

Zorgverzekeringswet¹ (Zvw) en Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen² (Wia) Nieuwe Nederlandse sociale zekerheidswetgeving en het Europees recht

I. Inleiding

1. De Zvw en de Wia, hoezeer ook onderling verschillend, hebben enkele factoren gemeen: beide wetten betreffen het Nederlands socialezekerheidsstelsel (sociale verzekeringen); beide wijzigen of vervangen per 1 januari 2006 enige, thans bestaande wetgeving op het betrokken gebied³ (schadeverzekering) en beide roepen vergelijkbare vragen op over toepasselijkheid van Europees recht (EG-recht).⁴
2. Er bestaat een ingewikkelde relatie tussen wet- en regelgeving inzake sociale verzekeringen van een Lidstaat enerzijds en het Europees recht anderzijds. Die relatie wordt voornamelijk bepaald door de regels van het EG-Verdrag betreffende de vier vrijheden (vooral de vrije vestiging en het vrij dienstenverkeer), door Verordening (EEG) 1408/71⁵ en de EG-Schadeverzekeringsrichtlijnen, welke harmonisatie van de (interne) markt in de sector schadeverzekering te weeg brengen,⁶ en uiteraard door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HJEG).
3. Het EG-recht laat in beginsel de bevoegdheid van de Lidstaten onverlet hun nationaal stelsel van sociale zekerheid in te richten.⁷ Bij gebreke van harmonisatie op communautair niveau kunnen zij de voorwaarden vaststellen (a) waaronder een

¹ Wet van 16 juni 2005, houdende regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (**Zorgverzekeringswet, Zvw**), **Stbl. 2005 358**. Zie voor het wetsvoorstel Zvw in Handelingen (**H.**) Tweede Kamer (**TK**) en Eerste Kamer (**EK**) 2003-2004 29 763. *Met de Zvw hangen samen* (a) de Wet van 16 juni 2005, houdende regels inzake de aanspraak op een financiële tegemoetkoming in de premie van een zorgverzekering vanwege een laag inkomen (**Wet op de Zorgtoeslag, Wzt**), **Stbl. 2005 369**, en (b) het wetsvoorstel Invoerings- en aanpassingswet Zorgverzekeringswet (I&A Wet Zvw, H. TK 2004-2005 30 124). Zie voor het wetsvoorstel Wzt in H. TK en EK 2003-2004 29 762.

² Wetsvoorstel Wia, H. TK 2004-2005 30 034. *Met dit wetsvoorstel Wia hangt samen* het wetsvoorstel Wet Invoering en financiering Wet Wia (Iwia), H. TK 2004-2005 30 118.

³ De Zvw vervangt de Ziekenfondswet (Zfw), de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen 1998 (Wtz 1998) en de Wet Medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (Wet Mooz). Vgl. H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 6 tweede helft. De rechtsgevolgen van de invoering van de Zvw en de intrekking van de Zfw, Wtz 1998 en de Wet Mooz alsmede de noodzakelijke overgangsregelingen worden geregeld in de I&A Wet Zvw (Vgl. H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 73 bovenaan). Uit het gewijzigd wetsvoorstel van I&A Wet Zvw blijkt dat bij van kracht worden van deze wet de onderliggende Zvw op een dertigtal punten zal worden gewijzigd. H. EK 2004-2005 30 124 A van 30 juni 2005 bij art. 2.4.2. Blijkens wetsvoorstel Iwia wordt, bij het van kracht worden van de Wia, een groot aantal bestaande wetten op verwant terrein aangepast. De Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (Wet REA) zal worden ingetrokken.

⁴ De regering was zich daarvan bewust bij de opzet van het nieuwe ziektekostenverzekeringsstelsel (Zvw) (vgl. Advies Landsadvocatuur "Een nieuw stelsel van zorgverzekering. Toetsing aan het gemeenschapsrecht en het internationale recht"; H. TK 2004-2005 29 763, nr 26 Verslag van Schriftelijk Overleg p. 16 midden). Bij de opzet van een nieuw stelsel van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Wia) blijkt echter niet dat de regering aandacht heeft gegeven aan mogelijke toepasselijkheid van EG-recht.

⁵ Verordening (EEG) 1408/71 van 14 juni 1971 (**Vo 1408/71**), PbEG 1971 L149 (meermalen gewijzigd).

⁶ De **drie** zgn. **Schaderichtlijnen**: Richtlijn 73/239/EEG van de Raad (*Eerste Richtlijn* Schadeverzekeringen) van 24 juli 1973, PbEG 1973 L228; Richtlijn 88/357/EEG van de Raad (*Tweede Richtlijn* Schadeverzekeringen) van 22 juni 1988, PbEG 1988 L172; **Richtlijn 92/49/EEG** van de Raad (*Derde Richtlijn* Schadeverzekeringen) of **Derde Schaderichtlijn**, die in de praktijk vooral van belang is) van 18 juni 1992, PbEG 1992 L228. Deze drie Richtlijnen voltooien de interne markt in de sector schadeverzekering (vrije vestiging; vrij dienstenverkeer).

⁷ HJEG in 238/82 Duphar van 7 februari 1984, J. 1984 523, 540 e.v. ro 16; in C-159/91 en 160/91 Poucet en Pistre van 17 februari 1993, J. 1993 I-637, 667 ro 6; in C-70/95 Sodemare van 17 juni 1997, J. 1997 I-3395, 3433 ro 27; in C-120/95 Decker van 28 april 1998, J. 1998 I-1831, 1880 ro 21; in C-158/96 Kohll van 28 april 1998, J. 1998 I-1931, 1942 ro 17; in C-67/96 Albany van 21 september 1999, J. 1999 I-5751, 5897 ro 122.

persoon zich kan of moet aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid⁸ en (b) waaronder recht bestaat op verstrekkingen en uitkeringen.⁹ Niettemin moeten de Lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid het EG-recht eerbiedigen.¹⁰

4. Dat een nationale regeling behoort tot het gebied van de sociale zekerheid sluit toepassing van het fundamentele beginsel van het vrij dienstenverkeer (art. 49 en art. 50 EG) niet uit.¹¹ Echter, niet kan worden uitgesloten dat een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het stelsel van sociale zekerheid een dwingende reden van algemeen belang vormt, waardoor een belemmering van het beginsel van het vrij verrichten van diensten gerechtvaardigd kan zijn.¹²
5. Beperkingen of afwijkingen van een of meer van de vier fundamentele vrijheden van de EG, welke een Lidstaat te weeg brengt, staan onder controle van de EG-instellingen die kunnen nagaan of die beperkende nationale wettelijke of bestuurlijke maatregel noodzakelijk is ter bescherming van de algemene belangen die zij moet waarborgen.¹³ Deze beperkingen mogen in elk geval niet verder gaan dan hetgeen daartoe objectief noodzakelijk is. Anders gezegd, de vraag is of de Lidstaat het beoogd resultaat niet met minder beperkende maatregelen kan bereiken¹⁴ (beginsel van evenredigheid).
6. Van belang is in hoeverre de nationale sociale zekerheidswetgeving wordt uitgevoerd door publieke organen en/of door private instellingen, zoals commerciële schadeverzekeraars, en welke taak deze organen en/of instellingen daarbij van de wetgever ontvangen.¹⁵
7. Zoals uit Vo 1408/71¹⁶ volgt, draagt de relevante sociale verzekeringsmarkt waarop de twee groepen van nationale wetgeving (Zvw en Wia) zien, een grensoverschrijdend karakter. Handelingen ter uitvoering van de nationale wet kunnen mede betrekking hebben op de gemeenschappelijke markt van de EG. Bij dergelijke nationale voorschriften zal het met name gaan om mogelijke inbreuken op (a) de vrije vestiging, (b) het vrije dienstenverkeer voor de betrokken schadeverzekeraars binnen de EG, waarbij van belang kan zijn dat de markt voor schadeverzekeringen door de Schaderichtlijnen geharmoniseerd is, en (c) het EG-concurrentieregime.¹⁷
8. Bij de Zvw zijn het private, commerciële schadeverzekeraars die de wet uitvoeren met zodanige wettelijke taak dat zij niet langer alleen maar schadeverzekeraars zijn, maar *zorgverzekeraars*, verantwoordelijk voor de zorg waaraan hun verzekerden behoefte hebben (zorgplicht zorgverzekeraars).¹⁸

⁸ HJEG in C-120/95 Decker t.a.p. 1880 ro 22; in C-158/95 Kohll t.a.p. 1943 ro 18; in C-157/99 Smits en Peerebooms van 12 juli 2001, J. 2001 I-5473, 5526 e.v. ro 45.

⁹ HJEG in C-4/95 en 5/95 Stöber en Piosa Pereira van 30 januari 1997, J. 1997 I-511, 545 ro 36; in C-120/95 Decker t.a.p. 1880 ro 22; in C-158/96 Kohll t.a.p. 1943 ro 18.

¹⁰ HJEG in C-120/95 Decker t.a.p. 1881 ro 23; in C-158/96 Kohll t.a.p. 1943 ro 19; in C-157/99 Smits en Peerebooms t.a.p. 5527 ro 46.

¹¹ HJEG in C-158/96 Kohll t.a.p. 1943 ro 21; in C-157/99 Smits en Peerebooms t.a.p. 5528 ro 54.

¹² HJEG in C-158/96 Kohll t.a.p. 1948 ro 41; in C-157/99 Smits en Peerebooms t.a.p. 5533 ro 72; in C-368/98 Vanbraekel van 12 juli 2001, J. 2001 I-5363, 5401 ro 47.

¹³ Vaste rechtspraak van het HJEG; voor dienstenverkeer opnieuw bevestigd: HJEG in C-36/02 Omega/Bonn van 14 oktober 2004, n.n.g.; NJ 2005-295 p. 2772 e.v. ro 30, 36.

¹⁴ HJEG in 205/84 Commissie/Duitsland van 4 december 1986, J. 1986 3755, 3802 e.v. ro 27, 29, 33; in C-180/89 Commissie/Italië van 26 februari 1991, J. 1991 I-709, 722 e.v. ro 17/18, 24; in C-106/91 Ramrath van 20 mei 1992, J. 1992 I-3351, 3384 e.v. ro 30/31; in C-157/99 Smits en Peerebooms t.a.p. 5534 ro 75.

¹⁵ Dit speelt vooral bij eventuele toepasselijkheid van de Schaderichtlijnen. Vgl. HJEG in C-238/94 Garcia van 26 maart 1996, J. 1996 I-1673, 1685 e.v. ro 8 t/m 16; in C-206/98 Commissie/België van 18 mei 2000, J. 2000 I-3509, 3544 ro 44/45.

¹⁶ Zie voor toepassing van ziektekosten- resp. arbeidsongeschiktheidsverzekeringen Titel III, hfdst.1 (ziekte en moederschap) c.q. hfdst. 2 (invaliditeit) van Vo 1408/71.

¹⁷ Het EG-concurrentieregime komt hierna niet meer rechtstreeks ter sprake.

¹⁸ Vgl. met name art. 11 jo art. 10 en art. 14 Zvw.

9. Bij de Wia ligt met ingang van 2007 de uitvoering van de wet in handen van het publiek orgaan, het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV),¹⁹ en van private schadeverzekeraars, tezamen. Vooralsnog wordt aangenomen dat dan de wettelijke uitvoeringstaak met betrekking tot de Wia voor de publieke en private verzekeraar gelijk is. In 2006 zal alleen het UWV de Wia uitvoeren. Private verzekeraars krijgen pas met ingang van 2007 een uitvoeringstaak.
10. Daar uitvoering van de Zvw niet op gelijke wijze is geregeld als die van de Wia, kan de uitkomst van een toetsing van deze beide wetten aan EG-recht uiteenlopen. Echter, bij toetsing zullen de uitgangspunten van Europees recht eender zijn.
11. De Zvw en de Wia zullen aan schadeverzekeraars die deze sociale verzekeringswetten uitvoeren, zekere beperkingen opleggen in hun handelingsvrijheid op de betrokken verzekeringsmarkt. Dergelijke beperkingen zijn weliswaar eigen aan een stelsel van sociale zekerheid, maar niet aan de ordening van de voltooide interne markt in de sector schadeverzekering.

II Voorvragen bij toetsing nationale wetgeving sociale zekerheid aan het EG-recht

A. Enige Voorvragen bij EG-Verdrag

12. In beginsel zullen met name art. 43 e.v. EG (vrije vestiging) en art. 49 e.v. EG (vrij dienstenverkeer) bij toetsing van een nationaal sociaalzekerheidsstelsel aan het EG-recht van toepassing zijn. In hoeverre ook art. 81 e.v. EG (concurrentieregime) daarbij betrokken moet worden, hangt af van de omstandigheid of de uitvoerende organen of –instellingen zijn aan te merken als ondernemingen.
13. Kunnen deze bepalingen van het EG-Verdrag en de Schaderichtlijnen naast elkaar toepassing vinden bij de stelsels welke de Zvw en de Wia (afzonderlijk) in het leven roepen?
14. Wat bedoelt het Hof aan te geven wanneer het de bevoegdheid van de Lidstaat om het nationaal stelsel van sociale zekerheid in te richten clauseleert met de woorden : “Bij gebreke van harmonisatie op communautair niveau...”²⁰ Kan een Lidstaat binnen het kader van die bevoegdheid niet langer de voorwaarden vaststellen, hierboven onder 3 sub a en/of sub b vermeld, wanneer communautaire harmonisatie heeft plaatsgevonden, zoals het geval zal zijn bij toepasselijkheid van de Schaderichtlijnen op een nationaal sociaalzekerheidsstelsel, in de zin van Vo 1408/71?²¹

B. Enige Voorvragen bij Vo 1408/71

15. Behoren de Zvw (in combinatie met de Wzt) en de Wia (in combinatie met de Iwia) tot het Nederlandse sociaalzekerheidsstelsel? Voor het antwoord op die vraag moet worden gezien naar Vo 1408/71, meer in het bijzonder naar art. 4, eerste lid onder a) respectievelijk onder b), en art. 5 van deze Verordening.²²
16. De Lidstaat Nederland heeft destijds de nationale wetgeving waarin de Zvw en de Wia wijziging brengen, ex art. 5 jo art. 97 Vo 1408/71 aangemeld. De omstandigheid dat een Lidstaat een nationale wet in zijn verklaring ex art. 5 Vo 1408/71 heeft vermeld, moet worden geacht te doen vaststaan dat de op grond van deze wet toegekende uitkeringen sociale zekerheidsuitkeringen zijn, in de zin van deze Verordening.²³ De

¹⁹ De Belastingdienst-toeslagen is in 2006 betrokken bij de uitvoering van de Wia. Dit komt hier niet ter sprake.

²⁰ HJEG in C-120/95 Decker t.a.p. 1880 ro 22; in C-158/95 Kohll t.a.p. 1943 ro 18; in C-157/99 Smits en Peerebooms t.a.p. 5526 e.v. ro 45.

²¹ De Europese Commissie acht in die situatie de bevoegdheid van de Lidstaten niet aangetast. Brief Europese Commissie aan Nederlandse minister VWS van 25 november 2003 CAB/PvB/D (03) 0848, p. 2 midden. Vgl. H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 23 midden.

²² Vgl. o.a. ICER Advies “Europeesrechtelijke aspecten van het stelsel van ziektekostenverzekeringen”, Ministerie VWS 2001, p. 30 e.v.

²³ HJEG in 35/77 Beerens van 29 november 1977, J. 1977 2249, 2254 ro 9, tweede zinsnede.

Nederlandse regering verklaart met betrekking tot de Zvw en de Wzt straks te zullen zorgdragen voor overeenkomstige aanmelding.²⁴ Bij de Wia en Iwia is dat voornemen van de regering, die deze laatst genoemde wetten wel ziet als sociale zekerheidswetgeving,²⁵ echter niet duidelijk. Maar zelfs als deze verklaring ex art. 5 Vo 1408/71 achterwege blijft, kan de betrokken wet of regeling onder het toepassingsgebied van Vo 1408/71 vallen.²⁶ Men mag wegens de tekst van art. 4, lid 1 Vo 1408/71, de geschiedenis van de “oude” nationale wetgeving en de interpretatie van de nieuwe wetgeving door de nationale wetgever aannemen dat van rechtswege

- a. de Zvw en de Wzt onder art. 4, lid 1 onder a) en daarmee onder Titel III hoofdstuk 1 van Vo 1408/71,²⁷ en
- b. de Wia en de Iwia onder art. 4, lid 1 onder b) en daarmee onder Titel III hoofdstuk 2 van Vo 1408/71 zullen vallen.

17. Bij dit uitgangspunt is vervolgens aan de orde aan welke organen en/of instellingen de wetgever de uitvoering van deze sociale zekerheidswetgeving heeft opgedragen, en met welke taak deze uitvoeringsorganen (instellingen) daarbij zijn belast. Blijkens de genuanceerde rechtspraak van het HJEG let dat nauw.²⁸ Het is van belang in hoeverre die uitvoeringstaak is opgedragen aan:

- a. Uitsluitend een of meer *publieke* organen
- b. Uitsluitend een of meer *private* instellingen
- c. Zowel publieke organen als private instellingen tezamen, met al dan niet identieke taak.

18. Vooralsnog is bij de Wia en de Iwia gedurende het jaar 2006 uitsluitend het publiek orgaan (UWV) met de uitvoering van deze wetten belast.²⁹

19. Bij de Zvw hebben uitsluitend private instellingen (commerciële zorgverzekeraars) een uitvoeringstaak, wanneer een verzekeraar deze wet tot uitvoering wil brengen.

20. Vanaf 2007 zal -naar zich laat aanzien- de Wia ter wille van de keuzevrijheid voor de werkgever worden uitgevoerd door zowel een publiek orgaan (UWV) als private instellingen (schadeverzekeraars).³⁰

C. Enige Voorvragen bij de Schaderichtlijnen

21. Zijn de Schaderichtlijnen van toepassing op de Zvw en/of de Wia? Bij het beantwoorden van die vraag moet men aan de hand van onderstaande criteria naar beide wetten kijken:

- a. Is op de desbetreffende nationale wet Vo 1408/71 van toepassing? Zo ja, dan is uitgangspunt dat in die situatie wegens art. 2, lid 2 Richtlijn 92/49 jo art. 2 lid 1 onder d Richtlijn 73/239 de Schaderichtlijnen niet ook van toepassing zijn. Of dat uitgangspunt in het onderhavige geval een uitzondering kent, hangt af van de gecombineerde beoordeling van navolgende punten b) en c).

²⁴ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 57 onder VI Grensoverschrijdende zorg, eerste alinea; resp. H. TK 2003-2004 29 762, nr 3 MvT p. 2, laatste alinea.

²⁵ H. TK 2004-2005 30 034, nr 3 MvT p. 88, laatste alinea; resp. H. TK 2004-2005 30 118, nr 4 Advies Raad van State en Nader Rapport, p. 8 bovenaan. Het valt op dat bij het beraad omtrent het voorstel van de Wia de wetgever bij de behandeling van internationale aspecten (ILO-Verdragen nr 121 en nr 128) geen aandacht besteedt aan mogelijke toepasselijkheid van EG-recht.

²⁶ HJEG in 35/77 Beerens t.a.p. 2254 ro 9, eerste zinsnede; in 70/80 Vigier van 27 januari 1981, J. 1981 229, 240 ro 15.

²⁷ Evenzo Europese Commissie, Brief aan Nederlandse minister VWS t.a.p. p. 2 bovenaan.

²⁸ Vgl. enerzijds HJEG in C-159/91 en C-160/91 Poucet en Pistre t.a.p. 668 e.v. ro 8 t/m 18; in C-264/01, C-354 en 355/01 AOK van 16 maart 2004, n.n.g.; in Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (TGR) 3-2004 p. 244 r.k., 250 e.v. ro 45 t/m 65 (m.nt G.J.A. Hamilton); anderzijds HJEG in C-244/94 FFSA van 16 november 1995, J. 1995 I-4013, 4025 e.v. ro 7 t/m 17; in C-67/96 Albany t.a.p. 5887 e.v. ro 79 t/m 87.

²⁹ H. TK 2004-2005 30 034, nr 20 Tweede Nota van Wijziging (TNW), Toelichting p. 1 e.v.

³⁰ H. TK 2004-2005 30 034, nr 20 TNW, Toelichting p. 1 e.v. en nr 12 Nota n.a.v. het Verslag p. 87 midden.

- b. In hoeverre handelen de uitvoeringsorganen c.q. -instellingen geheel als overheidsorganen ter uitvoering van een sociale taak en het beginsel van solidariteit, zonder eigen invloed op inhoud en omvang van de te leveren verzekeringsprestaties, op de hoogte van de premies, en andere voorwaarden van verzekering, zonder eigen ondernemers- of verzekeringsrisico en zonder winsttoogmerk (puur stelsel van sociale zekerheid);³¹
 - c. In hoeverre zijn de uitvoeringsorganen c.q. –instellingen bij de uitvoering van hun taak aan te merken als ondernemingen met eigen ondernemers– of verzekeringsrisico, met winsttoogmerk, met een eigen beslissingsruimte omtrent het aanbieden en aangaan van verzekeringsovereenkomsten, en de daarbij te berekenen premies, de te verlenen premiekortingen en andere verzekeringsvoorwaarden; in concurrentie met andere schadeverzekeraars op dezelfde markt (verwaterd stelsel van sociale zekerheid).³²
22. Hiervoor is aangenomen dat Vo 1408/71 op de Zvw en op de Wia van toepassing zal zijn. Derhalve kunnen in beginsel de Schaderichtlijnen niet op deze wetgeving toegepast worden, tenzij sprake is van een verwaterd stelsel van sociale zekerheid. In dat geval kunnen VO 1408/71 en de Schaderichtlijnen wel naast elkaar bestaan en tegelijkertijd op de Zvw en/of de Wia toepassing vinden.³³
23. Een dergelijke simultane toepasselijkheid kan problemen opleveren. Het gaat dan bij sociale verzekeringen om gelijktijdige toepasselijkheid van onderling uiteenlopende communautaire normen op een geharmoniseerde EG-verzekeringmarkt. Dat laatste brengt mede dat een nationale wetgevende of bestuurlijke maatregel niet langer kan worden getoetst aan de Verdragsbepalingen inzake het vrij dienstenverkeer, maar slechts aan de bijzondere secundaire EG-regelgeving waarbij de harmonisatie van de verzekeringmarkt is tot stand gebracht, de Schaderichtlijnen.³⁴ Zo kunnen dan ter rechtvaardiging van discriminerende nationale maatregelen de uitzonderingen, bedoeld in art. 45 en 86, lid 2 EG, niet langer worden ingeroepen.³⁵ Dan zal de Lidstaat zich bij de Zvw c.q. de Wia beroepen op art. 54 resp. art. 55 Richtlijn 92/49 om zich in het kader van het sociaalzekerheidsstelsel in bepaald opzicht te kunnen onttrekken aan het geharmoniseerde regime van de Schaderichtlijnen.³⁶
24. Het is een telkens terugkerende voorvraag of op een voltooide interne markt, als ruimte zonder binnengrenzen, discriminatoire beperkende maatregelen van een Lidstaat al ooit rechtvaardiging kunnen vinden; welk nationaal algemeen belang daartoe ook mag worden aangevoerd. Immers, de communautaire wetgever, die de harmonisatie van de betrokken EG-markt realiseerde, zal daarbij de door Lidstaten eventueel aan te voeren algemene belangen reeds in aanmerking hebben genomen. Wellicht horen op die markt discriminatoire nationale maatregelen niet (meer) thuis.³⁷

³¹ HJEG in C-238/94 Garcia t.a.p. 1686 ro 8 t/m 16, in samenhang met HJEG in C-159/91 en 160/91 Poucet en Pistre t.a.p. 667 e.v. ro 6 t/m 19; in C-264/01, C-354 en 355/01 AOK t.a.p. ro 45 t/m 65. -

³² HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3542 e.v. ro 36 t/m 45.

³³ HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3542 ro 39 laatste zin.

³⁴ HJEG in C-37/92 Vanacker van 12 oktober 1993, J. 1993 I-4947, 4978 ro 9; in C-324/98 DaimlerChrysler van 13 december 2001, J. 2001 I-9897, 9930 ro 32.

³⁵ HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3544 ro 45.

³⁶ Voor de omvang van de resterende bevoegdheid van Lidstaten om zelf beperkende maatregelen te treffen is van belang in hoeverre en tot op welke hoogte de betrokken EG-Richtlijnen de desbetreffende markt(en) hebben geharmoniseerd (HJEG in C-2/90 Commissie/België van 9 juli 1992, J. 1992 I-4431, 4475 e.v. ro 11 t/m 37).

³⁷ In hoeverre volgt het secundair EG-recht de wat onduidelijke rechtspraak van het HJEG rond discriminatoire nationale maatregelen en het vrij dienstenverkeer ex art. 49 EG (jo art. 55 en art. 46 EG en/of de rule of reason)? A-G Tesaro, Conclusie bij C-120/95 Decker en C-158/96 Kohll, J. 1998 I-1834, 1862 e.v. Kunnen ongelijke maatregelen worden gerechtvaardigd met een beroep op een dwingende reden van algemeen belang? Staan art. 54 en art. 55 Richtlijn 92/49 in beginsel ook open voor *discriminatoire*, beperkende maatregelen van Lidstaten?

25. Rechtvaardiging van nationale beperkende maatregelen “zonder onderscheid” zou echter wel kunnen plaatsvinden met beroep op art. 54³⁸ resp. op art. 55 Richtlijn 92/49³⁹.
26. De communautaire wetgever lijkt bij art. 54 en art. 55 van verschillende gedachten uit te gaan. Toepassing van art. 54 dient rechtvaardiging te vinden in het algemeen belang en de daarmee verbonden evenredigheidstoets. Volgens de tekst van art. 55 geldt de exceptie van die laatste bepaling reeds door het enkele verlangen van een Lidstaat dat verzekeraars, werkzaam op zijn grondgebied, de specifieke voorschriften van zijn nationale wetgeving naleven. Een te motiveren rechtvaardiging van welke inbreuk ook op de ordening van de voltooide interne markt lijkt bij art. 55 niet vereist. Een mogelijk onderscheid in systeem tussen ziektekostenverzekeringen (art. 54) en arbeidsongevallenverzekeringen (art. 55) verklaart dit verschil in benadering van de communautaire wetgever niet meteen.⁴⁰
27. Het lijkt moeilijk bij al deze punten tot een evenwichtige, goed werkbare uitlegging van het EG-recht te komen. Waar de gemeenschapswetgever deze mogelijke uitzonderingen op het geharmoniseerde verzekeringsregime zelf heeft aangebracht, moeten de artikelen 54 en 55 van Richtlijn 92/49 in de praktijk wel toepassing kunnen vinden. Waar het steeds gaat om een uitzondering op de bestaande regel, mag men niet spoedig aannemen dat binnen een Lidstaat excepties zijn vereist op de ordening van de door de communautaire wetgever geharmoniseerde schadeverzekeringsmarkt.⁴¹ Die benadering zou ook gelden voor art. 55 van de Richtlijn.
28. De grenslijn tussen een puur en een verwaterd stelsel van sociale zekerheid is nog niet eenduidig in de jurisprudentie van het HJEG aangegeven. We weten enigszins wat onder een puur stelsel wordt verstaan, maar wanneer zich een verwaterd stelsel voordoet staat minder vast. Te simpel lijkt de benadering dat voor een verwaterd stelsel al voldoende zou zijn, dat de desbetreffende uitvoerende verzekeraars voor eigen verzekeringsrisico optreden.⁴² Daar zal meer voor nodig zijn. Het moet niet slechts blijken dat verzekeraars voor eigen risico optreden maar ook dat zij binnen het sociale verzekeringsstelsel meer in het algemeen tot de dienstensector behorende economische activiteiten uitoefenen.⁴³ Wanneer zich dat laatste voordoet, wordt aangegeven in Europese rechtspraak over het EG-concurrentieregime.⁴⁴ De beide wetten (Zvw en Wia) kunnen hierbij onderling verschillen.

³⁸ Voor tekst van art. 54, lid 1 Richtlijn 92/49: zie het hierboven weergegeven preadvies van Hamilton onder 6.

³⁹ Art. 55 Richtlijn 92/49: “De Lid-staten kunnen van de verzekeringsondernemingen die op hun grondgebied voor eigen risico de verplichte arbeidsongevallenverzekering uitoefenen, verlangen dat zij de specifieke voorschriften naleven die in hun nationale wetgeving ten aanzien van deze verzekering zijn opgenomen, met uitzondering van de bepalingen inzake het financieel toezicht, die onder de uitsluitende bevoegdheid van de Lidstaat van herkomst vallen.”

⁴⁰ De considerans van Richtlijn 92/49 geeft onder (22) t/m (24) overwegingen van de communautaire wetgever weer m.b.t. de exceptie van art. 54 bij ziektekostenverzekeringen. Een overeenkomstige redengeving ontbreekt evenwel in (26) van de considerans t.a.v. van de exceptie van art. 55 bij arbeidsongevallenverzekeringen. De tekst van (26) is vrijwel gelijk aan die van art. 55 zelf en verklaart de gedachtegang van deze wetgever niet.

⁴¹ Europese Commissie lijkt een ruime interpretatie van art. 54 Richtlijn 92/49 voor te staan (vgl. haar reactie op de plannen van Nederland om tot een nieuw stelsel van ziektekostenverzekeringen te komen, zoals met instemming geciteerd door de regering in H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 23 tweede helft).

⁴² HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3544 ro 44 m.b.t. toepassing van art. 55 Richtlijn 92/49 op een Belgisch sociaal verzekeringsstelsel, in de zin van art. 4, lid 1 onder b jo Titel III hoofdstuk 2 van Vo 1408/71.

⁴³ HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3542 ro 39. Evenzo Advies Landsadvocatuur t.a.p. p. 13 e.v. onder 4.2.1. en J.W. van de Gronden “Zorg tussen lidstaten en interne markt” Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief, Kluwer Europese Monografieën 74, 2004 p. 21.

⁴⁴ Vgl. o. m. HJEG in C-159/91 en 160/91 Poucet en Pistre t.a.p. 667 e.v. ro 6 t/m 19; in C-264/01, C-354 en 355/01 AOK t.a.p. ro 45 t/m 65 enerzijds, en HJEG in C-244/94 FFSA t.a.p. 4025 e.v. ro 7 t/m 17; in C-

29. De Lidstaat zal de rechtvaardiging van zijn wetgevende of bestuurlijke *maatregel* waarbij de (commerciële) handelingsvrijheid van verzekeraars die de nationale wet betreffende sociale zekerheid uitvoeren, wezenlijk wordt ingeperkt, aanstonds *zodanig* moeten *motiveren* dat (1) een rechter in staat zal zijn om zijn rechtmatigheidscontrole uit te oefenen, en dat (2) verzekeraars over de nodige gegevens beschikken om uit te maken of die maatregel gegrond is of niet.⁴⁵ De wetgever zal aandacht moeten geven aan volgende relevante criteria:
- a. de noodzaak tot de beperkende maatregel wegens een dwingende reden van algemeen belang, en
 - b. het daarbij te betrekken beginsel van evenredigheid.⁴⁶
30. Daarbij stuit die wetgever wel op een praktische moeilijkheid. Indien de wetgever de beperkingen van de handelingsvrijheid welke hij aan verzekeraars in het kader van het stelsel van sociale zekerheid oplegt, al bij het uitvaardigen van dat voorschrift heeft te rechtvaardigen, moet wel aanstonds duidelijk zijn aan de hand van welke criteria die rechtvaardiging dient te geschieden: op grond van de Verdragsbepalingen inzake vrije vestiging en vrij dienstenverkeer of juist op basis van de Schaderichtlijnen omdat in de sector schadeverzekering de interne markt inmiddels is voltooid. Hiervoor is voorlopig aangenomen dat bij een verwaterd regime van sociale zekerheid aannemelijk is dat de Richtlijnen van toepassing zijn. In dat geval zullen art. 43 e.v. en art. 49 e.v. EG niet langer relevant zijn.

III Toetsing Zvw aan het EG-recht

31. Indien de regering de wetgeving rond de Zvw bij de Voorzitter van de Raad van de EG⁴⁷ ex art. 5 jo art 97 Vo 1408/71 aanmeldt, valt deze regelgeving daardoor als sociaalzekerheidsstelsel onder Vo 1408/71.⁴⁸ De Lidstaat kan dit stelsel inrichten zoals hij wenst, mits hij het EG-recht daarbij in acht neemt.
32. Zij die in ons land wonen of werken,⁴⁹ zijn verplicht een ziektekostenverzekering te sluiten,⁵⁰ met bijpassende premievergoeding en een andere, objectief vast te stellen persoonlijke bijdrage van ieder der verzekerden.⁵¹
33. Tevens kan de Nederlandse wetgever bepalen dat binnen dit stelsel van sociale zekerheid de commerciële schadeverzekeraars, die er voor kiezen om dit stelsel van ziektekostenverzekeringen voor eigen risico ten uitvoer te leggen, daarmee tot taak

67/96 Albany t.a.p. 5887 ro 79/80 anderszijds. Het lijkt denkbaar dat het begrip “economische activiteit” bij de Schaderichtlijnen een ietwat andere inhoud heeft dan bij het EG-concurrentieregime.

⁴⁵ Over motiveringsplicht in Europese context: art. 253 EG en HJEG in 18/57 Nold van 20 maart 1959, J. 1959 93, 119 tweede helft; in 296 en 318/82 Nederland en LPF/Commissie van 13 maart 1985, J. 1985 809, 823 ro 18/19.

⁴⁶ De wetgever zal bij die motivering zich in elk geval er niet met een Jantje-van-Leiden van af mogen maken. Anderszins behoeft hij niet tot in detail alle overwegingen te vermelden die hem tot de betrokken norm gebracht hebben. Derden moeten de essentie van zijn gedachtegang kunnen volgen. Het valt op dat de wetgever bij de beraadslaging over het voorstel voor de Zvw uitschieters naar de ene en naar de andere zijde heeft. Bij de Wia heeft de wetgever mogelijke toepasselijkheid van EG-recht sterk verwaarloosd.

⁴⁷ Thans als Raad van de EU aangeduid.

⁴⁸ HJEG in 35/77 Beerens t.a.p. 2254 ro 9, tweede zinsnede.

⁴⁹ Vgl. art. 2, lid 1 Zvw. Het feitelijk criterium “diegenen die in Nederland wonen of werken” is ontleend aan art. 5, lid 1 jo art. 2 Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ); “werken” betekent: “geen ingezetene, maar terzake van in dienstbetrekking in Nederland verrichte arbeid aan de loonbelasting onderworpen”.

⁵⁰ Art. 2, lid 1 Zvw.

⁵¹ In bepaalde omstandigheden heeft de verplicht verzekerde recht op een zorgtoeslag, ten laste van het Rijk, indien zijn persoonlijke bijdrage in de kosten van de ziektekostenverzekering te hoog is in verhouding tot zijn beschikbaar “norminkomen” (Wtz).

krijgen -aan de hand van een wettelijke acceptatieplicht-⁵² om hun verzekerden tijdig van de zorg te voorzien waaraan deze verzekerden telkens behoefte hebben.⁵³

34. Het zal met name van belang zijn hoe ver de nationale wetgever de vrijheid van de verzekeraar om op deze zorgverzekeringsmarkt zijn eigen verzekeringsvoorwaarden te stellen nog verder kan inperken.
35. Volgens de bedoeling van de wetgever hebben we bij de Zvw te doen met een verwaterd stelsel van sociale zekerheid. Uitsluitend commerciële schadeverzekeraars voeren op basis van vrijwilligheid en na een zelfstandige aanmelding daartoe -voor eigen verzekeringsrisico, in onderlinge mededinging en veelal met winstoogmerk- het stelsel uit dat is neergelegd in de Zvw. Daarbij hebben zij op de sociale zorgverzekeringsmarkt een bepaalde maar beperkte speelruimte bij het vaststellen van hun verzekeringsvoorwaarden (b.v. hoogte nominale premie; keuze tussen verzekering in natura- of restitutiemodel; aanbieden van zorgverzekeringen met en zonder eigen risico van de verzekerde; al dan niet winstoogmerk bij verzekeraar; mededinging tussen verzekeraars op de relevante markt). Het gaat bij dergelijke beleidsmarges en -keuzes bij deze zorgverzekeraars om economische activiteiten, zodat zij als ondernemingen zullen zijn aan te merken.⁵⁴
- a. Even een zijpad: Daar de wetgever niet volledig zeker was dat een zorgverzekeraar bij toepassing van de Zvw volgens art. 81, lid 1 EG als onderneming zal gelden, heeft hij art. 122 Zvw ingevoerd.⁵⁵ Daarin wordt gesteld dat een zorgverzekeraar voor de toepassing van de (nationale) Mededingingswet (Mw) wordt aangemerkt als onderneming in de zin van art. 1 van die wet, mocht blijken dat hij naar bovenvermelde verdragsbepaling geen onderneming is.
 - b. Art. 122 Zvw is wegens deze verwijzing naar art. 1 Mw een wat vreemde cirkelbepaling. Art. 122 Zvw is nodig om voldoende concurrentie tussen zorgverzekeraars te garanderen, aldus de regering.⁵⁶ Als dat laatste niet volgens het EG-recht blijkt te kunnen, dan maar op basis van de nationale mededingingswet. De wetgever zal zijn doel missen. Immers, in art. 1 onder f Mw, waarnaar art. 122 Zvw verwijst en waarvan de materiële inhoud juist ongewijzigd blijft, wordt het begrip onderneming gedefinieerd als onderneming in de zin van art. 81, lid 1 EG. Bovendien zou art. 122 Zvw op gespannen voet kunnen staan met de strekking van art. 3, lid 2 Verordening 1/2003/EEG. Toepassing van nationale mededingingswetten op overeenkomsten, besluiten en gedragingen in de zin van art. 81, lid 1 EG mag niet leiden tot het verbieden van dergelijke overeenkomsten etc. indien ze niet ook uit hoofde van het mededingingsrecht van de Gemeenschap verboden zijn.⁵⁷ Dit laatste zal echter niet zo zeer slaan op het niet van toepassing zijn van art. 81, lid 1 EG als wel op de afweging van de bevoegde autoriteit dat in casu de mededinging niet is beperkt of vervalst, zoals in die verdragsbepaling bedoeld.
 - c. Hoe dat alles ook zij,⁵⁸ art. 122 Zvw zal in de praktijk waarschijnlijk geen toepassing behoeven te vinden, aangezien naar verwachting een zorgverzekeraar die het stelsel van de Zvw uitvoert, een onderneming in de zin van art. 81, lid 1 EG zal blijken te zijn.

⁵² Art. 3, lid 1 Zvw.

⁵³ Vgl. art. 14, lid 1 Zvw.

⁵⁴ Vgl. de hieronder nader aan te geven beschikking van de Europese Commissie van 3 mei 2005 inzake de reserves ziekenfondsen en het risicovereveningsstelsel van de Zvw, p. 18 e.v. onder § 3.1, waarin de Commissie uitvoerig gemotiveerd vaststelt dat zorgverzekeraars die in het kader van de Zvw opereren, ondernemingen zijn in de zin van art. 87, lid 1 EG, aangezien hun handelingen op deze zorgverzekeringsmarkt als economische activiteiten zijn aan te merken.

⁵⁵ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 195 e.v. t.a.v. het toenmalige art. 120 van het wetsvoorstel (thans art. 122). Meer uitvoerig: H. TK 2004-2005 29 763, nr 7 Nota n.a.v. het Verslag p. 115 e.v. onder art. 120.

⁵⁶ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 196 slot para. over art. 120.

⁵⁷ Verordening 1/2003/EEG van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG, PbEG 2003 p. 1. Vgl. art. 3, lid 2 en overweging 8 van de considerans van Vo 1/2003.

⁵⁸ Tijdens de hoorzitting van de Vaste Commissie VWS van de Tweede Kamer hebben Steyger en Cath reeds gewaarschuwd voor problemen van Europees recht welke bij art. 120 (thans art. 122) wetsvoorstel Zvw zouden kunnen opkomen. Steyger vroeg de Commissie VWS nog eens heel goed naar deze bepaling te kijken. H. TK 2004-2005 29 763, nr 7 Verslag hoorzitting p. 4 r.k.; 7 l.k.; 18 l.k.

36. Indien zorgverzekeraars bij de uitvoering van de Zvw economisch handelende ondernemingen blijken te zijn, lijken daarmee de criteria vervuld om op de Zvw en verwante regelgeving naast Vo 1408/71 tevens de Schaderichtlijnen toe te passen.⁵⁹ Gelet op art. 122 Zvw, zal de wetgever van die samenloop ook zijn uitgegaan.
37. Dat schept verwickelingen: *enerzijds* moet de Zvw binnen het nationaal stelsel van sociale verzekering, als bedoeld in Vo 1408/71, beperkingen stellen aan de handelingsvrijheid van private schadeverzekeraars als uitvoerders van de wet; *anderzijds* laten de tegelijkertijd toepasselijke Schaderichtlijnen, die de schadeverzekeringsmarkt binnen de EG harmoniseren, dergelijke beperkingen in beginsel niet toe. Het is niet voor niets dat volgens art. 2, lid 2 Richtlijn 92/49 jo art. 2 lid 1 onder d Richtlijn 73/239 de Schaderichtlijnen niet van toepassing zijn op verzekeringen die deel uitmaken van een stelsel van sociale zekerheid. Blijkens rechtspraak van het HJEG zijn echter Vo 1408/71 en de Schaderichtlijnen in bepaalde omstandigheden weer wel tegelijkertijd van toepassing.⁶⁰
38. De Zvw schrijft de zorgverzekeraar een groot aantal beperkingen voor bij vaststelling van diens verzekeringsvoorwaarden, zoals o.a.: (1) de zorgverzekeraar moet vooraf zijn modelpolissen aanmelden;⁶¹ (2) het te verzekeren risico-pakket staat vast;⁶² (3) acceptatieplicht t.a.v. de verzekerde, met bijpassend verbod tot premiedifferentiatie;⁶³ (4) een verplicht werkgebied;⁶⁴ (5) wettelijke regeling van het eigen-risico van de verzekerde;⁶⁵ (6) dito van de no-claimteruggave;⁶⁶ (7) bij alle zorgverzekeringen premievrijdom ten behoeve van minderjarigen.⁶⁷
39. Voor zorgverzekeraars zal niet elke wettelijke beperking van hun contracteervrijheid in de dagelijkse praktijk storend zijn, zolang die restrictie voor allen gelijkelijk geldt. Zij kunnen echter na enige tijd het gevoel krijgen bij de mededinging op de markt in hun bewegingsvrijheid sterk belemmerd te worden en de nodige armslag te missen.
40. Bij rechterlijke toetsing of deze bij wet gestelde beperkingen van de activiteit van zorgverzekeraars voldoende gerechtvaardigd zijn, zal allereerst worden beslist of daarbij de Verdragsbepalingen inzake vrije vestiging en vrij dienstenverkeer dan wel de Schaderichtlijnen op deze materie van Vo 1408/71 toepassing moeten vinden. Is dit laatste het geval, dan moet bezien of de Staat bij zijn wetgeving een beroep op het algemeen belang (art. 54 Richtlijn 92/49) voldoende en “evenredig” motiveert.⁶⁸
41. In hoeverre tevens relevant is of de verzekeringsovereenkomsten van verzekeraars al dan niet de door het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geboden dekking geheel of gedeeltelijk kunnen vervangen, in de zin van art. 54, lid 1 Richtlijn 92/49, is echter onduidelijk. Vormen deze overeenkomsten van zorgverzekeraars volgens de Zvw en

⁵⁹ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 23 midden; p. 24 derde alinea. De Europese Commissie heeft de regering tijdig en uitvoerig gewezen op de samenloop van diverse Verdragsbepalingen, Vo 1408/71 en de Schaderichtlijnen bij een regime als in de nieuwe Zvw de regering voor ogen stond. .

⁶⁰ Voor de basisregel: HJEG in C-238/94 Garcia t.a.p. 1685 ro 8 t/m 10; voor de uitzonderingen op die regel: HJEG in C-206/98 Commissie/België van t.a.p. 3542 e.v. ro 39, laatste zin, 44, 45. Deze rechtspraak lijkt evenwel nog niet voldoende uitgewerkt om een duidelijk beeld te geven wanneer wel en wanneer niet van simultane toepassing van beide groepen secundaire Europese rechtsregels sprake zal zijn. Enige rechtsonzekerheid blijft bestaan.

⁶¹ Art. 25 Zvw

⁶² Art. 10 jo art. 12 Zvw.

⁶³ Art. 3, lid 1 jo art. 17 Zvw.

⁶⁴ Art. 29 Zvw.

⁶⁵ Art. 19 jo art. 20, art. 21 Zvw.

⁶⁶ Art. 22 Zvw.

⁶⁷ Art. 16, lid 2 Zvw.

⁶⁸ Bij het wetgevingsproces van de Zvw is dit aspect van Europees recht uitvoerig aan bod gekomen. Vgl. H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 22 e.v.

de bedoeling van de wetgever zozeer zelf het huidige wettelijk stelsel van sociale zekerheid,⁶⁹ dat zij juist op die grond de door dit stelsel geboden dekking helemaal niet kunnen “vervangen”? Zo ja, brengt dat dan mede dat de voorwaarden voor toepasselijkheid van art. 54 bij de Zvw niet kunnen zijn vervuld, en dat dit artikel in de onderhavige materie dan ook geen toepassing zal kunnen vinden? Dat zou het gehele socialezekerheidsstelsel van de Zvw en Wzt op losse schroeven zetten, hetgeen uiteraard niet beoogd kan zijn.

III.1 Art. 11, lid 1 Zvw⁷⁰

42. Allereerst het vraagstuk rond de keuzevrijheid van zorgverzekeraars om op de markt verstrekkingen in natura dan wel een restitutie systeem aan te bieden.⁷¹
43. De Europese Commissie heeft, bij overleg met de minister van VWS in het najaar 2003 over een eventueel nieuw stelsel van zorgverzekering, niet uitgesloten dat een verplichting voor verzekeraars om zorg in natura te leveren, in conflict is met de Verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten. Een dergelijke verplichting zou een belangrijke barrière kunnen opwerpen voor niet-Nederlandse verzekeraars, omdat zij dan teneinde aan deze wettelijke verplichting te kunnen voldoen moeten contracteren met lokale zorgaanbieders. Die last zou voor buitenlandse verzekeraars zwaarder zijn dan voor nationale concurrenten.⁷² Als dat uitgangspunt juist is, rijst de vraag of de huidige keuzevrijheid, die art. 11, lid 1 Zvw als bepaling zonder onderscheid verzekeraars biedt tussen verstrekkingen in natura en restitutie van kosten van verzekerden, dat probleem voor buitenlandse verzekeraars voldoende oplost. Zij lijken ook daarbij, in vergelijking met de marktpositie van Nederlandse verzekeraars, een concurrentieachterstand te hebben behouden, zelfs als veel Nederlandse verzekeraars op de markt een restitutie systeem blijken te verkiezen boven verstrekkingen in natura. De verleende keuzevrijheid zou voor de buitenlandse verzekeraars in de praktijk geen ware keuzevrijheid blijken in te houden. Enige barrière zou blijven bestaan. In dit opzicht kan art. 11, lid 1 Zvw -hoezeer ook naar vorm een bepaling zonder onderscheid- naar effect toch een discriminerende maatregel inhouden, wanneer het voor buitenlandse ondernemingen structureel minder aantrekkelijk is om het aanbieden van verstrekkingen in natura in hun verzekeringspakket op te nemen.⁷³
44. Van deze zorgen van de Europese Commissie ziet men bij de totstandkoming van de Zvw weinig terug. Kennelijk heeft de wetgever in art. 11, lid 1 Zvw geen enkele vorm van discriminatie gezien, maar dit artikel juist als voorschrift zonder onderscheid beschouwd, waarvoor zo nodig de rechtvaardiging ex art. 54 Richtlijn 92/49 kan

⁶⁹ Vgl. Richtlijn 92/49, considerans 22 t/m 24; ICER t.a.p. p. 27 e.v. over de historie en strekking van art. 54 Richtlijn 92/49. Die uitlegging van art. 54 door ICER lijkt de idee te steunen dat er een afzonderlijk wettelijk sociaal verzekeringsstelsel moet bestaan, naast de (particuliere) verzekeringsovereenkomsten die de dekking van dat stelsel zouden kunnen vervangen. Dat doet zich bij de Zvw juist niet voor. Dat men de huidige situatie moet vergelijken met die van het voormalig en vervangen wettelijk sociaalzekerheidsstelsel lijkt niet waarschijnlijk.

⁷⁰ Art. 11, lid 1 Zvw: “De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit:

- a. de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of
- b. vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten.”

⁷¹ Art. 11, lid 1 Zvw.

⁷² Brief Europese Commissie aan Nederlandse minister van VWS t.a.p. p. 3 laatste alinea. Vgl. ook H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 23 e.v. Op dit gebied hebben nationale particuliere verzekeraars onder het oude ziektekostenregime ook maar weinig ervaring opgedaan (H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 26).

⁷³ Vgl. Richtlijn 92/49, considerans onder 19.

gelden. Art. 11 Zvw geeft alle verzekeraars dezelfde keuzevrijheid, zonder verplichting tot het aanbieden van verstrekkingen in natura. Wanneer dat voorschrift toch een discriminatoir effect blijkt te hebben, ten laste van buitenlandse zorgverzekeraars,⁷⁴ zou dat verstrekkende gevolgen hebben, indien op een voltooide interne markt discriminatoire nationale maatregelen nooit rechtvaardiging zouden kunnen vinden.

III.2 Meer over Gelijktijdige Toepasselijkheid van Vo 1408/71 en de Schaderichtlijnen

45. Nu naar andere spanningsvelden, veroorzaakt door gelijktijdige toepasselijkheid van Vo 1408/71 en de Schaderichtlijnen.
46. De drie factoren acceptatieplicht, het verbod tot premiedifferentiatie⁷⁵ en het risicovereveningssysteem hangen nauw samen⁷⁶ en vormen zozeer een kern van het sociale zekerheidsstelsel van de Zvw dat beperkingen van de handelingsvrijheid welke daaruit voor zorgverzekeraars voortvloeien, in redelijkheid noodzakelijk geacht kunnen worden voor het doelmatig functioneren van dat stelsel.⁷⁷ Daar verzekeraars voor eigen risico economische activiteiten verrichten op de sociale verzekeringsmarkt, zullen de Schaderichtlijnen naast Vo 1408/71 toepasselijk zijn.⁷⁸ Bovengenoemde, samenhangende en beperkende bepalingen “zonder onderscheid” van de Zvw zullen dan ook noodzakelijk zijn voor een “evenredige” bescherming van het algemeen belang, in de zin van art. 54 Richtlijn 92/49.⁷⁹
47. *Het vooraf overleggen* van de op de markt te gebruiken *modelpolissen* door elke verzekeraar die zich heeft aangemeld voor activiteiten op het gebied van de Zvw houdt geen goedkeuring vooraf in van de overheid.⁸⁰ Wel zal voor het goed functioneren van de Zvw nodig zijn dat toezichthoudende colleges inzicht hebben in de wijze waarop private verzekeraars zorgverzekeringen willen gaan sluiten. In zoverre is deze wettelijke regeling in het algemeen belang noodzakelijk.⁸¹ Een uniforme meldingsplicht lijkt niet meer belastend dan nodig voor het doel dat daarmee wordt gediend.
48. De Zvw geeft aan dat het *verplicht werkgebied* van een *zorgverzekeraar* -behoudens uitzonderingen- Nederland is. In bepaalde omstandigheden kan dat werkgebied een of meer provincies zijn.⁸² Een dergelijke regeling zonder onderscheid betekent een beperking van het commercieel handelen van de zorgverzekeraar. Die beperking wordt gerechtvaardigd met het argument dat bij dit systeem wordt voorkomen dat “witte

⁷⁴ Voor de praktijk is van belang het vaak subtiele onderscheid tussen “discriminatoire maatregelen” en “maatregelen zonder onderscheid”: Vgl. b.v. A-G Tesouro, Conclusie bij C-120/95 Decker en C- 158/96 Kohll, J. 1998 I-1834, 1861 e.v. onder 48/53.

⁷⁵ Het onderhavig verbod op premiedifferentiatie staat niet gelijk aan een verbod van vrije tariefvaststelling of van tariefverhoging. HJEG in C-59/01 Commissie/Italië van 25 februari 2003, J. 2003 I-1759, 1799 ro 29 t/m 31; in C-346/02 Commissie/Luxemburg van 7 september 2004, n.n.g.; NJ 2005-279 2648, 2651 ro 21 t/m 26.

⁷⁶ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 24 laatste alinea onder IV. Vgl. ICER t.a.p. p. 43 § 2.2.5.

⁷⁷ De Europese Commissie heeft het risicovereveningssysteem behorend bij de Zvw in het kader van staatssteun getoetst en met art 86, lid 2 EG verenigbaar geoordeeld (Beschikking van 3 mei 2005 C(2005)1329 fin Steunmaatregelen nr. N 541/2004 en N 542/2004-Nederland Behoud financiële reserves door ziekenfondsen en het Risicovereveningssysteem). Bij de toetsing heeft de Commissie betrokken de acceptatieplicht en het verbod van premiedifferentiatie, als samenhangend met het risicovereveningssysteem (Beschikking t.a.p. p. 20).

⁷⁸ HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3544 ro 44. De Europese Commissie ziet verzekeraars in het kader van de Zvw als verzekeringsondernemingen in de zin van de Schaderichtlijnen (Beschikking t.a.p. p. 19).

⁷⁹ De Europese Commissie kon reeds in het najaar 2003 met dergelijke uitgangspunten in beginsel instemmen, hoewel toen nog geen voorstel van wet bestond (H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 23 voorlaatste alinea). Anders Advies Landsadvocatuur t.a.p. p. 21, voorlaatste alinea.

⁸⁰ Art. 25 Zvw.

⁸¹ Vgl. art. 54, lid 1 en considerans onder (23) van Richtlijn 92/49.

⁸² Art. 29, lid 1 resp. art. 29, lid 2 Zvw.

vlekken” ontstaan in het dekkingsbereik van de zorgverzekeringwet doordat zorgverzekeraars zich zouden concentreren op gebieden met relatief gezonde mensen, door bijvoorbeeld de grote steden te mijden.⁸³ Op de voor- en nadelen van werken in een provincie (in plaats van landelijk actief zijn) gaat de regering uitvoerig in.⁸⁴ Dit lijkt al met al voldoende rechtvaardiging voor de keuze van de nationale wetgever rond het verplicht werkgebied van de verzekeraar.

49. Minder duidelijk is dat met betrekking tot de wettelijke regelingen van het eigen risico⁸⁵ van verzekerde en de zgn. no-claimteruggave.⁸⁶ De regering heeft kennelijk niet veel vertrouwen in de marktwerking welke bij de uitvoering van de Zvw door private verzekeraars hoort.
50. De Zvw geeft zelf, in een regeling rond de optie van *het eigen risico (met bijpassende premiekorting)*, tot in details weer welke mogelijke tranches van dat eigen risico een zorgverzekeraar op de verzekeringsmarkt zal mogen aanbieden. De wetgever rechtvaardigt die regeling die de handelingsvrijheid van verzekeraars beperkt, met een beroep op de noodzaak van markttransparantie.⁸⁷ Die motivering schiet tekort. Niet valt in te zien dat een dergelijke detailregeling, in art. 19, lid 2 Zvw gegeven, wegens een dwingende reden van algemeen belang vereist en proportioneel zal zijn om het nieuwe stelsel van sociale zekerheid goed te doen functioneren. Volgens de regering zal op dit punt -kennelijk anders dan bij de nominale premiestelling- werkzame mededinging tussen private verzekeraars ontbreken. Bij de premiestelling wel markttransparantie; bij het eigen-risico met premiekorting voor verzekerde blijkbaar niet. Had die concurrentie zich echter wel kunnen ontwikkelen, dan lijkt aannemelijk dat daardoor de vereiste markttransparantie ook bij het eigen-risico zou bestaan. Kunnen zuiver economische motieven rechtvaardiging vormen voor beperkingen in strijd met de ordening van de interne markt, ingesteld bij de Schaderichtlijnen?
51. De vraag is in hoeverre marktpartijen zich in de praktijk zullen storen aan een dergelijke overbodige wettelijke regeling welke met betrekking tot het “eigen risico” van verzekerden hun onderlinge mededinging op een wezenlijk deel van de interne markt verhindert, althans belemmert.⁸⁸
52. Ten aanzien van de verplichte *no-claimteruggaveregeling* beroept de regering zich op de financiële houdbaarheid van het verzekeringsstelsel,⁸⁹ een uit een oogpunt van algemeen belang gevoelig punt van Europees recht.⁹⁰ Misschien is dit “soevereine” argument van de overheid, dat zijn oorsprong vindt in de vroegere publiekrechtelijke ziekenfondsverzekering, eerder te aanvaarden (ook qua evenredigheid) dan de meer op onderlinge mededingingsverhoudingen en op economie gerichte rechtvaardiging (markttransparantie) welke bij het eigen risico van de verzekerde een rol speelt.

⁸³ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 25 onderaan, 26 bovenaan.

⁸⁴ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 26 e.v.

⁸⁵ Art. 19 e.v. Zvw.

⁸⁶ Art. 22 Zvw.

⁸⁷ Art. 19, lid 2 en lid 3 Zvw. H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 49 midden.

⁸⁸ Nationale regelgeving die slechts het ontstaan of bestaan van onderlinge mededinging tussen ondernemingen op de interne markt belemmert, schendt niet art. 10 jo art. 3g en art. 81 EG (HJEG in C-2/91 Meng van 17 november 1993, J. 1993 I-5751, 5797 e.v. ro 12 t/m 22; in C-245/91 OHRA van 17 november 1993, J. 1993 I-5851, 5878 e.v. ro 10 t/m 15), zolang deze regelgeving niet tevens elementen van tussen ondernemingen gesloten akkoorden geheel of gedeeltelijk overneemt en die ondernemingen niet tot naleving ervan verplicht of aanzet noch de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch terrein overdraagt aan particuliere ondernemingen (vgl. ook HJEG in 267/86 Van Eycke van 21 september 1988, J. 1988 4769, 4791 e.v. ro 16 t/m 19; in C-115 t/m 117/97 Brentjens van 21 september 1999, J. 1999 I-6025, 6050 ro 65).

⁸⁹ H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 49 bovenaan.

⁹⁰ Vgl. de hierboven onder voetnoot 12 genoemde rechtspraak van het HJEG.

53. *Verzekerde minderjarigen* (personen < 18 jaar) zijn volgens art. 16, lid 2 Zvw geen premie verschuldigd.⁹¹ Ook deze premievrijstelling beknop de contracteervrijheid van zorgverzekeraars en zal daarmee in strijd zijn met de Schaderichtlijnen, tenzij art. 54 van Richtlijn 92/49 toepassing kan vinden. De premievrijstelling wordt volgens de regering gerechtvaardigd om ongewenste inkomenseffecten voor de verzekerden te voorkomen. Ongewenste gevolgen van de premievrijstelling voor verzekeraars worden goeddeels door een rijksbijdrage gecompenseerd.⁹² Deze bondige motivering van de afweging van voor- en nadelen voor verzekerden en voor verzekeraars lijkt meer bestuurlijke doelmatigheid en economische overwegingen te betreffen dan dwingende redenen van algemeen belang. Zij lijkt dan ook voor een rechtvaardiging ex art. 54 Richtlijn 92/49 te kort te schieten. Voor de wetgever zal de voorgestelde systematiek geheel passen bij zijn basale bevoegdheid om het betrokken stelsel van sociale zekerheid in te richten. Indien die bevoegdheid (binnen overeenkomstige marges) al evenzeer geldt voor een voltooide interne markt, ontbreekt hier een objectief te controleren afweging in het kader van het algemeen belang en het daarbij te hanteren beginsel van evenredigheid.
54. Daar het evenwel gaat om een basisbepaling van het betrokken stelsel van sociale zekerheid, zal men deze, waar mogelijk, ongewijzigd in stand willen laten, als dit vraagstuk al ooit een rechter ter beslissing wordt voorgelegd. Noch verzekeraars noch verzekerden (verzekeringnemers) zullen geneigd zijn te klagen over art. 16, lid 2 Zvw.

III.3 Slotsom na toetsing van de Zorgverzekeringswet aan EG-recht

55. *De kern van een zorgsysteem met verplichte ziektekostenverzekering voor alle ingezetenen van het land voor een vast pakket (para)medische verrichtingen tegen een concurrentieel premie + een objectief vast te stellen eigen bijdrage van de verzekerde (met objectief te bepalen financiële toeslag voor verzekerden met een laag inkomen), waarbij private zorgverzekeraars wegens hun risico uit acceptatieplicht en verbod van premiedifferentiatie een objectief vast te stellen vereveningsuitkering ontvangen, lijkt als nationaal sociaalzekerheidsstelsel naar EG-recht aanvaardbaar. Nadere regelgeving omtrent premievrijdom minderjarigen, eigen risico en no-claim van verzekerden loopt enig risico onder EG-recht kritiek te ondervinden.* Toepassing van het keuzesysteem van art. 11, lid 1 Zvw zou feitelijke discriminatie van buitenlandse zorgverzekeraars kunnen medebrengen welke wellicht noch onder art. 49 e.v. EG noch onder de Schaderichtlijnen te rechtvaardigen valt.
56. Twijfel over de opgegeven dwingende redenen van algemeen belang kan rijzen wegens een dertigtal, soms ingrijpende wetswijzigingen dat formeel is voorgesteld, even nadat de Zvw wet werd.⁹³ Hoe dwingend moet een dwingende reden van algemeen belang (art. 54 Richtlijn 92/49) voor een nationale beperkende maatregel zijn?

IV Toetsing Wia aan het EG-recht

⁹¹ Nadere toelichting op art. 16 ontbreekt op dit speciale punt. Vgl. H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 113 tweede helft onder art. 16.

⁹² H. TK 2003-2004 29 763, nr 3 MvT p. 46 voorlaatste alinea.

⁹³ Deze twijfel kan met name opkomen bij voorgestelde wijzigingen in de bepalingen omtrent eigen risico van de verzekerde (art. 19; art. 20 Zvw) en omtrent de no-claimeruggave (art. 22 Zvw) (H. EK 2004-2005 30 124 A I&A Wet Zvw p. 9 e.v. onder art. 2.4.2 sub J;K; L; dit stuk is van eind juni 2005; de Zvw van 16 juni 2005).

57. Bij de Wia, als nieuw stelsel van sociale zekerheid, is weinig aandacht besteed aan mogelijke toepasselijkheid van EG-recht. Hierna worden enkele aspecten van EG-recht belicht voor één onderdeel van de Wia: de *WGA-uitkering*.⁹⁴
58. Hierboven is gesteld dat Vo 1408/71 op de Wia toepassing vindt omdat deze wet een werknemersverzekering tegen invaliditeit omvat, in de zin van art. 4, lid 1 sub b. De Wia geldt als inkomensbescherming voor verplicht verzekerde werknemers die, na een wachttijd van 104 weken,⁹⁵ in beginsel en behoudens uitzonderingen recht kunnen krijgen op een WGA-uitkering wegens gederfd inkomen als gevolg van (een zekere mate) van arbeidsongeschiktheid.
59. Wanneer het UWV, na grondig onderzoek, aan verzekerde op diens aanvraag een WGA-uitkering heeft toegekend, worden de lasten van die uitkering in hoge mate aan zijn werkgever in rekening gebracht. Werkgevers worden financieel geprikkeld om elke vorm van werkverzuim (kort en langdurig) en instroom in de arbeidsongeschiktheidsregelingen te voorkomen.⁹⁶
60. Bij het onderdeel WGA van de Wia gaat het om twee verzekeringen:
- Het UWV verricht in 2006 de WGA-uitkering aan de verplicht verzekerde werknemer, die partieel arbeidsongeschikt is en voor wie de werkgever (goeddeels) de verzekeringspremie heeft voldaan. Per 2007 kunnen zowel het UWV als private verzekeraars deze uitkering, in onderlinge mededinging, verrichten. Een derde mogelijkheid is dat de werkgever opteert voor het eigen-risico en de lasten van de WGA-uitkering aan zijn werknemer zelf draagt.
 - Dit eigen-risico kan de werkgever zelf weer afdekken met een risico-verzekering, af te sluiten met een private verzekeraar. Hierop wordt niet nader ingegaan.
61. In 2006 zal het UWV als enig uitvoeringsorgaan geen eigen beleidsruimte hebben.⁹⁷ Zijn handelingen in het kader van de Wia omvatten geen economische activiteiten; het UWV is in 2006 niet als onderneming aan te merken. De Schaderichtlijnen zullen dan ook dat jaar niet op de Wia van toepassing zijn. Vo 1408/71 is wel toepasselijk.
62. In 2007 ligt het anders. Volgens de bedoeling van de wetgever wordt de Wia dan voor eigen risico uitgevoerd door zowel het publieke UWV als private verzekeraars, in onderlinge concurrentie (*hybride uitvoeringssysteem*). Naar zich thans laat aanzien hebben deze publieke en private instellingen terzake van de WGA-uitkeringen en –verzekeringen zodanige beleidsvrijheid dat hun handelen (eigen risico verzekeraars; onderlinge mededinging; eigen verzekeringsvoorwaarden, waaronder premiestelling) op de markt economische activiteiten omvatten. Deze instellingen zouden dan ook als ondernemingen aangemerkt moeten worden. Is dat juist, dan lijkt op de gronden als hierboven besproken, aannemelijk dat per 2007 naast Vo 1408/71 de Schaderichtlijnen van toepassing zijn op het stelsel van sociale zekerheid van de Wia.⁹⁸
63. In 2007 zal op de markt van WGA-uitkeringen niet voldoende mededinging ontstaan, omdat in dat jaar de concurrentievoorwaarden voor private verzekeraars aanzienlijk ongunstiger zullen liggen dan voor het UWV. Private verzekeraars zullen de eerste jaren uit deze verzekeringspraktijk onvoldoende (verzekeringstechnisch verplichte)

⁹⁴ WGA: Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsongeschikten (uitkering aan verplicht verzekerde werknemers met een graad van arbeidsongeschiktheid van >35% en <80%).

⁹⁵ De werkgever is deze periode verplicht een zeker percentage van het loon aan de zieke werknemer door te betalen (Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003, Stbl. 2003 555, per 1 januari 2004 in werking getreden). De werkgever kan zich tegen dit financiële risico bij private verzekeraars verzekeren.

⁹⁶ H.TK 2004-2005 30 034, nr 3 MvT p. 78 e.v.

⁹⁷ In 2006 lijkt op het UWV de leer van Poucet en Pistre en van AOK van toepassing. Vgl. ook voor de periode 2006 HJEG in C-238/94 Garcia t.a.p. 1686 ro 14.

⁹⁸ HJEG in C-206/98 Commissie/België t.a.p. 3542 ro 39.

reservefondsen hebben opgebouwd.⁹⁹ Zij moeten daartoe kapitaal aantrekken waarover rente moet worden betaald. Een kostenpost (zgn. rentehobbel) voor private verzekeraars van €3,5 tot 6 miljard tot 2010.¹⁰⁰ Het UWV dat met een omslagstelsel werkt, kent deze kostenpost niet. Het gaat bij deze publieke organen en private instellingen om wezenlijke verschillen in kostenstructuur.¹⁰¹

64. De Staat heeft nog geen concrete maatregelen getroffen om per 2007 op de relevante verzekeringsmarkt gelijke mededingingsvoorwaarden te scheppen zodat concurrentie tussen de uitvoerders van de Wia kan ontstaan. De gedachten gaan uit naar het “kunstmatig” creëren van een gelijk speelveld voor alle betrokken ondernemingen. Dat kan volgens regering en Tweede Kamer worden bereikt door tweevoudige beperking van de handelingsvrijheid van het UWV: (1) een tijdelijke opslag op de premies van het UWV, dat (2) tevens premiedifferentiatie moet toepassen.¹⁰²

65. Dergelijke overheidsmaatregel leidt per 2007 volgens plan tot hogere premies voor verzekeringen die werkgevers met UWV afsluiten dan wanneer die maatregel achterwege was gebleven, zulks ten laste van:

- a. Het UWV, dat als verzekeraar¹⁰³ ongelijk¹⁰⁴ wordt behandeld en door die maatregel wordt belemmerd te profiteren van zijn natuurlijke concurrentievoorsprong op private verzekeraars op de relevante Nederlandse sub-markt van de geharmoniseerde schadeverzekeringsmarkt;
- b. Werkgevers, die op die sub-markt slechts tegen kunstmatig opgevoerde hogere kosten (opslag premies; premiedifferentiatie) bij verzekeraars de betreffende verzekeringen kunnen afsluiten;¹⁰⁵
- c. Buitenlandse verzekeraars, die op overeenkomstige *buitenlandse sub-markten* vervalsing van de mededinging kunnen ondervinden van die in Nederland actieve multinationale verzekeraars die financiële middelen elders kunnen aanwenden welke zij -zonder die Nederlandse overheidsmaatregel die op de Nederlandse sub-markt juist eerlijke mededinging moet mogelijk maken- in het kader van hun normale mededingingsactiviteiten op de Nederlandse sub-

⁹⁹ Private verzekeraars zijn verplicht om uitkeringen op basis van rentedekking te financieren. H TK 2004-2005 30 118, nr 3 MvT p. 24 onder 3.6.1.

¹⁰⁰ H. TK 2003-2004 28 333, nr 19 Brief minister SZW aan Tweede Kamer. Ook na 2010 zal de private uitvoering van de Wia duurder blijven dan de publieke uitvoering.

¹⁰¹ Aldus minister SZW (H. TK 2004-2005 30 118, nr 33 Verslag Wetgevingsoverleg p. 22 l.k.).

¹⁰² H. TK 2004-2005 30 034, nr 20 TNW p. 2 eerste alinea.

¹⁰³ Een overheidsorgaan als het UWV kan diverse activiteiten uitoefenen welke kunnen worden gesplitst; sommige activiteiten van het overheidsorgaan betreffen uitoefening van overheidsgezag, terwijl het daarnaast kan gaan om handelingen welke in beginsel ook door een particuliere eenheid op de markt kunnen worden verricht met het oogmerk winst te behalen (vgl. HJEG in 118/85 Commissie/Italië van 16 juni 1987, J. 1987 2599, 2621 e.v. ro 7/8; A-G Jacobs, Conclusie in C-218/00 *Cisal*, J. 2002 I-691, 702 onder 38; 705 e.v. onder 48/50; dezelfde in zijn Conclusie in C-67/96 etc. *Albany* t.a.p. 5754, 5824 e.v. onder 311/314). In dit laatste geval zullen deze handelingen van het publiek orgaan kunnen bestaan in het aanbieden van goederen of diensten (verzekeringen) en dan worden aangemerkt als economische activiteiten van een onderneming (HJEG in C-180 t/m 184/98 *Pavlov* van 12 september 2000, J. 2000 I-6451, 6520 e.v. ro 75). Dit laatste zal zich per 2007 voordoen bij het UWV, ongeacht of dit orgaan daarbij door de Staat wordt beperkt in zijn vrijheid van handelen op de markt.

¹⁰⁴ Deze tweevoudige last welke de Staat voornemens is per 2007 aan het UWV op te leggen, wordt -volgens de huidige plannen van de minister SZW en de Tweede Kamer- op dezelfde relevante Nederlandse sub-markt in hetzelfde tijdperk *niet* opgelegd aan de betrokken private verzekeraars, de concurrenten van het UWV.

¹⁰⁵ Deze lastenverzwaring (rentehobbel) voor werkgevers blijft de eerste jaren (tot 2016) bestaan (H. TK 2004-2005 30 118, nr 3 MvT p. 24 onder 3.6 Mitigering rentehobbel). Volgens de laatste gegevens (22 juni 2005) zullen werkgevers daarvoor, macro-economisch en in het kader van het budgettaire beeld, compensatie ontvangen (H. TK 2004-2005 30 034, nr 20 TNW p. 2 eerste helft).

markt hadden moeten besteden ter bestrijding van kosten die zij zelf hadden moeten dragen.¹⁰⁶

66. De Lidstaat Nederland zal deze problemen vermoedelijk niet oplossen met een eenvoudig beroep op art. 55 Richtlijn 92/49. In de eerste plaats zou het niet verbazen dat op een geharmoniseerde interne markt geen plaats meer is voor nationale discriminatoire maatregelen van welke aard ook. Verder is, zoals hierboven besproken, niet te verwachten dat toepassing van art. 55 geen enkele vorm van motivering en/of rechtvaardiging van de beperkende nationale maatregel vraagt en dat Lidstaten kunnen volstaan met van de verzekeringsondernemingen te verlangen dat zij de specifieke, nationale wettelijke voorschriften naleven. De ongelijke maatregel welke de Staat overweegt in 2007 te treffen, heeft bovendien een zuiver economische doelstelling, welke niet kan dienen als rechtvaardiging van die maatregel, althans niet op basis van art. 49 en art. 55 jo art. 46 EG.¹⁰⁷

IV.1 Slotsom na toetsing van het onderdeel WGA van de Wia aan het EG-recht

67. Het lijkt aannemelijk dat vanaf 2007 Vo 1408/71 en de Schaderichtlijnen tegelijkertijd op de Wia toepasselijk zijn. Bij een “conservatieve interpretatie” van art. 55 Richtlijn 92/49 loopt Nederland risico dat de overheidsmaatregelen, nodig voor de beoogde hybride uitvoering van de Wia, dan zullen botsen met EG-recht. De wetgever heeft tot heden geen pogingen gedaan om die overheidsmaatregelen, die de handelingsvrijheid van verzekeraars beperken, aanstonds naar Europees recht te rechtvaardigen. Hij heeft -anders dan bij de Zvw- bij de Wia kennelijk aangenomen dat het EG-recht na 2006 geen complicaties oplevert welke toepassing van de Wia kunnen belemmeren. Deze problematiek vraagt evenwel meer aandacht dan bij het beraad tussen regering en de Tweede Kamer daaraan besteed.

* oud advocaat; emeritus hoogleraar Europees recht Erasmus Universiteit Rotterdam.

¹⁰⁶ Vgl. Europese Commissie, Beschikking van 3 mei 2005 t.a.p. p. 20 onder 3.2.3, tweede alinea t.a.v. de Zvw. Waarschijnlijk zal deze tweevoudige maatregel van de Staat niet staatssteun zijn, omdat de gelden voor de hogere premie van het UWV niet van de Staat afkomstig zijn maar door werkgevers worden opgebracht. Wel lijkt daarbij sprake van vervalsing van de mededinging op de niet-Nederlandse sub-markten van de voltooide interne markt in de sector schadeverzekering (vgl. HJEG in C-172/03 Heiser van 3 maart 2005, n.n.g.; in European State Aid Law Quarterly 2/2005 313, 320 ro 55; in C-156/98 Duitsland/Commissie van 19 september 2000, J. 2000 I-6857, 6894 ro 30). Een zuiver economische rechtvaardiging van die maatregel d.m.v. een eenvoudig beroep op art. 55 Richtlijn 92/49 lijkt, zoals hierboven aangegeven, onaannemelijk.

¹⁰⁷ HJEG in C-398/95 SETTG van 5 juni 1997, J. 1997 I-3091, 3121 ro 23; in C-17/92 Spaanse film van 4 mei 1993, J. 1993 I-2239, 2273 ro 21; in 352/85 Bond van Adverteerders van 26 april 1988, J. 1988 2085, 2135 ro 34; in 62 en 63/81 Seco van 3 februari 1982, J. 1982 223, 237 ro 15 einde. Men moet overigens hierbij wel onderscheiden: de aangekondigde, ongelijke maatregel jegens het UWV lijkt niet ongelijk te zullen zijn jegens “vreemdelingen”, in de zin van art. 46 jo art. 49 en art. 55 EG noch een buitenlandse verzekeraar in zijn dienstverrichting op de betrokken Nederlandse sub-markt van de interne markt in enige vorm te belemmeren.