationale wetgever uitsluitend bevoegd is om reëel gemaakte kosten in te houden. Artikel 33 stelt alleen als vereiste dat een nationale regeling dient te bestaan, op grond waarvan voor rekening van een pensioen- of rentetrekker bijdragen of premies worden ingehouden om de kosten van de prestaties bij ziekte en moederschap te dekken. [..]”

17. De overwegingen zijn alleen gezien de tekst van artikel 33 Vo. al onbegrijpelijk. Volledigheidshalve citeer ik hier de tekst van artikel 33 lid 1 Vo.

“Het orgaan van een Lid-Staat dat een pensioen of rente verschuldigd is en dat een wettelijke regeling toepast waarin is bepaald, dat voor rekening van een pensioen of rentetrekker bijdragen of premies worden ingehouden om de kosten van de prestaties bij ziekte en moederschap te dekken, is gemachtigd deze bedragen, berekend overeenkomstig de wettelijke regeling, in te houden op het pensioen of de rente welke dit orgaan verschuldigd is, voorzover de prestaties krachtens de artikelen 27, 28, 28 bis, 29, 31 en 32 voor rekening van een orgaan van bedoelde Lid-Staat komen.”

18. De voorwaarde die de rechtbank distilleert uit artikel 33 Vo. is terug te vinden vóór de zinsnede beginnend met “voorzover”. Inderdaad is opgenomen dat een nationale regeling dient te bestaan waaruit de bijdrageplicht vloeit. Deze bijdrage mag CVZ op basis van dit artikel inhouden op de AOW-uitkering van appellanten. Echter, alleen als aan de gestelde voorwaarden is voldaan. De rechtbank gaat voorbij aan het voegwoord van beperking “voorzover” dat is opgenomen.

19. “Voorzover de prestaties krachtens de artikelen 27, 28, 28 bis, 29, 31 en 32 voor rekening van een orgaan van bedoelde Lid-Staat komen.” Deze voorwaarde kan niet anders gelezen worden dan dat CVZ enkel mag inhouden voorzover het woonland bedragen in rekening brengt aan het pensioenland ter dekking van kosten van verstrekkingen aan betrokken gepensioneerde.

20. De verdere overweging over art. 33 Vo. 1408/71 in het vonnis van 17 december, onderdeel F, kan voorts geen stand houden:

“[...] Niet is in artikel 33 bepaald dat het dient te gaan om op individuele basis te verrekenen kosten of dat het moet gaan om een berekening van reële kosten .[...].”

21. De verrekening van de kosten die Nederland in rekening krijgt gebracht met de te innen bijdrage, dient wel op individuele basis plaats te vinden. De forfaitaire kosten voor Nederland worden per in het buitenland wonende gepensioneerde, bij Nederland in rekening gebracht. Daartegenover kan ook enkel het heffen van een bijdrage staan voor de individuen die de Staat ook daadwerkelijk geld kosten. Juist omdat niet Nederland maar het woonland binnen de systematiek van artikelen 28 e.v. Vo. 1408/71 het verzekeringsrisico draagt en binnen diezelfde systematiek het woonland geen kosten in rekening mag brengen aan wie ook tenzij/nadat een inschrijving heeft plaatsgevonden, is er geen enkele rechtvaardiging binnen diezelfde systematiek om het pensioenland een “*free ride*” ten laste van individuele gepensioneerden te geven in situaties waarin het pensioenland geen kosten draagt.
22. Anders gezegd: er bestaat geen enkele rechtvaardiging voor de gedachte dat Nederland een bijdrage zou mogen heffen over perioden waarin de kosten voor de verstrekkingen niet ten laste van Nederland komen. Dit zou anders zijn als Nederland het risico draagt maar zoals besproken loopt Nederland nou juist niet het risico van de verzekeraar. Door wel een bijdrage in te houden zonder enige vorm van wederprestatie, is sprake van onrechtmatige verrijking.
23. Het argument van CVZ dat dit systeem speculatief gedrag in de hand zou werken, snijdt geen hout. Het is volstrekt onaannemelijk dat juist gepensioneerden gezien hun leeftijd en het daarmee gepaard gaande risico op zorgkosten, zouden wachten met het afsluiten van een verzekering tot zich daadwerkelijk een gezondheidsprobleem manifesteert. Indien migrerende gepensioneerden zich al schuldig zouden kunnen of willen maken aan dergelijk afwentelingsgedrag, dan komen de nadelige gevolgen bovendien volledig voor rekening en risico van het woonland. Nederland heeft slechts voordeel bij het afwentelingsgedrag: de periode waarover een forfaitaire betaling dient te worden betaald aan het woonland is korter dan wanneer die gepensioneerde geen afwentelingsgedrag zou vertonen. Geen van de woonlanden wenst overigens op enigerlei wijze ingezeten buitenlandse

gepensioneerden aan te sporen, laat staan te dwingen, om zich bij het ziekenfonds van de woonplaats te doen inschrijven. Anders gezegd: het beweerdelijke afwentelingsprobleem is een schijnprobleem.

24. Nederland trekt zich met de litigieuze bijdrageregeling beweerdelijk de belangen van de woonlanden aan. Dat is echter feitelijk onjuist – het gaat uitsluitend om de eigen financiële belangen van Nederland – en bovendien is dat niet een belang waarover Nederland zich vanuit EG-perspectief zorgen zou moeten maken te nadele van migrerende gepensioneerden. Nederland zou in dezen vertrouwen dienen te stellen aan de wetgeving van het woonland om uitvoering te geven aan Vo. 1408/71.
25. Vergelijk in een andere context het arrest van het Hof van Justitie in de zaak C-169/89, *Gourmetteria Van den Burg* (23 mei 1998, Jurisprudentie 1990 bladzijde I-02143), geannoteerd in SEW nr. 4 1991, p. 261 e.v.

Een poelier werd veroordeeld voor het in bezit hebben van een Schots sneeuwhoen (“Scottish grouse”) in zijn koeling op basis van een invoerverbod van deze vogelsoort in de Vogelwet 1936. De beesten kwamen niet in Nederland voor maar enkel in het Verenigd Koninkrijk. Daar stond de nationale wetgeving toe te jagen op de sneeuwhoenen. Sneeuwhoenen zijn geen beschermde dieren. Op grond van de Europese richtlijn 79/409 inzake het behoud van de vogelstand mogen lidstaten onder omstandigheden strengere maatregelen treffen dan voorzien in deze richtlijn. Dit geldt echter alleen ten aanzien van op hun grondgebied levende soorten. Nederland had daarom niet de bevoegdheid maatregelen te treffen ter bescherming van het Schotse sneeuwhoen. Het was niet aan Nederland om vermeende belangen van Schotland waar te nemen.

Belemmering vrij verkeer

26. Subsidiair geldt dat indien artikel 33 Vo. 1408/71 zo zou moeten worden uitgelegd dat de inschrijving geen constitutief vereiste is voor het heffen van de bijdrage, het artikel niet rechtsgeldig is gezien strijdigheid met artikel 18 en/of 39 EG-Verdrag. Het vrij verkeer wordt belemmerd indien de Staat een heffing zou mogen inhouden terwijl de niet ingeschreven gepensioneerde geen aanspraak kan maken op verstrekkingen in zijn woonland (aangezien daarvoor de inschrijving een constitutief vereiste is). De Rechtbank Amsterdam heeft in de uitspraak ten gronde ten

onrechte geconcludeerd dat artikel 28 Vo. 1408/71 één van de voorwaarden is die het vrij verkeer van Unieburgers kan beperken.

Prejudiciële vragen

27. Het is duidelijk dat op dit onderdeel van het geschil niet kan worden beslist nadat een oordeel is gegeven over de uitleg (en subsidiair de rechtsgeldigheid) van artikel 33 Vo. 1408/71. Hiervoor zullen aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen moeten worden voorgelegd. Voor de goede orde: voor Uw Raad geldt een verwijzingsplicht uit hoofde van artikel 234 EG-Verdrag.
28. De bijpassende prejudiciële vraag en vervolgvraag luiden als volgt (zie hoger beroepschrift):

“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 zich niet heeft ingeschreven bij het orgaan van zijn woonplaats op de voet van het bepaalde in artikel 29 van Verordening 574/72.”

“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 zich niet heeft ingeschreven bij het orgaan van zijn woonplaats op de voet van het bepaalde in artikel 29 van Verordening 574/72.”

B. Strijd met belastingverdragen

29. Bovendien geldt ten aanzien van alle appellanten dat Nederland haar heffingsbevoegdheid op pensioeninkomsten heeft “weggegeven” op basis van de toepasselijke belastingverdragen. Al zou Nederland al bevoegd zijn te heffen op basis van Vo. 1408/71, op basis van de belastingverdragen dient Nederland het merendeel van de pensioeninkomsten van appellanten vrij te stellen.

30. In het nader document ingediend bij de Centrale Raad van Beroep op 2 januari 2009 is dit standpunt onderbouwd namens de heren Ramaer, Van der Nat, Van Willigen en Van Delft. De heffingsonbevoegdheid geldt echter ook voor de heren Vreeswijk, Ellegiers, Harkx en Breman.

Zvw-bijdrage is een belasting

31. Allereerst is hierbij van belang dat de Zvw-bijdrage kwalificeert als een belasting, ondanks het feit dat de bijdrage ook onder de reikwijdte valt van Vo. 1408/71. Om te bepalen of een bijdrage is aan te merken als een belasting dient te rade worden gegaan bij het OESO-commentaar op het OESO-modelverdrag. Volgens dit verdrag en commentaar zijn veel bilaterale belastingverdragen gemodelleerd. Volgens de Hoge Raad is het commentaar op het OESO-Modelverdrag "van grote betekenis" voor de uitleg van belastingverdragen.¹ Een heffing wordt niet beschouwd als belasting, wanneer er een rechtstreeks verband (*direct connection*) bestaat tussen de "*levy and the individual benefits to be received*" (laatste zin van par. 3 van het OESO-commentaar op art. 2 van het OESO-modelverdrag).

32. Tegenover de Zvw-bijdrage staat geen verzekering. De bijdrageplichtige is in Nederland juist uitgesloten van de Nederlandse sociale zekerheid. Dit wordt bevestigd door het standpunt van CVZ in deze procedure: de Staat zou de bijdrage kunnen heffen ongeacht of de bijdrageplichtige aanspraak kan maken op verstrekkingen in zijn woonland. In de Memorie van Toelichting bij de Zorgverzekeringwet is in dit verband opgenomen dat bewust is gekozen voor de term "bijdrage" in plaats van "premie".

"Aangezien de desbetreffende personen niet verzekerd zijn, wordt niet gesproken van een premie. Het recht op de prestaties bestaat derhalve louter op grond van het internationale recht."²

33. Voorts creëert Vo. 1408/71 niet een "rechtstreeks verband" tussen de Zvw-bijdrage en het recht op verstrekkingen. Het recht op verstrekkingen is in het woonland onder het systeem van artikelen 28,

¹ HR 2 september 1992, BNB 1992 nr. 379

² TK 2003-2004, 29 763, nr. 3, p. 163.

28bis en 33 van Vo. 1408/71 immers niet afhankelijk van enig te betalen heffing.

34. Juist indien het standpunt van de Staat correct zou zijn dat de Staat op grond van artikel 33 Vo. 1408/71 een bijdrage mag heffen van gepensioneerden die niet zijn ingeschreven bij het ziekenfonds van het woonland, dan vloeit daar direct uit voort dat de bijdrage als een belasting moet worden aangemerkt.

Belastingverdragen van toepassing naast Vo. 1408/71

35. Tot voor kort bestond er geen duidelijkheid of toepasselijkheid van EG-regels inzake sociale zekerheid op een bepaalde casuspositie in de weg staat aan gelijktijdige toepassing van belastingverdragen op diezelfde casuspositie. Het HvJ EG heeft hierover duidelijkheid geschapen in het Derouin-arrest³ van 3 april 2008. In dit arrest is uitgemaakt dat Vo. 1408/71 niet in de weg staat aan de toepassing van belastingverdragen. Op basis van de Vo. 1408/71 kan een staat bevoegd zijn een bijdrage in te houden. Daarnaast kunnen staten in belastingverdragen afspreken welke inkomsten voor de berekening van deze bijdrage in aanmerking moeten worden genomen.

Beantwoording prejudiciële vraag Derouin arrest. "Vo. (EEG) nr. 1408/71 [...] moet aldus worden uitgelegd dat zij niet eraan in de weg staat dat een lidstaat wiens socialezekerheidswetgeving als enige van toepassing is op een ingezeten zelfstandige, de door genoemde zelfstandige in een andere lidstaat verworven inkomsten niet in aanmerking neemt voor de berekening van bijdragen [...] met name op grond van een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting naar het inkomen."

Toepasselijke belastingverdragen

36. Op grond van de toepasselijke belastingverdragen heeft het woonland de bevoegdheid om over de pensioeninkomsten bijdragen te heffen en Nederland dus niet. De toepasselijke belastingverdragen zijn de bilaterale belastingverdragen tussen Nederland en België, Spanje, Frankrijk, Italië en Ierland.

³ HvJ EG 3 april 2008 C-103/06 (Derouin)

37. Deze verdragen zijn vormgegeven naar het OESO-modelverdrag. AOW-inkomsten zijn in het OESO-modelverdrag toegerekend aan het woonland op basis van het “restartikel” (art. 21 OESO modelverdrag). In het werkende bestaan opgebouwd pensioen kan ook enkel door het woonland worden belast (art. 18 OESO). Een uitzondering hierop is geformuleerd in artikel 19 lid 2 OESO-modelverdrag ten aanzien van ambtenarenpensioen. Hierover is de bronstaat bevoegd te heffen.

In de toepasselijke belastingverdragen wordt het geschetste stramien gevolgd, op een enkele uitzondering na.

- In het belastingverdrag met België worden uitkeringen van sociale zekerheid in een apart artikel 18 lid 1 sub b genoemd. Op basis van dit artikel is het woonland bevoegd te heffen over AOW-inkomsten.
- In het belastingverdrag met Italië is in artikel 18 lid 2 de uitzondering opgenomen dat de bronstaat bevoegd is te heffen over niet periodieke pensioeninkomsten. Deze uitzondering is opgenomen gezien het lage belastingpercentage dat geldt voor afkoopsommen van pensioenen in Italië.
- In het belastingverdrag met Ierland is tot slot een apart artikel opgenomen waarin inkomsten uit lijfrentes worden toegerekend aan het woonland. Over dergelijke inkomsten is het woonland derhalve heffingsbevoegd op basis van dit artikel in plaats van het restartikel.

38. Als gevolg hiervan kan de Zwv-bijdrage niet door Nederland worden geheven over de pensioeninkomsten van appellanten (met uitzondering van het ambtenarenpensioen).

C Woonlandfactor

39. De huidige berekeningsgrondslag van de woonlandfactor is onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel en kwalificeert als daad van bestuurlijke willekeur.

40. Ongelijke gevallen worden met de invoer van de woonlandfactor weliswaar niet langer gelijk behandeld, zij worden echter niet zo ongelijk behandeld naar de rato van hun ongelijkheid. Hierdoor schendt de Staat het dictum van het kortgedingvonnis van de Rechtbank Den Haag van 31 maart 2007 (“**kortgedingvonnis**”). Dit zal ik nader toelichten.

Strijd met gelijkheidsbeginsel

Woonlandfactor verdisconteert het kostenvoordeel van Staat niet

41. Met de woonlandfactor zou de onevenwichtigheid weggenomen moeten worden tussen de bijdragen die appellanten opbrengen en de kosten die voor hen worden gemaakt. Dit wordt door CVZ onderstreept in de tweede alinea van het onderdeel over de woonlandfactor in de verweerschriften.
42. De kosten voor zorg die momenteel worden gemaakt door de Staat, zijn de kosten die door het woonland in rekening worden gebracht voor de ingeschreven gepensioneerden. Deze kosten betreffen een forfaitair bedrag gebaseerd op de kosten voor zorg voor gepensioneerden in dat woonland (art. 95 Vo. 547/72). Deze kosten zijn substantieel lager dan de gemiddelde kosten voor zorg voor gepensioneerden in Nederland. Dit is hoofdzakelijk toeschrijfbaar aan de AWBZ. Deze gemiddelde kosten was Nederland kwijt geweest als de gepensioneerden in Nederland hadden gewoond.
43. Om dit kostenvoordeel te verdisconteren in de Zvw-bijdrage, dient deze bijdrage daarom gecorrigeerd te worden voor het verschil tussen de gemiddelde kosten voor zorg voor gepensioneerden in het woonland en in Nederland. Deze berekeningsgrondslag voor de alternatieve woonlandfactor kan schematisch als volgt worden weergegeven:

$$K_{\text{woonstaat}}/K_{\text{NI}}$$

Door huidige woonlandfactor worden specifiek gepensioneerden benadeeld

44. Door de woonlandfactor evenwel te baseren op de gemiddelde kosten van verstrekkingen aan de gehele bevolking, worden wederom specifiek de gepensioneerden benadeeld.
45. De totale zorgkosten per verzekerde zijn bij uitstek in Nederland voor verzekerden van 65 jaar en ouder een veelvoud van de kosten voor verzekerden jonger dan 65 jaar. In Nederland wonende gepensioneerden kunnen, na jarenlang hoge AWBZ premies betaald te hebben, aanspraak maken op het volledige AWBZ-pakket. In het

buitenland wonende gepensioneerden, die evenzeer jarenlang AWBZ-premies hebben betaald, kunnen dat niet aangezien de verstrekkingen in het woonland niet in die mate in *care* voorzien.

46. Door het aldus niet corrigeren van de Zvw-bijdrage met het verschil in gemiddelde kosten voor zorg voor gepensioneerden in het woonland en Nederland, wordt bovendien in strijd gehandeld de solidariteitsgedachte die aan het Nederlandse zorgstelsel ten grondslag ligt. De jong/oud solidariteit brengt mee dat verzekerden in hun jonge jaren meer premie betalen dan de gemiddelde kosten voor de zorg die zij ontvangen. Op oudere leeftijd is dit andersom.
47. De woonlandfactor veronderstelt dat de gehele bevolking in gelijke mate aanspraak maakt op AWBZ-verstrekkingen, ongeacht leeftijd. Dit is echter niet het geval. Het volume van verstrekkingen aan gepensioneerden is aanzienlijk groter.
48. Deze ongelijke behandeling kan worden geïllustreerd door de premies te delen door de kosten van de ontvangen zorg, de zogenaamde P/K-verhouding. De Minister van VWS zélf heeft de P/K-verhouding geïntroduceerd als maatstaf om de solidariteit tot uiting te brengen, en wel in een brief aan de kamer getiteld "Solidariteit in de ziektekostenverzekeringen."⁴ Deze brief geeft inzicht in de diverse vormen van solidariteit waaronder de jong/oud solidariteit.
49. In de **bijlage** schema I) bij de pleitnota is in Schema I van een aantal inkomensgroepen van gepensioneerden de P/K-verhouding voor het jaar 2006 weergegeven in Nederland, Spanje, België, Frankrijk en Duitsland.
- voor de P-factor in Nederland is gerekend met de nominale premie, de inkomensafhankelijke bijdrage en ABWZ premie, verminderd met de toepasbare heffingskortingen;
 - voor de P-factor in Spanje, België, Frankrijk en Duitsland is de Zvw-bijdrage als uitgangspunt genomen die in 2006 moest worden betaald (de Nederlandse P-factor vermenigvuldigd met de vastgestelde woonlandfactoren), en
 - voor de K-factor wordt met het bedrag gerekend dat het woonland (inclusief Nederland) rapporteert op basis van artikel 95 Vo. 574/72.

⁴ TK 1998-1999, 26288, nr. 1

50. Hieruit komt naar voren dat de P/K-verhouding per inkomensgroep aanzienlijk verschilt per land en in alle woonlanden telkens aanzienlijk hoger uitpakt dan voor dezelfde inkomensgroep in Nederland. Daaruit wordt duidelijk dat de in het buitenland wonende “Nederlandse” gepensioneerden flink aan solidariteitsrechten inboeten. Een hogere P/K-verhouding betekent immers dat in verhouding hogere lasten moeten worden gedragen.
51. De P/K-verhouding dient per inkomensgroep in alle landen hetzelfde te zijn als de Nederlandse P/K-verhouding. Dan alleen profiteren de in het buitenland wonende “Nederlandse” gepensioneerden in gelijke mate van de opgebouwde solidariteitsrechten als de in Nederland wonende gepensioneerden. Nu de P/K-verhouding vaststaat evenals de K-factoren van Nederland en de woonlanden en de P-factor van Nederland, kan worden uitgerekend wat de hoogte van P-factor in het woonland moet zijn (de alternatieve Zwv-bijdrage). Deze alternatieve Zwv-bijdrage kan worden berekend door de Nederlandse P/K-verhouding te vermenigvuldigen met de K-factor van het woonland (zie schema II van de bijlage. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

$$P_{NI}/K_{NI} = P_{\text{woonstaat}}/K_{\text{woonstaat}}$$

Deze formule is te herschrijven als:

$$P_{\text{woonstaat}} = P_{NI}/K_{NI} \times K_{\text{woonstaat}}$$

52. De alternatieve woonlandfactor is het getal waarmee de P-factor van het woonland is gecorrigeerd ten opzichte van de P-factor van Nederland. Dit kan worden berekend door de P-factor van het woonland te delen door de P-factor van Nederland ($P_{\text{woonstaat}}/P_{NI}$). In de bijlage is dit voor de verschillende landen onder elkaar gezet in schema II. Ter illustratie zijn tevens in schema III deze alternatieve woonlandfactoren naast de toegepaste woonlandfactoren in 2006 gezet. De alternatieve woonlandfactoren zijn aanzienlijk lager dan de toegepaste woonlandfactoren.
53. Deze berekeningsgrondslag voor de alternatieve woonlandfactoren ($P_{\text{woonstaat}}/P_{NI}$) levert overigens exact dezelfde uitkomsten op als de berekeningsgrondslag waarin de gemiddelde kosten voor zorg aan

gepensioneerden in Nederland worden afgezet tegen de gemiddelde kosten voor zorg aan gepensioneerden in de woonlanden ($K_{\text{woonstaat}}/K_{\text{NI}}$). Deze laatste berekeningsgrondslag $K_{\text{woonstaat}}/K_{\text{NI}}$ voor de alternatieve woonlandfactor bepleitte ik al eerder. Schematisch laat dit zich als volgt verklaren:

$$P_{\text{NI}}/K_{\text{NI}} = P_{\text{woonstaat}}/K_{\text{woonstaat}}$$

Deze formule is te herschrijven als:

$$P_{\text{woonstaat}}/P_{\text{NI}} = K_{\text{woonstaat}}/K_{\text{NI}}$$

54. Linksom of rechtsom kom je aldus weer uit bij een woonlandfactor ter grootte van de vergelijking van de gemiddelde kosten voor zorg aan gepensioneerden die Nederland moet rapporteren op basis van de Toepassingsverordening met de gemiddelde kosten voor zorg aan gepensioneerden die het woonland rapporteert.
55. Dit betekent tevens dat het betoog van CVZ over risicosolidariteit de plank mislaat. Het gaat niet om differentiatie in premie naar leeftijd, maar het corrigeren van een bijdrage voor sociale zekerheid die juist indruist tegen het solidariteitsbeleid zoals door de Minister zelf verwoord.

Strijd met willekeurbeginsel

56. De gehele regeling van artikelen 28 e.v. Vo. 1408/71 is ingericht voor uitsluitend gepensioneerden. Nu kijkt Nederland voor de correctie op de bijdrage naar de gemiddelde kosten voor zorg aan de gehele bevolking. Deze discrepantie tussen de berekeningsgrondslag voor de forfaitaire bijdragen en de correctie op de Zvw-bijdrage is tevens een daad van bestuurlijke willekeur.
57. De praktische bezwaren die CVZ aanvoert tegen het uitvoeren van de woonlandfactor op voorgestane wijze, zijn ten onrechte door de Rechtbank geaccepteerd. Niet valt in te zien waarom een nalatige administratie als rechtvaardiging van een daad van bestuurlijke willekeur zou mogen gelden. De cijfers die de lidstaten dienen te rapporteren op grond van artikel 95 Vo. 574/72 betreffen de gemiddelde kosten van zorgverstrekkingen aan gepensioneerden. Nederland is daarin nalatig gebleven: Nederland heeft die cijfers niet voorhanden en rapporteert de

gemiddelde kosten voor personen van 65 jaar en ouder en voor personen jonger dan 65. Dat spoort niet met de Toepassingsverordening.

58. Bovendien geldt dat binnen afzienbare tijd het voorstel voor de nieuwe Toepassingsverordening van Vo. 883/2004⁵ van kracht gaat, ter vervanging van het huidige regime. Voor de berekening van het forfaitaire bedrag wordt in de nieuwe Toepassingsverordening van Vo. 883/2004 uitgegaan van drie leeftijdsklassen: tot 20, tot 65 en vanaf 65 (art. 63 Toepassingsverordening). Voor de beperkte groep gepensioneerden die jonger dan 65 jaar zijn, geldt onder dit regime dat het (lagere) forfaitaire bedrag wordt betaald van de groep 20 tot 65.
59. Onder dit regime kan met twee woonlandfactoren gewerkt worden. Eén voor de groep gepensioneerden vanaf 65 jaar en één (hogere) woonlandfactor voor de groep gepensioneerden beneden de 65 jaar.

Reparatieregelgeving had inhoudelijk moeten worden getoetst

60. Een woonlandfactor die de Zwv-bijdrage enkel compenseert met het verschil in de gemiddelde kosten voor zorg aan de gehele bevolking van het woonland en Nederland, neemt de vastgestelde onevenwichtigheid niet weg. De Rechtbank Amsterdam velt in de bestreden uitspraak ten gronde hierover geen inhoudelijk oordeel. De rechtbank stipt enkel aan dat de situatie met de woonlandfactor wezenlijk anders was dan de situatie ten tijde van het kortgedingvonnis. De rechtbank laat na te onderzoeken of de nieuwe situatie de ongelijke behandeling wegneemt met als redenering dat dit de marginale toetsing van de Regeling zorgverzekering te buiten zou gaan.
61. De Staat komt er te gemakkelijk mee weg door de enkele constatering van de rechtbank dat de Regeling zorgverzekering bij marginale toetsing niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur. Niet ter discussie staat dat de inhoudelijke toetsing van een algemeen verbindend voorschrift terughoudend zal zijn. De oorspronkelijke bijdrageregeling is in kort geding als onmiskenbare schending van het gelijkheidsbeginsel aangemerkt. Het kortgedingvonnis heeft de Minister

de mogelijkheid geboden deze ongelijke behandeling te repareren. De reparatieregeling ligt nu ter beoordeling voor.

62. De ernst van de schending van het gelijkheidsbeginsel van deze regeling is lager dan die van de oorspronkelijke regeling. Dit neemt echter niet weg dat de rechtbank ook de reparatieregeling inhoudelijk had moeten toetsen. Het argument dat de door appellanten voorgestane woonlandfactor tot (nota bene aan de Staat zelf toe te rekenen) uitvoeringsproblemen zou leiden is onvoldoende om de inhoudelijke toets achterwege te laten.
63. Een parallel is te trekken met een reeks arresten van het HvJ EG over de Europese verordening over melkquota en daaropvolgende reparatiewetgeving.
64. De casus in deze arresten was als volgt. Op basis van een eerdere Europese regeling konden boeren zich tegen betaling van een premie verbinden om gedurende vijf jaar geen melk te produceren. Gedurende deze periode werd “*overnight*” de superheffing ingevoerd. Melkproducenten moesten een heffing gaan betalen voor de hoeveelheid zuivel die een bepaalde referentiehoeveelheid overschreed. Die referentiehoeveelheid werd bepaald op basis van de werkelijke productie in 1983. In dat jaar hadden de zogenaamde Slom-boeren echter niets geproduceerd.
65. De superheffingsverordening werd succesvol aangevochten met een beroep op het vertrouwensbeginsel. De Slom-boeren hadden de gerechtvaardigde verwachting dat zij na vijf jaar de productie weer mochten hervatten. In de reparatieverordening werd de referentiehoeveelheid vastgesteld op 60% van de productie in het jaar voorafgaand aan de niet-leveringsverbintenis. Het HvJ EG boog zich vervolgens over de vraag in hoeverre de reparatieverordening in strijd was met het vertrouwensbeginsel.

⁵ Commissie EG 31 januari 2006, COM 2006/0006 (COD)

66. Het HvJ EG overwoog in twee arresten van 11 december 1990⁶ dat ook de reparatiewetgeving getoetst moet worden aan de in de eerdere arresten toegepaste beginselen, met name het vertrouwensbeginsel.

R.ov. 11. “Aangezien verordening nr. 764/89 is vastgesteld om de betrokken regeling in overeenstemming te brengen met de genoemde arresten Mulder en von Deetzen, moet de geldigheid van artikel 3 bis, lid 2, in de eerste plaats worden onderzocht met inachtneming van de in deze arresten toegepaste beginselen en vooral met inachtneming van het vertrouwensbeginsel.”

67. Het HvJ EG overweegt verder dat de Commissie en de Raad een discretionaire bevoegdheid toekwamen bij het vaststellen van de reparatiewetgeving.

R.ov. 12. “[...] De gemeenschapswetgever kon hun specifieke referentiehoeveelheden dan ook niet berekenen op basis van de door hen gedurende dat jaar geleverde hoeveelheden, maar moest – zoals hij ook heeft gedaan – een andere berekeningsgrondslag kiezen, zoals de omvang van hun leveringen gedurende een representatieve periode, voorafgaande aan hun periode van niet-levering of omschakeling [...]”

68. Daarop heeft het HvJ EG overwogen dat ook al mocht een kortingspercentage worden opgenomen in de reparatiewetgeving, dit percentage in strijd is met het vertrouwensbeginsel aangezien specifiek de betrokken groep boeren was benadeeld.

R.ov. 13. “Wanneer een dergelijk kortingspercentage wordt toegepast, verzet het vertrouwensbeginsel evenwel zich ertegen, dat dit percentage, in vergelijking met het kortingspercentage voor producenten wier referentiehoeveelheden krachtens artikel 2 van verordening nr. 857/84 zijn vastgesteld, zo hoog wordt bepaald, dat dit in de praktijk neerkomt op een beperking die de betrokken producenten juist wegens de door hen uit hoofde van de verordening nr. 1078/77 aangegane verbintenis op een bijzondere manier treft.”

69. Op overeenkomstige wijze dient de herziene Regeling zorgverzekering wel degelijk aan een toets te worden onderworpen aan het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur en zal de regeling de toets niet halen.

⁶ HvJ EG 11 december 1990, C 189/89 (Spagl), Jurisprudentie 1990 bladzijde I-04539 en C-217/89 (Pastätter), Jurisprudentie 1990-04585.

D Conclusie

70. Appellanten verzoeken de Centrale Raad van Beroep de bestreden uitspraken te vernietigen.

71. Voor zover de Centrale Raad een uitspraak dient te doen over het wezenlijke interpretatiepunt of Nederland heffingsbevoegd is ten aanzien van appellanten die zich niet bij de ziekenkas van hun woonkas hebben ingeschreven met een E 121- formulier, geldt dat de procedures dienen te worden geschorst teneinde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen met betrekking tot de uitleg van artikel 33 Vo. 1408/71. Een voorstel voor de prejudiciële vragen is in de beroepschriften en in deze pleitaantekeningen opgenomen.

* * *

Bijlage

I Berekening P/K verhouding Nederland en viertal verdragslanden

	Nederland	Spanje	België	Frankrijk	Duitsland
Woonlandfactor	1	0,3557	0,6603	0,6935	0,7194
Alleenstaande AOW					
Te betalen bijdrage	1732	616	1144	1201	1246
Af te dragen(2003)	8600	2586	3450	3667	3609
<u>Premie/kosten verhouding</u>	<u>0,2014</u>	<u>0,2382</u>	<u>0,3316</u>	<u>0,3275</u>	<u>0,3452</u>
Echtpaar uitsluitend AOW					
Te betalen bijdrage	2979	1060	1967	2066	2143
Af te dragen	17200	5172	6900	7334	7218
<u>Premie/kosten verhouding</u>	<u>0,1732</u>	<u>0,2049</u>	<u>0,2851</u>	<u>0,2817</u>	<u>0,2969</u>
Echtpaar één maximaal, één uitsluitend AOW					
Te betalen bijdrage	7060	2511	4662	4896	5079
Af te dragen	17200	5172	6900	7334	7218
<u>Premie/kosten verhouding</u>	<u>0,4105</u>	<u>0,4855</u>	<u>0,6757</u>	<u>0,6676</u>	<u>0,7037</u>
Echtpaar beiden maximaal					
Te betalen bijdrage	11142	3963	7357	7727	8015
Af te dragen	17200	5172	6900	7334	7218
<u>Premie/kosten verhouding</u>	<u>0,6478</u>	<u>0,7662</u>	<u>1,0662</u>	<u>1,0536</u>	<u>1,1104</u>

II Berekening alternatieve Woonlandfactoren

	Nederland	Spanje	België	Frankrijk	Duitsland
Woonlandfactor	1				
Alleenstaande AOW					
Te betalen bijdrage	1732				
Kosten Nederland (2003)	8600	2586	3450	3667	3609
Premie/kosten verhouding	0,2014	0,2014	0,2014	0,2014	0,2014
Te betalen bijdr. Bij P/K 0,20		521	695	739	727
<u>Corresp. Woonlandfactor</u>		<u>0,3007</u>	<u>0,4012</u>	<u>0,4264</u>	<u>0,4197</u>
Echtpaar uitsluitend AOW					
Te betalen bijdrage	2979				
Kosten Nederland (2003)	17200	5172	6900	7334	7218
Premie/kosten verhouding	0,1732	0,1732	0,1732	0,1732	0,1732
Te betalen bijdr. Bij P/K 0,17		896	1195	1270	1250
<u>Corresp. Woonlandfactor</u>		<u>0,3007</u>	<u>0,4012</u>	<u>0,4264</u>	<u>0,4197</u>
Echtpaar één maximaal, één uitsluitend AOW					
Te betalen bijdrage	7060				
Kosten Nederland (2003)	17200	5172	6900	7334	7218
Premie/kosten verhouding	0,4105	0,4105	0,4105	0,4105	0,4105
Te betalen bijdr. Bij P/K 0,41		2123	2832	3010	2963
<u>Corresp. Woonlandfactor</u>		<u>0,3007</u>	<u>0,4012</u>	<u>0,4264</u>	<u>0,4197</u>
Echtpaar beiden maximaal					
Te betalen bijdrage	11142				
Kosten Nederland (2003)	17200	5172	6900	7334	7218
Premie/kosten verhouding	0,6478	0,6478	0,6478	0,6478	0,6478
Te betalen bijdr. Bij P/K 0,65		3350	4470	4751	4676
<u>Corresp. Woonlandfactor</u>		<u>0,3007</u>	<u>0,4012</u>	<u>0,4264</u>	<u>0,4197</u>

**III Vergelijking alternatieve woonlandfactor met toegepaste
woonlandfactor in 2006**

Land	Woonlandfactoren	
	Berekend via P/K	Toegepast in 2006
Spanje	0,3007	0,3557
België	0,4012	0,6603
Frankrijk	0,4264	0,6935
Duitsland	0,4197	0,7194