

COUPRY

Heden, de

tweeduizendtweëntwintig,

TEN VERZOEKE VAN

██

wonende in Den Haag

en

██

wonende in Bergen (Limburg)

en

████████████████████

wonende in Amsterdam

en

██

wonende in Amsterdam

die allen in deze zaak woonplaats kiezen in (2517 KJ) Den Haag, aan het Carnegieplein 5, op het kantoor van Coupry B.V., van wie mr. dr. J.J.M. Sluijs en mr. A. de Groot te dezen als advocaat worden gesteld en als zodanig optreden;

GEDAGVAARD:

de publiekrechtelijke rechtspersoon **DE STAAT DER NEDERLANDEN** (betreffende een kwestie die met name het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat aangaat) (hierna: **de Staat**), op voet van artikel 48 Rv mijn exploit doende aan het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, gevestigd in (2514 CV) Den Haag aan het Korte Voorhout 8, en aldaar een afschrift van deze dagvaarding en na te melden producties latende aan:

OM:

Op woensdag 20 juli tweeduizendtweeëntwintig om 10.00 uur, niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat te verschijnen ter terechtzitting van de Rechtbank te Den Haag (locatie Den Haag), sector civiel, alsdan aldaar zitting houdende in het gerechtsgebouw aan de Prins Clauslaan 60, (2595 AJ) te Den Haag;

MET DE AANZEGGING

1. dat indien de Staat niet vertegenwoordigd door een advocaat op de zitting verschijnt of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen de Staat zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
2. dat bij verschijning in de procedure van de Staat een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
3. dat de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;
4. dat van een gedaagde die onvermogend is, van haar een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenden wordt geheven, indien zij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24 lid 2 van de Wet op de rechtsbijstand; dan wel
 - een verklaring van het bestuur van de Raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7 lid 3 sub e van de Wet op de rechtsbijstand, waaruit blijkt dat zijn inkomen niet

COUPRY

meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35 lid 2 van die wet;

TENEINDE:

te antwoorden op de volgende vorderingen van eisers

INHOUD

1.	INLEIDING.....	4
2.	RELEVANTE FEITEN.....	8
2.1	Arbeid als productiefactor en inkomen uit arbeid: eenzelfde ratio	8
2.2	Pandemie is geen normaal ondernemersrisico.....	10
2.3	Steunmaatregelen.....	14
2.4	De ongelijkheid samengevat.....	18
2.5	Eisers als maatman	19
2.5.1	Maatmannen niet vertegenwoordigd in de polder.....	21
3.	ONRECHTMATIGE DAAD	22
3.1	Inleiding	22
3.2	Verklaring voor recht.....	24
3.3	Uitwerking onrechtmatige daad – Handvest en EVRM	25
3.3.1	Handvest en EVRM – de specifieke bepalingen	28
3.4	Conclusie: de Staat handelt in strijd met Handvest en EVRM	33
4.	VERWEREN VAN DE STAAT	35
5.	BEWIJSAANDRAAGPLICHT EN BEWIJSAANBOD.....	38
6.	BEVOEGDHEID RECHTBANK DEN HAAG	38
7.	CONCLUSIE	38

1. INLEIDING

- 1.1. Deze zaak gaat over ongelijke behandeling van werkenden die worden getroffen door (rechtmatig genomen) covid-maatregelen. De ongelijke behandeling wordt veroorzaakt door de Staat die onjuiste en niet-evenredige keuzes heeft gemaakt bij het compenseren van de gevolgen van de covid-maatregelen voor werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden. Jegens die laatste groep handelt de Staat onrechtmatig.
- 1.2. Dat recent, in maart 2022, vrijwel alle beperkende covid-maatregelen zijn opgeheven en de Staat de gevolgen van die maatregelen voor werkenden niet langer meer behoeft te compenseren, maakt het oordeel van de rechtbank in deze zaak niet minder belangrijk. Integendeel, het oordeel van de rechtbank kan mede

richtinggevend zijn/worden voor het door de Staat te ontwikkelen en te voeren beleid wanneer het corona-virus opnieuw de kop op steekt en (onverhoopt) noopt tot het nemen van beperkende maatregelen voor werkenden. Dit gezegd hebbende brengen eisers het navolgende naar voren.

- 1.3. In maart 2020 kreeg Nederland met een nieuwe werkelijkheid te maken: grote delen van de bedrijvigheid kwamen door de (eerste) lockdown stil te liggen.
- 1.4. In een brief van 17 maart 2020 schreven de ministers van Economische Zaken en Klimaat, Financiën en Sociale Zekerheid en Werkgelegenheid (hierna: **SZW**) en de staatssecretarissen van Financiën en SZW: "Werknemers vragen zich thuis af of hun baan er straks nog is en zzp-ers zien dat opdrachten worden afgezegd en hebben tijdelijk (veel) minder werk. De zorgen over geld om de rekeningen te betalen, het in dienst kunnen houden van mensen, of het overeind houden van het bedrijf nemen we als kabinet zeer serieus. [...] Inmiddels is de situatie een nieuwe fase ingegaan die vraagt om extra maatregelen die werknemers, zzp-ers en bedrijven in Staat stellen om deze moeilijke periode te overbruggen."¹
- 1.5. Een paar dagen later, op 31 maart 2020, schreef de minister van SZW: "Nederland wordt door de uitbraak van het coronavirus en de daarmee verband houdende overheidsmaatregelen geconfronteerd met buitengewone omstandigheden die een enorme impact hebben op het maatschappelijk leven in het algemeen en de economie en arbeidsmarkt in het bijzonder. Deze situatie, daarbij inbegrepen de daarmee gepaard gaande risico's voor bedrijven en banen, kan niet als normaal ondernemersrisico beschouwd worden."² (onderstreping advocaat)
- 1.6. De pandemie treft de gehele samenleving en heeft, aldus de minister van SZW, een bijzondere impact op de economie en arbeidsmarkt, én – aldus eisers die in deze zaak als maatpersoon kunnen worden beschouwd voor zelfstandig werkenden met het belangenplatform de Werkvereniging als 'achterban' (**Productie 1**) – derhalve op de werkenden in de samenleving, ongeacht onder welke contractvorm zij hun arbeid verrichten.

¹ Kst 35 420, nr. 2, p. 1.

² Kst 35 420, nr. 8, p. 2

- 1.7. Wanneer een 'werkende in loondienst' tijdelijk geen arbeid verricht, leidt dat tot omzetverlies voor het bedrijf waarvoor hij werkt. In het geval van een 'zelfstandig werkende' (ofwel: een werkende die niet in loondienst is) leidt dit tot rechtstreeks omzetverlies van deze werkende.
- 1.8. De Staat heeft ervoor gekozen om beide gevallen van omzetverlies te compenseren. In het geval van werkenden in loondienst wordt de werkgever gecompenseerd – voor het omzetverlies als gevolg van de niet-verrichte arbeid – in de vorm van een subsidie voor de loonkosten van de betrokken werkenden. Hierdoor krijgen deze werkenden, tot een inkomen van driemaal modaal, volledig doorbetaald; zij worden tot hun bestaande draagkracht gecompenseerd. Daarentegen worden zelfstandig werkenden voor hun omzetverlies en inkomen uit arbeid gecompenseerd tot bijstandsniveau. Voor een alleenstaande (21-plusser) ligt dat ruim EUR 1.000 lager³ dan een maandelijks netto modaal inkomen (in 2021 was dit EUR 2.368).
- 1.9. Bij het compenseren van omzetverlies als gevolg van niet-verrichte arbeid maakt de Staat dus onderscheid naar de contractvorm waarbinnen die niet-verrichte arbeid zou zijn verricht.
- 1.10. Eisers stellen zich op het standpunt dat zowel de contractvorm als de eventuele overige steunmaatregelen een dergelijk onderscheid niet rechtvaardigen. Sterker, zij vinden het onderscheid discriminerend en dat de compensatiemogelijkheden onevenredig uitpakken voor zelfstandig werkenden.
- 1.11. Hun standpunt stoelt op de twee kerngedachten.
- 1.12. Ten eerste kunnen de gevolgen van de pandemie – zoals door de Staat is erkend – niet als normaal ondernemersrisico worden beschouwd. Dit betekent dat wanneer de Staat de gevolgen van de door haar getroffen noodzakelijke maatregelen beoogt te compenseren, hij dat evenredig behoort te doen waar die gevolgen – in dit geval de gevolgen van het niet kunnen verrichten van arbeid – in gelijke mate worden gevoeld. Hiervan is geen sprake wanneer – zoals nu het geval is – de niet-verrichte arbeid door een werkende in loondienst tot inkomens- of draagkrachtniveau wordt

³ EUR 1.057 netto (2020) en EUR 1.075 netto (2021).

gecompenseerd⁴ en de niet-verrichte arbeid door een zelfstandig werkende slechts onder voorwaarden en maximaal tot bijstandsniveau wordt gecompenseerd.

- 1.13. Ten tweede neemt de (sociaal-)economische kloof tussen werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden steeds meer toe en dient deze te worden verkleind. Op verzoek van de minister van SZW heeft de Commissie Borstlap hiernaar onderzoek gedaan en concrete adviezen gegeven om die kloof te verkleinen. De huidige compensatiemaatregelen hebben de kloof echter alleen maar vergroot. In dit verband is relevant dat de groep zelfstandig werkenden jaarlijks toeneemt en nu al 10% van de werkende beroepsbevolking omvat.
- 1.14. Eisers ontkennen niet dat er juridische verschillen bestaan tussen werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden, maar bij een pandemie als deze⁵ mogen eventuele dogmatische verschillen er niet toe leiden dat de Staat haar burgers die in gelijke mate worden getroffen door de beperkende overheidsmaatregelen, niet in gelijke mate compenseert. Dit geldt te meer voor de overheidssteun die wordt bekostigd uit de algemene middelen.
- 1.15. Deze zaak gaat niet over de vraag óf de Staat beperkende maatregelen mag opleggen om de pandemie het hoofd te bieden. Eisers stellen in deze zaak ook niet de evenredigheid en noodzakelijkheid van de betrokken overheidsmaatregelen ter discussie. Evenmin stellen zij ter discussie dat de Staat de gevolgen van deze maatregelen – dat wil zeggen het niet kunnen verrichten van arbeid – volledig/100% aan werkenden behoort te compenseren.
- 1.16. In essentie en samengevat, zijn eisers van oordeel dat de Staat de lasten van de opgelegde covid-maatregelen in onevenredige mate heeft laat rusten op de schouders van een deel van de werkende burgers, te weten: zelfstandig werkenden. Daarenboven en vervolgens heeft de Staat ervoor gekozen om burgers (zelfstandig werkenden en werkenden in loondienst) op ongelijke wijze te compenseren voor de gevolgen van de opgelegde covid-maatregelen wat concreet heeft geresulteerd (en wat voorzienbaar was) in een ongelijke mate van compensatie voor zelfstandig werkenden. Door aldus te handelen heeft de Staat jegens zelfstandige werkenden onrechtmatig gehandeld.

⁴ Tot maximaal driemaal modaal en ongeacht de individuele thuis- en vermogenssituatie van de werkende.

⁵ Het betreft een van buiten komend en onvoorzienbaar onheil waarvan de Staat erkent dat de gevolgen niet als normaal bedrijfsrisico kunnen worden aangemerkt.

- 1.17. Eisers verzoeken de rechtbank met inachtneming van al hetgeen in deze dagvaarding zal worden gesteld en gemotiveerd, over te gaan tot het toewijzen van hetgeen zij van de Staat vorderen.

2. RELEVANTE FEITEN

2.1 *Arbeid als productiefactor en inkomen uit arbeid: eenzelfde ratio*

- 2.1. Arbeid is de hoeveelheid fysieke, mentale en sociale inspanning die wordt gebruikt om goederen en diensten in een economie te produceren. Arbeid is een van de vier zogenoemde productiefactoren die worden aangeboden om aan de vraag van consumenten te voldoen.
- 2.2. Arbeid wordt verricht door natuurlijke personen: werkenden. Zowel werkenden in een vaste arbeidsrelatie, in flexibele arbeidsrelatie als werkenden zonder arbeidsrelatie. De laatste categorie wordt hierna aangeduid als zelfstandig werkenden.
- 2.3. Van de totale beroepsbevolking, dit zijn 8,9 miljoen werkenden, verricht bijna twee derde arbeid in loondienst (vaste arbeidsrelatie: 5,7 miljoen). Meer dan een derde van de beroepsbevolking heeft een flexibele arbeidsrelatie (1,7 miljoen) of is aan te merken als zelfstandig werkende (1,5 miljoen).⁶ In 2003 verrichte nog 73% werkenden arbeid in loondienst, 14% in een flexibele arbeidsrelatie en 12,8% als zelfstandig werkende.⁷ Binnen Europa groeit het aandeel zelfstandig werkenden in Nederland relatief sterk.⁸
- 2.4. Over de diverse contractvorm waarbinnen werkenden arbeid verrichten, valt veel te zeggen. De twee uitersten van het spectrum worden gevormd door werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden.

⁶ CBS, StatLine, werkzame beroepsbevolking; positie in de werkring (2^e kwartaal 2021). Er zijn ook rapporten die uitgaan een hoger aantal zelfstandig werkenden; namelijk van bijna 2 miljoen in totaal. Binnen deze groep verhouden de categorie zelfstandigen mét personeel en zelfstandigen zonder personeel als ca. 200.000 tot ca. 1 miljoen. Zie rapportage in het kader van het maatschappelijk programma arbeidsomstandigheden (MAPA), juli 2021.

⁷ CBS, StatLine, werkzame beroepsbevolking; positie in de werkring.

⁸ CBS, dossier zzp.

- 2.5. De eerste categorie heeft veelal een vaste arbeidsrelatie en weet zich verzekerd van sociale zekerheidsbescherming via het (collectieve) arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen, zoals die tegen werkloosheid en ziekte.
- 2.6. De categorie van zelfstandig werkenden, waartoe zowel zelfstandigen zonder personeel (zzp) als zelfstandigen met personeel (zoals vele middenstanders) en vrij beroepsbeoefenaren behoren, wordt geacht haar eigen voorwaarden uit te kunnen onderhandelen en zelfstandig te kunnen voorzien in hun sociale zekerheidsbescherming.
- 2.7. Tussen deze uitersten bevinden zich de zogenoemde flexwerkenden. Deze categorie bestaat grofweg uit: uitzendwerkers, werkenden met een (loon)dienstverband voor bepaalde tijd en/of een 'min-max aantal'-urencontract of een nul-urencontract. Flexwerkenden genieten beperktere sociale zekerheidsbescherming dan de werkenden in een vast loondienstverband.
- 2.8. Met uitzondering van vrijwillig werkenden die 'om niet' arbeid verrichten, genieten alle overige werkenden – ongeacht onder welke contractvorm zij hun arbeid verrichten – inkomen uit arbeid. Een werkende in loondienst genereert met zijn arbeid omzet voor zijn werkgever en wordt hiervoor beloond met een bepaald inkomen. Een zelfstandig werkende zonder personeel genereert met zijn arbeid omzet voor zichzelf dat één op één als inkomen wordt aangemerkt. Een zelfstandige werkende met personeel genereert al dan niet tezamen met het personeel omzet waaruit hij de salarissen van zijn personeel betaalt en zichzelf een inkomen toekent.
- 2.9. Het verwerven van inkomen is derhalve de essentie van het verrichten van betaalde arbeid door een individu. Het is nodig voor het verdienvermogen van Nederland, voor het produceren van goederen en diensten, voor koopkracht en bestedingen en voor het in stand houden van onze sociale verzekeringen en voorzieningen en andere collectieve uitgaven. Er is ook een maatschappelijke dimensie: iedereen wil op een volwaardige manier betrokken worden bij de samenleving waarin hij of zij leeft en het verrichten van arbeid draagt daaraan bij.
- 2.10. De contractvorm waarbinnen werkenden arbeid verrichten, is niet bepalend voor het maken van een fundamenteel onderscheid tussen individueel werkenden, en dat behoort ook niet zo te zijn. Immers, ongeacht de contractvorm kunnen werkenden

dezelfde arbeid verrichten en hebben zij dezelfde 'verdiencapaciteit' voor de samenleving en voor henzelf.

- 2.11. De contractvorm is alleen bepalend voor zover werkenden sociale zekerheidsbescherming genieten bij het wegvallen van hun verdiencapaciteit bij een intredend ondernemersrisico. Zo zijn werkenden in vaste loondienst bij wet beschermd tegen werkloosheid en bij ziekte. Zelfstandig werkenden kunnen zich voor deze potentiële risico's vrijwillig verzekeren. De verschillen in sociale zekerheidsbescherming hebben afgelopen jaren geleid tot een toenemende (sociaal)-economische kloof tussen werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden, waarbij een relatief grotere groep van zelfstandig werkenden aan de verkeerde kant van die kloof staat. Op verzoek van de minister van SZW heeft de Commissie Borstlap hiernaar onderzoek gedaan en concrete adviezen gegeven om die kloof te verkleinen.

2.2 *Pandemie is geen normaal ondernemersrisico*

- 2.12. Toen Nederland in maart 2020 voor het eerst in lockdown ging, erkende de regering bij monde van de minister van SZW dat de gevolgen van deze pandemie niet als normaal ondernemersrisico kan worden beschouwd. Ook erkende de regering bij monde van de minister van SZW dat de getroffen overheidsmaatregelen een enorme impact hebben op de samenleving als geheel, op alle burgers daarvan.

- 2.13. De minister van SZW verwoordde het in een brief aan de Tweede Kamer als volgt:

“Nederland wordt door de uitbraak van het coronavirus en de daarmee verband houdende overheidsmaatregelen geconfronteerd met buitengewone omstandigheden die een enorme impact hebben op het maatschappelijk leven in het algemeen en de economie en arbeidsmarkt in het bijzonder. Deze situatie, daarbij inbegrepen de daarmee gepaard gaande risico's voor bedrijven en banen, kan niet als normaal ondernemersrisico beschouwd worden.”⁹

- 2.14. Dat de gevolgen voor de economie en de arbeidsmarkt van de maatregelen die het kabinet omwille van de volksgezondheid heeft genomen niet onder het reguliere

⁹ Kst 35 420, nr. 8, p. 2

ondernemersrisico vallen herhalen diverse leden van het kabinet op uiteenlopende momenten:

- a) Op 17 maart 2020 schreven de bewindslieden van Economische Zaken en Klimaat, Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer: "De huidige werktijdverkorting-regeling [...] heeft ten doel om werkgevers in staat te stellen hun personeel te behouden als ze tijdelijk te maken krijgen met een fors werkurenverlies door een calamiteit die buiten het normale bedrijfsrisico valt. De uitbraak van het coronavirus is zo'n calamiteit."¹⁰
- b) In de memorie van toelichting op de Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers: "Als gevolg van de coronacrisis en ook als gevolg van de maatregelen van de rijksoverheid om de verspreiding van het coronavirus te beteugelen, derven veel zelfstandigen buiten hun invloedssfeer inkomsten en worden veel zelfstandigen met acute financiële problemen geconfronteerd. In gewone tijden ondernemen zelfstandigen voor eigen rekening en risico. De regering is van mening dat deze coronacrisis niet als normaal ondernemersrisico kan worden aangemerkt."¹¹
- c) In een plenair debat op 24 juni 2020 stelde de minister van SZW: "[...] het hele pakket is gebaseerd op ondernemers en werknemers die werden geraakt door de coronacrisis, wat geen normaal ondernemersrisico is en waar geen normale regelingen voor beschikbaar zijn."¹²
- d) Tijdens hetzelfde debat op 24 juni 2020 bij monde van de staatssecretaris van SZW: "De maatregelen die genomen zijn in het licht van de volksgezondheid, waarvan het goed is dat ze genomen zijn, hebben inderdaad gevolgen voor de economie en de arbeidsmarkt die niet zomaar onder het reguliere ondernemersrisico kunnen vallen. Dat was ook de legitimatie voor het kabinet om het brede pakket aan maatregelen te nemen."
- e) In ieder geval tot maart 2022 blijft het kabinet van mening dat maatregelen zoals lockdowns niet tot het ondernemersrisico behoren. Zo blijkt uit de

¹⁰ Kst 35 420, nr. 2.

¹¹ Stb. 2020, nr. 118.

¹² Gecorrigeerd verslag van 87e vergadering van de Tweede Kamer, woensdag 24 juni 2020 (https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/plenaire_verslagen/detail/2019-2020/87).

aankondiging van het kabinet dat het zijn visie op ondernemersrisico begin 2022 mogelijk zal heroverwegen: "Een combinatie van sluitingen én ruimhartige compensatie is uiteindelijk onhoudbaar, zeker wanneer de coronapandemie langere tijd aanhoudt. Om bedrijven in staat te stellen zich aan te passen, is het kabinet voornemens om het komende kwartaal duidelijkheid te bieden over het beleid omtrent de verdeling van risico's. In de wetenschap dat corona mogelijk nog langere tijd zal blijven bestaan, kan hierbij onder meer worden gedacht aan het versmallen van het doel van steun tot ondersteuning van de macro-economische stabiliteit en het heroverwegen van wat als ondernemersrisico moet worden gezien."¹³

2.15. Ook de Hoge Raad is van oordeel dat de gevolgen van de pandemie, althans de gevolgen van de beperkende overheidsmaatregelen op de verdien capaciteit van ondernemingen, onvoorzienbaar waren en niet tot het normale ondernemersrisico behoren.

2.16. Op 24 december 2021 oordeelde de Hoge Raad op prejudiciële vragen in een contractueel geschil tussen huurder en verhuurder (ECLI:NL:HR:2021:1974, rov. 3.2.3 en 3.2.4):

"Een onvoorziene omstandigheid [...] is een omstandigheid die op het moment van totstandkoming van de overeenkomst nog in de toekomst is gelegen en die daarin niet is verdisconteerd. [...]"

"De omstandigheid dat een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie de door hem gehuurde 290-bedrijfsruimte niet of slechts in geringe mate kan exploiteren, is een uitzonderlijke, de volksgezondheid betreffende omstandigheid van algemene aard. [...]"

2.17. Deze overwegingen gaan ook op – en zijn illustratief voor – bijvoorbeeld de situatie van eiseres, mevrouw [REDACTED]. Als gezegd is zij van beroep [REDACTED]. Haar normale ondernemersrisico bestond destijds (en bestaat nog steeds) uit drie componenten: (i) ziekte, (ii) ouderdom en (iii) annulering van opdrachten (vanwege ziekte, overlijden of scheiding). Tegen ziekte had eiseres zich verzekerd op grond

¹³ Kst (Eerste Kamer), 35 420 nr. BL, p. 11.

van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Voor haar ouderdom heeft eiseres een pensioenvoorziening afgesloten en tegen het risico van annuleringen had eiseres een financiële buffer opgebouwd. Jaarlijks werden één of twee van de (gemiddeld) 35 bruidsreportages geannuleerd, maar uiteraard nooit alle bruidsreportages in het jaar, wat wel het geval is geweest naar aanleiding van de beperkende covid-maatregelen. Kortom, tot het uitbreken van de pandemie was er geen enkele reden voor een ondernemer als eiseres om te anticiperen op de daaruit voortvloeiende risico's, en zijn de gevolgen van de beperkende overheidsmaatregelen op haar verdien capaciteit aan te merken als een onvoorziene omstandigheid zoals de Hoge Raad daaraan uitleg heeft gegeven.

- 2.18. Behalve dat de gevolgen van de door de Staat opgelegde covid-maatregelen, niet voorzienbaar waren en niet tot het normale ondernemersrisico behoren, betekent het concreet óók dat werkenden, ongeacht onder welke contractvorm zij hun arbeid verrichtten, op eenzelfde wijze hierdoor werden getroffen. Een groot deel van de werkenden mochten tijdelijk hun arbeid niet verrichten, waardoor de verdien capaciteit van hun productiefactor voor die periode werd gereduceerd tot nihil.
- 2.19. Uit onderzoek van het Centraal Planbureau en Sociaal en Cultureel Planbureau (hierna: **CPB** en **SCP**) naar de maatschappelijke effecten van corona blijkt dat de coronacrisis vooral personen zonder vast dienstverband heeft geraakt (**Productie 2** en zie ook bijlage bij Productie 1). Zelfstandig werkenden hebben aanzienlijk minder gewerkte uren (en bijgevolg minder omzet) per week gerealiseerd dan werknemers in loondienst,¹⁴ en met name zelfstandigen (zowel mét als zonder steun) zijn hierdoor in de problemen geraakt.¹⁵ De grafieken op bladzijde 5 van Productie 2 laten zien dat politiek en ambtenarij wisten dat (naar rato van het totaal aantal huishoudens) tweemaal zoveel huishoudens van zelfstandig werkenden die 'TOZO 1' ontvingen hun vaste lasten niet konden betalen als 'werknemer-huishoudens' (met WW, welke voorziening overigens niet is aangesproken). Met TOZO 2 werd dit gat nog groter, namelijk driemaal zo veel.¹⁶

¹⁴ **Productie 2**, p. 3.

¹⁵ **Productie 2**, p. 5.

¹⁶ Zonder TOZO-steun kon 18% van de zelfstandig werkenden na 12 maanden hun vaste lasten niet meer betalen, met TOZO 1-steun daalde dat percentage naar 4%, terwijl voor werkenden in loondienst dat percentage lag op ~2%. Met TOZO 2-steun steeg het percentage 'zelfstandig werkenden'-huishoudens die in de problemen geraakten juist weer naar 7,5%.

2.3 Steunmaatregelen

- 2.20. In het eerste pakket noodmaatregelen steunde de Staat zelfstandig werkenden op grond van de Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandige ondernemers (hierna: **TOZO**).¹⁷ Op basis hiervan werden hun gedeerde inkomen uit arbeid aangevuld tot bijstandsniveau (het wettelijk sociaal minimum). Omdat het plaatsvinden van een vermogenstoets en partner-/kostendelerstoets voor de duur van de steunmaatregel niet vereist was, kon het totale gezinsinkomen iets hoger uitvallen dan wanneer op reguliere gronden bijstand zou worden toegekend. Naast deze steun in levensonderhoud konden zelfstandig werkenden op basis van de TOZO onder gunstige voorwaarden in aanmerking komen voor een lening voor bedrijfskapitaal.
- 2.21. Met TOZO 2 werd de partner-/kostendelerstoets alweer ingevoerd, waardoor grote groepen zelfstandigen niet meer in aanmerking kwamen voor de TOZO-compensatie en dus geen enkele compensatie ontvingen voor het gedeerde inkomen uit arbeid.
- 2.22. In het laatste pakket noodmaatregelen heeft de Staat de steun aan zelfstandig werkenden op grond van de TOZO helemaal stopgezet. Sindsdien kan het gedeerde inkomen uit arbeid voor zelfstandig werkenden mogelijk worden aangevuld op basis van het Besluit bijstandsverlening zelfstandigen 2004 dat vereenvoudigd mag worden toegepast. Dat wil zeggen dat er geen vermogenstoets plaatsvindt. Wel is een zogenoemde 'levensvatbaarheidstoets' ingevoerd, waardoor de gemeentelijke bijstand in principe alleen terecht komt bij zelfstandigen van wie verwacht wordt dat ze na beëindigen van de (contactbeperkende) covid-maatregelen in staat zijn hun onderneming succesvol voort te zetten.¹⁸ In niet uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld gemeente Den Haag waar eiseres woont, werd in het kader van de levensvatbaarheidstoets informatie verzocht en beoordeeld over het vermogen van de aanvrager. Zo diende eiseres informatie op te geven over autobezit en de waarde van haar koopwoning.
- 2.23. De Staat steunde – en steunt nog steeds – werkenden in loondienst (vast-, flexibel- en nul-uren contract) op grond van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor

¹⁷ Voluit: Besluit van 17 april 2020, houdende tijdelijke regels omtrent bijstandsverlening aan zelfstandigen die financieel getroffen zijn door de gevolgen van de crisis in verband met COVID-19 (Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers).

¹⁸ Kst (Eerste Kamer) 35 420, BL, p. 5.

behoud van werkgelegenheid (hierna: **NOW**).¹⁹ Op basis hiervan kregen de werkgevers die te maken hadden met een te verwachten omzetverlies van ten minste 20%, maximaal 90% van de loonkosten vergoed voor inkomsten tot maar liefst EUR 9.538 bruto per maand (driemaal modaal).²⁰ Als voorwaarde betaalden de werkgevers het loon aan de betrokken werkenden 100% door. De volledige loondoorbetalingsverplichting bleef als voorwaarde bestaan. Concreet werden – en worden nog steeds – werkenden met een inkomen tot maximaal driemaal modaal volledig gecompenseerd als zij in dienst zijn bij een werkgever en verplicht verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen.

- 2.24. Waar de Staat werkenden in loondienst compenseert op inkomensniveau en deze compensatie ten laste van de algemene middelen brengt, verkiest de Staat – sinds het laatste pakket noodmaatregelen – zelfstandig werkenden die de levensvatbaarheidstoets doorstaan, alleen nog te compenseren op bijstandsniveau,²¹ welke compensatie ten laste van de gemeentelijke middelen komt.
- 2.25. In het geval dat beide werkenden geen arbeid kunnen verrichten en derhalve geen (financiële) vruchten van hun arbeid kunnen genereren, wordt de ene groep voor het wegvallen van die vruchten volledig gecompenseerd (althans tot een inkomen van driemaal modaal), terwijl de andere groep wordt gecompenseerd rondom het sociaal minimum en pas nadat die vruchten tot onder het bijstandsniveau zijn weggevallen en de betrokken arbeidsactiviteiten nog levensvatbaar zijn.
- 2.26. In het geval van werkenden in loondienst motiveert de Staat de verleende steunmaatregel met het argument om werkloosheid te voorkomen en werknemers en hun gezinnen zoveel mogelijk baan- en inkomenszekerheid te bieden in deze onzekere tijden.²² Deze vorm van steun reikt aanzienlijk verder dan alleen de

¹⁹ Voluit: Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-0000046630, tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tot tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid).

²⁰ Het vergoedingspercentage is NOW-4 bedroeg 85%. Voor zowel NOW-5 als NOW-6 is het vergoedingspercentage uiteindelijk weer vastgesteld op 90% (Kst (Eerste Kamer) 35 420, BN, p. 2).

²¹ Calculerende zelfstandig werkenden zouden onder omstandigheden in financiële zin beter af zijn met inmenging van een bewindvoerder, omdat op grond van de Wet schuldsanering natuurlijke personen het zogenoemde 'vrij te laten bedrag om te voorzien in de vaste lasten van levensonderhoud' hoger kan zijn.

²² Kst 35 420, nr. 8, p. 3.

'aanvulling in het levensonderhoud tot aan het sociaal minimum', zoals dat geldt voor zelfstandig werkenden.

- 2.27. In het geval van zelfstandig werkenden motiveert de Staat niet waarom zij wel worden gecompenseerd tot aan het sociaal minimum, en niet voor het omzetverlies dat lineair is met hun inkomensderving uit arbeid. Daarentegen motiveert de Staat waarom hij ervoor kiest sommige zelfstandig werkenden helemaal niet te steunen, zelfs niet tot aan het sociaal minimum. Op Kamervragen van de PvdA-fractie antwoordde de minister van Armoedebeleid: "Het kabinet vindt het in deze fase van de pandemie van belang dat de inkomensondersteuning bij die zelfstandigen terecht komt van wie verwacht wordt dat ze na het wegvallen van de contactbeperkende maatregelen in staat zijn hun onderneming succesvol voort te zetten. Ook ondernemers zelf zijn niet gebaat bij een niet-levensvatbaar bedrijf."²³
- 2.28. Behalve dat de Staat een onderscheid maakt tussen werkenden naar contractvorm, maakt de Staat ook een onderscheid tussen ondernemingen. Immers, de zelfstandig werkende moet in hoedanigheid van onderneming aantonen dat hij na het beëindigen van de covid-maatregelen een levensvatbaar bedrijf heeft, terwijl werkgevers met werknemers in dienst dat bewijs niet behoeven te leveren om in aanmerking te komen voor steun.
- 2.29. Dat er verschillen bestaan tussen de regelingen voor werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden, komt – aldus de minister van SZW in debat met de Tweede Kamer – doordat "werknemers verzekerd zijn tegen werkloosheid en daar ook premie voor afdragen (WW), dit in tegenstelling tot zelfstandigen."²⁴ Toch worden werkenden in loondienst uit de algemene middelen gesteund en niet uit de WW-verzekering en/of uit de betaalde WW-premies. De mogelijkheid om steun aan werkenden in loondienst te verlenen op grond de zogenoemde werktijdverkorting-regeling, die is opgenomen in de Beleidsregel ontheffing verbod van werktijdverkorting 2004, werd juist in de eerste lockdown ingetrokken zodat onder meer geen WW-rechten van werknemers zouden worden opgesoupeerd.²⁵
- 2.30. Kortom, de WW-pot wordt dus beschermd voor toekomstige gevallen – en kennelijk andersoortige oorzaken van werkloosheid – en niet aangesproken voor de juridische

²³ AH 1461 2021Z24204, antwoord van 26 januari 2022 op vragen 13, 14 en 15.

²⁴ Zie antwoord minister van SZW op vragen van de SP-fractie, kst 35 420, nr. 21, p. 34 (randnummer 70 en 71).

²⁵ Kst 35 420, nr. 2, p. 3 en 4.

fictie dat werkenden in loondienst te allen tijde in aanmerking komen voor tijdelijke doorbetaling van hun salaris op grond van de WW, wanneer zij buiten hun schuld geen arbeid kunnen verrichten.

- 2.31. De ongelijke steunverlening van de Staat aan werkenden heeft tot een verdere toename van de (sociaal-)economische kloof geleid tussen werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden. Niet alleen het verschil in compensatie op respectievelijk het inkomens- of draagkrachtniveau en het sociaal minimum niveau, ook de overige steunmaatregelen in de vorm van leningen aan zelfstandig werkenden, die de liquiditeit van hun bedrijfsvoering negatief beïnvloeden, hebben die kloof vergroot.
- 2.32. De Staat verwacht van zelfstandig werkenden dat zij solliciteren op ander(soortig) werk of op openstaande vacatures.²⁶ En wanneer het hen niet lukt om te voorzien in een levensvatbaar inkomen uit arbeid dan vindt de Staat het acceptabel dat voor deze groep werkenden slechts een beroep rest op gemeentelijke schuldhulpverlening.²⁷ De Nationale Ombudsman concludeert in recent onderzoek dat als gevolg van de coronapandemie zelfstandige ondernemers meer dan voorheen instroomden in gemeentelijke schuldhulpverlening (**Productie 3**). De financiële buffers waren bij ongeveer een derde van de zelfstandigen in 2020 kleiner dan EUR 10.000.²⁸ Ook de staatssecretaris van Cultuur, Gunay Uslu, erkent twee jaar na de eerste lockdown dat een grote categorie zzp-ers, waaronder eisers 2 tot en met 4, onevenredig hard zijn getroffen door de beperkende overheidsmaatregelen. In het Financieele Dagblad van 24 mei 2022 (p. 8) wordt zij hierover als volgt geciteerd:

“Zzp'er zijn financieel verzwakt uit de crisis gekomen', constateert Uslu dan ook. De gemiddelde freelancer in de cultuursector verdient onvoldoende om inkomensschommelingen goed op te kunnen vangen. 'Spaargeld dat was bedoeld voor een periode van ziekte of voor de oude dag is voortijdig aangesproken.”

²⁶ Staatssecretaris Wiersma in de Tweede Kamer op 8 december 2021: “Die heroriëntatie op de arbeidsmarkt, of op het ondernemerschap — ga je dit blijven doen of moet je iets anders doen? — staat ook heel nadrukkelijk open.” En: “Tegelijkertijd zou ik het ook zonde vinden dat je geen gesprek over heroriëntatie hebt. Wij zeggen dus tegen gemeenten: als je maatwerk moet bieden op je levensvatbaarheidstoets heb je alle ruimte, geen enkel probleem, als je maar daadwerkelijk helpt bij de heroriëntatie.”

²⁷ Kst (Eerste Kamer) 35 420, BL, p. 6.

²⁸ **Productie 3** (onderzoek), p. 7.

- 2.33. Aan werkenden in loondienst legt de Staat niet de verplichting of drang op om te solliciteren naar ander werk – wat wel geldt in de juridische fictie dat werkenden in loondienst te allen tijde in aanmerking komen voor tijdelijke doorbetaling van hun salaris op grond van de WW, als vangnet wanneer zij buiten hun schuld geen arbeid kunnen verrichten. Ook wordt een schuldsaneringstraject als 'vangnet' achter het 'sociaal minimum'-vangnet voor werkenden in loondienst niet als optie of oplossing overwogen.
- 2.34. De zelfstandig werkenden die vóór de covid-crisis al op sociaaleconomische achterstand stonden ten opzichte van werkenden in loondienst, zijn door met name het laatste pakket noodmaatregelen op nog verdere achterstand van hen gekomen.

2.4 De ongelijkheid samengevat

- 2.35. De gevolgen van de (contactbeperkende) covid-maatregelen zijn voor werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden identiek: beide groepen werkenden kunnen (tijdelijk) geen arbeid verrichten waardoor voor allebei de verdiencapaciteit van hun productiefactor voor die periode werd gereduceerd tot nihil.
- 2.36. Werkenden in loondienst lijden (vrijwel) geen inkomensverlies: hun inkomen wordt – tot maximaal driemaal modaal – volledig doorbetaald. Als voorwaarde geldt slechts dat de werkgever een te verwachten omzetverlies van 20% lijdt en een klein deel van de loonkosten draagt (10% – 15%). Voor de werkgever geldt evenmin een levensvatbaarheidstoets voor het betrokken bedrijf.
- 2.37. Zelfstandig werkenden die inkomensverlies lijden worden hiervoor pas gecompenseerd wanneer hun omzet c.q. inkomen onder het sociaal wettelijke bestaansminimum komt. In dat geval wordt hun inkomen tot dat niveau (bijstandsniveau) aangevuld, en alleen indien en voor zover het bedrijf van de zelfstandig werkenden levensvatbaar is en zij voor bijstand in aanmerking komen na toepassing van de partner-/kostendelerstoets.
- 2.38. Illustratief en ter vergelijking: een alleenstaande zelfstandig werkenden van 21+, die een omzet c.q. inkomen van driemaal modaal behaalde (EUR 9.538 bruto per maand /circa: 6.358 netto) wordt slechts voor maximaal 17% daarvan gecompenseerd (ofwel: de maximale bijstandsuitkering (2021) in dit geval van EUR 1.075,44) en dit onder de voorwaarde dat het omzetverlies tussen de 83% en 100%

bedraagt. Een werkende in loondienst wordt 100% in inkomen gecompenseerd wanneer het omzetverlies slechts 20% bedraagt.

- 2.39. De steun voor werkenden in loondienst wordt bekostigd uit de algemene middelen van de rijksoverheid, die worden opgebracht door burgers en bedrijven via belastingen en heffingen, en laten de WW-rechten van werknemers ongeroerd. De steun voor zelfstandig werkenden wordt bekostigd met (geormerkte) gemeente gelden. Deze verschillen in wijze van bekostiging brengt ook verschillen in uitvoering met zich mee. Immers, de toekenning van steun in de loonkosten van werkenden in loondienst is in heel Nederland gelijk, terwijl de toekenning van steun aan zelfstandig werkenden per gemeente kan verschillen (en in de praktijk ook daadwerkelijk verschilt) door het toepassen van de levensvatbaarheidstoets.
- 2.40. Dat zelfstandig werkenden onevenredig zwaarder worden getroffen, zelfs met steunverlening van de Staat, dan werkenden in loondienst wordt ook bevestigd in de rapportages van het CBP en SCP, en de Nationale Ombudsman.
- 2.41. Kortom, voor zelfstandig werkenden geldt:
- i) Een aanzienlijk hogere drempel voor het in aanmerking komen van steun, te weten: (a) 83% – 100% omzetverlies tegenover 20% omzetverlies voor andere ondernemingen, en (b) een levensvatbaarheidstoets.
 - (i) De maximale steun is lager dan voor werkenden in loondienst, omdat deze is gemaximeerd tot bijstandsniveau en niet op draagkrachtniveau.
 - (ii) Er is geen uniforme beoordeling van de te verstrekken steun, wat leidt tot verschillen in steunniveau tussen zelfstandig werkenden.
 - (iii) Drang om te solliciteren naar ander werk; dit geldt niet voor werkenden in loondienst.
 - (iv) Gemeentelijke schuldhelpverlening als uiterst 'vangnet'; werkenden in loondienst lopen niet het risico hierin terecht te komen als aanwijsbaar gevolg van de covid-maatregelen.

2.5 Eisers als maatman

- 2.42. Eiseres, mevrouw ██████████ eisers, de heren ██████████ ██████████ en ██████████, zijn in deze zaak de 'maatmannen' voor de problematiek. Hun situatie geeft een concreet beeld van de ongelijkheid met werkenden in loondienst.

- 2.43. ██████ is sinds 2009 een zelfstandige werkende ██████ (zonder personeel). Als ██████ is haar werk sterk seizoensgebonden. In de twee voorafgaande jaren aan de coronapandemie had ██████ een netto besteedbaar inkomen dat binnen een gemiddelde bandbreedte lag van EUR 30.000 tot EUR 35.000. In het eerste jaar van de pandemie daalde haar netto besteedbaar inkomen met EUR 8.6282 naar EUR 22.542 (d.i. inclusief overheidssteun), een achteruitgang van ruim 27,8%, terwijl de bedrijfskosten en particuliere kosten gewoon doorliepen. Ter onderbouwing legt eiseres haar jaarstukken en een toelichting van haar financieel administrateur over (**Productie 4**).
- 2.44. ██████ is sinds 1986 een zelfstandige werkende musicus (zonder personeel). In de twee voorafgaande jaren aan de coronapandemie had ██████ een netto besteedbaar inkomen dat binnen een gemiddelde bandbreedte lag van circa EUR 35.000 tot ruim EUR 40.000. In het eerste jaar van de pandemie daalde zijn netto besteedbaar inkomen met EUR 12.660 naar EUR 21.790 (d.i. inclusief overheidssteun), een achteruitgang van ruim 36,7%, terwijl de bedrijfskosten en particuliere kosten gewoon doorliepen. Ter onderbouwing legt eiser zijn jaarstukken en een toelichting van zijn financieel administrateur over (**Productie 5**).
- 2.45. ██████ is sinds 1995 een zelfstandige werkende musicus (zonder personeel). In de twee voorafgaande jaren aan de coronapandemie had ██████ een netto besteedbaar inkomen dat binnen een gemiddelde bandbreedte lag van circa EUR 29.000 tot EUR 32.000. In het eerste jaar van de pandemie daalde zijn netto besteedbaar inkomen met EUR 19.043 naar EUR 9.758 (d.i. inclusief overheidssteun), een achteruitgang van ruim 66%, terwijl de bedrijfskosten en particuliere kosten gewoon doorliepen. Ter onderbouwing legt eiser zijn jaarstukken en een toelichting van zijn financieel administrateur over (**Productie 6**).
- 2.46. ██████ is sinds 1967 een zelfstandige werkende acteur en musicus (zonder personeel). In de twee voorafgaande jaren aan de coronapandemie had ██████ een netto besteedbaar inkomen dat binnen een gemiddelde bandbreedte lag van ruim EUR 25.000 tot circa EUR 36.000. In het eerste jaar van de pandemie daalde zijn netto besteedbaar inkomen met EUR 26.733 naar EUR 9.235 – ██████ ontving geen overheidssteun – een achteruitgang van ruim 74%, terwijl de bedrijfskosten en particuliere kosten gewoon doorliepen. Ter onderbouwing legt eiser zijn jaarstukken en een toelichting van zijn financieel administrateur over (**Productie 7**).

2.47. Door de (contactbeperkende) covid-maatregelen viel het inkomen uit arbeid voor ██████████ ██████████ ██████████ en ██████████ nagenoeg weg. Het verschil tussen hun maandelijkse inkomen en het door de gemeente bijgepaste sociaal minimum²⁹ is hun netto verlies aan inkomen en verloren draagkracht. Een dergelijk verlies hebben werkenden in loondienst in vergelijkbare functies en omstandigheden niet geleden.

2.5.1 Maatmannen niet vertegenwoordigd in de polder

2.48. Uit geen enkel openbaar gemaakt document volgt dat de Staat vertegenwoordigers van zelfstandig werkenden formeel heeft betrokken bij de vormgeving van de diverse, en in het bijzonder het laatste steunpakket.

2.49. In zoverre uit berichtgeving in de media valt op te maken dat de Staat (informeel) diverse stakeholders heeft betrokken bij het vormgeven van de steunpakketten, zijn dit voornamelijk werkgevers- en werknemersorganisaties geweest en niet specifieke vertegenwoordigers van zelfstandig werkenden, zoals de Werkvereniging.

2.50. Eisers zijn niet of onvoldoende vertegenwoordigd bij de totstandkoming van de steunpakketten en/of de Staat heeft zich onvoldoende rekenschap gegeven van de belangen van zelfstandig werkenden en de specifieke gevolgen van de (contactbeperkende) covid-maatregelen op hun draagkracht. De zogenoemde klankbordgroep werd opgericht nadat de keuzen voor noodsteunpakketten al waren gemaakt, zodat de inbreng van de betrokken partijen verwaarloosbaar is geweest. Dit wordt ook bevestigd in mediaberichtgeving, waarvan enkele voorbeelden als **Productie 8** worden overgelegd.

²⁹ Met uitzondering van ██████████ die niet in aanmerking kwam voor overheidssteun, onder omdat hij AOW zou genieten.

3. ONRECHTMATIGE DAAD

3.1 *Inleiding*

- 3.1. Eisers vorderen in de deze procedure een verklaring voor recht van uw rechtbank dat de Staat onrechtmatig tegenover hen handelt en zij daardoor schade lijden of zullen lijden. Zij baseren hun vordering in het licht van de feiten en omstandigheden zoals geschetst in de vorige twee hoofdstukken van deze dagvaarding op onrechtmatige daad en zullen dit hierna uitwerken.
- 3.2. Uitgangspunt is dat een gedraging (doen of nalaten) onrechtmatig is als de gedraging een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zo volgt uit artikel 6:162 BW. Wanneer handelen of nalaten past in een van deze categorieën en daarnaast nog aan de andere vereisten van art. 6:162 BW wordt voldaan (toerekening, relativiteit, causaliteit en schade) dan staat de onrechtmatigheid vast en eventueel veroorzaakte schade dient dan te worden vergoed.
- 3.3. Wet- en regelgeving, waaronder een AMvB, ministeriële regeling en de daarbij horende beleidsregels zijn onrechtmatig wanneer de materiële inhoud ervan in strijd is met hogere (inter)nationale normen of wanneer er een gebrek is in de totstandkomingprocedure. Op de Staat als EU-lidstaat rust bovendien de verplichting onrechtmatige gevolgen van een schending van Unierecht ongedaan te maken (dat is al zo sinds HvJ 16 december 1960, zaak 6/60, Humblet, ECLI:EU:C:1960:48, p. 1169).
- 3.4. Wanneer de wetgever rechtsregels uitvaardigt die strijdig zijn met hoger recht dan komen die regels (publiekrechtelijk) onrechtmatig tot stand en moeten deze naar burgerlijk recht als onrechtmatig worden beschouwd. Hetzelfde geldt als bij de uitvoering of toepassing van die regels strijdigheid ontstaat met hoger recht
- 3.5. Natuurlijk beweegt de regering, of bewegen de betreffende ministers zich in een politiek spectrum, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een regel tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de daarbij betrokken belangen. Het is ook niet de bedoeling van eisers dat de rechtbank zich mengt in dit politieke spectrum of 'op de stoel van de

wetgever' gaat zitten. Zij vragen de rechtbank ook niet een onrechtmatig onderscheid op te heffen langs een bepaalde weg, omdat dat inderdaad in het vaarwater van zodanige aan de wetgever voorbehouden overwegingen van overheidsbeleid of rechtspolitieke aard kan komen. De gevorderde verklaring voor recht brengt niet mee dat de rechtbank zich in die overwegingen heeft te begeven als een onrechtmatig onderscheid wordt vastgesteld.

- 3.6. Het gaat in deze zaak om afwegingen van ministers waarin juist niet alle belangen zijn meegenomen en het betreft bepalingen die gegrond zijn op afwegingen die buiten een beoordelingsmarge in de zin van bijvoorbeeld een toets door het EHRM vallen en door de rechter terzijde kunnen worden geschoven of in een rechtmatigheidstoets worden betrokken.
- 3.7. Het onrechtmatig handelen (of nalaten) moet ook toerekenbaar zijn. Een onrechtmatige daad kan worden toegerekend als deze aan de schuld van – in dit geval – de Staat te wijten is of indien de wet of verkeersopvattingen dat bepalen. Onrechtmatig handelen of nalaten van de Staat zal voornamelijk kunnen worden toegerekend op grond van de 'in het verkeer geldende opvattingen'. Aan overheidshandelen worden terecht hoge eisen gesteld. De Staat behoort op de hoogte te zijn van de feitelijke en juridische stand van zaken. Ten aanzien van wet- en regelgeving heeft de Staat de zorgplicht dat de totstandkoming op juiste wijze gebeurt. Hierbij dient hij na te gaan hoe het uitgevaardigde voorschrift zich verhoudt tot ander recht en de hiërarchie van regelgeving.
- 3.8. Indien schade ontstaat (of kan ontstaan) als gevolg van een miskennis van hoger recht is het redelijker de schade voor rekening van de overheid te laten komen dan de nadelen op een individuele burger af te wentelen. Het is ook een beginsel van Unierecht dat de lidstaten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van Unierecht die de lidstaat kunnen worden toegerekend.
- 3.9. Eisers stellen zich in de eerste plaats op het standpunt dat de Staat toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van hen (en de achterban van de Werkvereniging) door hen ongelijk te behandelen en daarbij een inbreuk te maken op hun eigendomsrecht, hun vrijheid van ondernemen en hun vrijheid van beroep. De Staat heeft zijn bevoegdheden ingezet in strijd met Verdragsrecht en actief ongelijkheid gecreëerd ook door de regelgeving onzorgvuldig voor te bereiden en

vast te stellen (een objectieve rechtvaardiging ontbreekt, is ook niet benoemd). Voor zover de rechtbank dat standpunt niet volgt, zijn eisers van oordeel dat de Staat onrechtmatig nalatig is geweest, door de ongelijkheid niet te voorkomen en daarbij een inbreuk te maken op hun eigendomsrecht, hun vrijheid van ondernemen en hun vrijheid van beroep. Volgens eisers heeft de Staat de plicht om de belangen van alle werkenden gelijk te waarborgen. De Staat heeft daarmee ook een zorgplicht geschonden.

- 3.10. Eisers lijden schade door die ongelijke positie en inbreuken op hun verdragsrechtelijk gewaarborgde rechten en vrijheden.
- 3.11. Eisers baseren deze standpunten op de Verdragsrechtelijke en (grond)wettelijke taken en bevoegdheden van de Staat en – gelet op het verbod aan de Grondwet te toetsen – de Verdragsbepalingen: artikel 20 en artikel 21 EU-Handvest (hierna: **Handvest**) en artikel 14 EVRM (*gelijke behandeling*), artikel 16 en artikel 17 Handvest en artikel 1 EP EVRM (*inbreuk/inmenging eigendomsrecht samen met recht op ondernemen*) en artikel 15 Handvest (*vrijheid van beroep en het recht te werken*) gelezen in verband met verdragsrechtelijk door de EU geborgde vrijheden (vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal) op basis waarvan het Handvest in deze zaak ook toepasbaar is (art. 51 Handvest). Wanneer het Unierecht toepasselijk is, vinden de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing.³⁰

3.2 Verklaring voor recht

- 3.12. Wat verzoeken eisers van uw rechtbank op grond van onrechtmatige daad?
- 3.13. Eisers vorderen een verklaring voor recht. Zij kunnen hun vordering tot verklaring voor recht indienen in een civiele procedure omdat zij schade lijden (of nog zullen lijden) door onrechtmatig handelen of nalaten van de Staat, waaronder via (onrechtmatige) regelgeving of wetgeving. Zij baseren daarbij hun vordering op het feit dat de betreffende regelingen als zodanig in strijd zijn met hogere regelgeving (en daarmee onverbindend zijn).

³⁰ HvJ 26 februari 2013, C617/10 Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280 en van diezelfde datum C399/11 Melloni, ECLI:EU:C:2013:107.

- 3.14. Eisers hebben een voldoende belang bij een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor schade, nu de mogelijkheid van schade aannemelijk is op basis van een verschil in compensatie door ongelijke behandeling.
- 3.15. Indien zoals in deze zaak een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, dient de rechter ervan uit te gaan dat eisers daarbij belang hebben als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat geldt ook als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd.

Vgl. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ* 2016/77 (m.nt. J.B.M. Vranken), *JBPR* 2015/34 (m.nt. D.F.H. Stein)

- 3.16. Eisers zijn ieder voor zich door de gewraakte onthouden compensatie een bij die rechtsverhouding tot de Staat onmiddellijk betrokken persoon die zichzelf in een situatie van een door de Staat veroorzaakte onzekerheid bevindt ten aanzien van zijn rechten of plichten. Die onzekerheid schaadt hun belangen en de verklaring van recht biedt daarvoor een oplossing.

3.3 *Uitwerking onrechtmatige daad – Handvest en EVRM*

- 3.17. Werkenden in Nederland zijn gelijke burgers. Die gelijkheid is niet alleen een wenselijkheid, maar ook een mensenrecht dat wordt bevestigd in tal van samenhangende (Verdrags)bepalingen van het Handvest en het EVRM. Het gaat niet alleen om klassieke negatieve rechten die als hoofddoel hebben de bescherming van een individu tegen interventies van de Staat, maar ook om positieve verplichtingen die op de Staat rusten die meebrengen dat de Staat niet alleen moet afzien van interventies, maar juist actief moet optreden ter bescherming van gewaarborgde belangen van een individu. Hieronder zullen eisers die bepalingen in hun samenhang bespreken en dat kader toepassen op de tekortkomingen bij de vereiste non-discriminatoire toegang tot compensatie.
- 3.18. Werkenden in Nederland bewegen zich allereerst op een interne markt in de EU. Die Unie brengt volgens artikel 3 lid 3 VEU (Verdrag betreffende de Europese Unie) niet alleen een interne markt tot stand, maar zet zich ook in voor de duurzame ontwikkeling van Europa. Dat uitgangspunt is met name is gebaseerd op een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige

werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en in het bijzonder sociale bescherming bevordert.³¹

- 3.19. Aangezien de Unie niet alleen een economisch maar ook een sociaal doel heeft, moeten het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal worden afgewogen tegen de doelen van sociale politiek. Daaronder vallen (cf. art. 151, eerste alinea VWEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) de bevordering van de werkgelegenheid, een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting. Daarbij staan de mensenrechten (artikel 2 VEU) en het individu centraal.
- 3.20. Van belang daarbij is dat inmiddels het volledige Unierecht is doordrongen van de inhoud van de grondrechten zoals die zijn vastgesteld in het Handvest, dat dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen (artikel 6, punt 1 VEU), terwijl de toelichting op de Handvestbepalingen eveneens juridisch bindend is. Bovendien wordt ingevolge artikel 52 lid 3 Handvest aan de rechten in het Handvest die corresponderen met rechten in het EVRM dezelfde inhoud en reikwijdte toegekend als in het EVRM. Het Handvest biedt een moderner kader en iets anders leest.
- 3.21. De inwerkingtreding van het Handvest (2009) brengt een omslag mee. Van een regelgevingsstelsel naar een stelsel dat is gericht op de *persoon* van de burger, dat wil zeggen iemand die rechten geniet die hem een rechtskader garanderen waarin hij autonoom kan leven en vrij zijn eigen doelen kan nastreven. Daarom kunnen met name de traditionele door de EU Verdragen beschermde vrijheden niet meer worden uitgelegd los van het Handvest, waarvan de rechten moeten worden geacht te zijn verankerd in de inhoud van die vrijheden. In die zin garandeert de Unie die vrijheden in een rechtskader dat door de grondrechten van het Handvest wordt bepaald.
- 3.22. Ondergeschikte beperkingen zijn mogelijk (zolang die beperkingen geschikt zijn om het nagestreefde doel van algemeen belang te verwezenlijken en niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is). Lidstaten, zoals het Hof van Justitie meermaals heeft benadrukt, beschikken weliswaar over een ruime beoordelingsmarge, maar die beoordelingsmarge kan geen aantasting

³¹ Zie bijvoorbeeld HvJ 21 december 2016, C-201/15, AGET Iraklis, ECLI:EU:C:2016:972.

rechtvaardigen van de rechten die particulieren, zoals eisers, ontlenen aan de bepalingen van het Verdrag waarin hun fundamentele vrijheden zijn neergelegd.

- 3.23. Verder moeten volgens het Hof van Justitie de beperkingen die zouden worden gesteld aan de vrije uitoefening van de door het Handvest gewaarborgde rechten en fundamentele vrijheden – in dit geval de in artikel 20 en 21 neergelegde gelijkheid voor de wet en verbod op discriminatie op vermogen (*property*) of andere status (*other status*), waaronder professionele status (*professional status*), de in artikel 16 neergelegde vrijheid van ondernemerschap, en in artikel 17 neergelegde recht op eigendom – en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen.
- 3.24. Weliswaar erkent artikel 52 lid 1 Handvest dat beperkingen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van de in het Handvest verankerde vrijheden, maar de voorwaarden daarvoor zijn duidelijk: zolang daarbij met name het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen, die beperkingen noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.
- 3.25. Voor zover niet aan het Handvest getoetst zou kunnen worden, geldt een toets aan de hand van het (equivalent van de Handvestbepaling in het) EVRM, via de band van artikel 93 en 94 Grondwet. Het EU recht heeft overigens die band van artikel 93 en 94 Grondwet niet nodig om – met voorrang op nationale wettelijke voorschriften – rechtsgevolgen voor particulieren in het leven te roepen (HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80). Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn de regels van het communautair recht een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen voor allen die zij betreffen, ongeacht of het om lidstaten of particulieren gaat.³² Regelingen van nationale oorsprong die met het communautair recht in strijd zijn, vinden geen toepassing.³³

³² HvJ 5 februari 1963, zaak 26-62, Van Gend & Loos, ECLI:EU:C:1963:1, p. 8; HvJ 15 juli 1964, zaak 6-64, Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:66, P. 1199.

³³ HvJ 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal II, ECLI:EU:C:1978:49, p. 629.

3.3.1 Handvest en EVRM – de specifieke bepalingen

3.26. In hoofdstuk 2 van de dagvaarding zijn de relevante feiten behandeld waarbij in paragraaf 2.4 de (feitelijke) ongelijke behandeling tussen werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden is samengevat. Deze ongelijke behandeling wordt hieronder nader bezien en getoetst aan de bepalingen van het Handvest en het EVRM die in deze zaak van toepassing (kunnen) zijn..

– *Gelijkheidsbeginsel*

3.27. Eisers hebben hiervoor beschreven waarom zij concluderen dat er sprake is van een verschillende behandeling die hen raakt in zowel vermogen als professionele status, aspecten waarin zij niet verschillen van andere werkenden, terwijl deze verschillende behandeling geen gerechtvaardigd doel heeft (er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel). Tot slot zien zij geen redelijke proportionaliteit tussen de aan hen weggehouden compensatie en de beoogde doelstellingen, waaronder het draaiende houden van de economie.

3.28. Het gelijkheidsbeginsel van artikel 20 Handvest vormt een algemeen beginsel van Unierecht, waarvan het in artikel 21 lid 1 Handvest neergelegde non-discriminatiebeginsel een specialis vormt.³⁴

3.29. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie vereist het algemene beginsel dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Een verschil in behandeling is gerechtvaardigd als het berust op een objectief en redelijk criterium, dat wil zeggen wanneer het verband houdt met een door relevante wetgeving nagestreefd wettelijk toelaatbaar doel, en dit verschil in verhouding staat tot het met de betrokken behandeling nagestreefde doel.³⁵ Voor een ongelijke behandeling kan een objectieve rechtvaardiging zijn. De Staat heeft bij de totstandkoming van de gewraakte regelingen niet onderbouwd dat daarvan sprake is (deze groep werkenden is welbeschouwd niet in een beoordeling

³⁴ HvJ 22 mei 2014, Glatzel, C356/12, EU:C:2014:350, punt 43, en HvJ 5 juli 2017, Fries, C190/16, EU:C:2017:513, punt 29.

³⁵ Zie HvJ 6 mei 2021, C-142/20, Analisi G. Caracciolo Srl, ECLI:EU:C:2021:368 en HvJ van 22 mei 2014, Glatzel, C356/12, EU:C:2014:350, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

meegenomen) en de Staat kan als gevolg daarvan alleen met een 'reconstructie' of invulling en motivering achteraf komen. De enkele omstandigheid dat bijvoorbeeld sprake zou kunnen zijn van uitvoeringsproblemen – zoals de Staat diverse malen naar voren heeft gebracht (zie ook **Productie 8**) – schiet als objectieve rechtvaardiging tekort. Het is eisers niet gebleken van voldoende concrete en gewichtige redenen die de ongelijke behandeling zouden kunnen rechtvaardigen.

- 3.30. Onderdeel van artikel 21 lid 1 Handvest is onderscheid op 'vermogen'. In het corresponderende artikel 14 EVRM is eveneens 'vermogen' opgenomen, maar ook de restcategorie waaronder het begrip 'professionele status' wordt geschaard als te beschermen belang.³⁶ Artikel 21 Handvest wordt uitgelegd naar de rechtspraak van artikel 14 EVRM. Daarbij geldt dat artikel 14 EVRM in de Nederlandse rechtspraak is aangemerkt als eenieder verbindend. Van belang is verder dat het EHRM in de zaak Schwizgebel (EHRM 10 juni 2010, 25762/07, *RvdW 2011/965*) heeft overwogen dat slechts bij factoren waarop een Staat invloed kan uitoefenen, sprake kan zijn van schending van het Verdragsrechtelijke gelijkheidsbeginsel van artikel 14 EVRM. De tekortkomingen die in deze dagvaarding centraal worden gesteld zijn bij uitstek factoren waarop de Staat juist invloed kon uitoefenen.
- 3.31. De onderscheidende elementen van 'vermogen' en 'professionele status' brengen ook de link met artikel 17 Handvest. Dat artikel regelt (onder meer) inmenging in eigendom, met een ruim eigendomsbegrip. Daarnaast is er directe samenhang met artikel 16 Handvest dat de vrijheid van ondernemerschap regelt en artikel 15 Handvest dat eenieder het recht geeft te werken en een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen en iedere burger van de Unie de vrijheid geeft in iedere lidstaat werk te zoeken, te werken, zich te vestigen en diensten te verrichten. Bovendien behoren volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie zowel de vrijheid van beroepsuitoefening als het recht op eigendom tot de algemene beginselen van het Unierecht.³⁷

³⁶ Zie Harris O'Boyle Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* 2018, p. 771.

³⁷ Zie HvJ 17 december 2015, C157/14, *Neptune Distribution*, ECLI:EU:C:2015:823 en de daar onder punt 43 genoemde arresten van 5 oktober 1994, *Duitsland/Raad*, C280/93, Jurispr. blz. I4973, punt 78; 10 juli 2003, *Booker Aquaculture en Hydro Seafood*, C20/00 en C64/00, Jurispr. blz. I7411, punt 68; 12 juli 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, C154/04 en C155/04, Jurispr. blz. I6451, punt 126, en 6 december 2005, *ABNA e.a.*, C453/03, C11/04, C12/04 en C194/04, Jurispr. blz. I10423, punt 87).

– *Het recht op eigendom*

3.32. Artikel 17 Handvest stemt overeen met artikel 1 EP EVRM:

“Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.”

3.33. Het gaat hier om een grondrecht dat door de jurisprudentie van het Hof van Justitie herhaaldelijk is bekrachtigd, in de eerste plaats in het arrest Hauer (zaak 44//79, ECLI:EU:C:1979:290). De formulering is in het Handvest gemoderniseerd, maar overeenkomstig artikel 52 lid 3 Handvest heeft dit recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het door het EVRM gewaarborgde recht, en de door het EVRM toegestane beperkingen mogen niet worden overschreden.

3.34. Ook toekomstige inkomsten kunnen worden aangemerkt als ‘eigendom’ die in aanmerking komt voor de bescherming van dat artikel, indien er sprake is van specifieke omstandigheden die bij de betrokkene een gewettigd vertrouwen kunnen wekken dat hij een goed zal verwerven.³⁸

3.35. Het uitsluiten van eisers voor (gelijke of gelijkwaardige) compensatie raakt hen in hun financiële positie. Dat is niet alleen op generiek niveau voor zelfstandig werkenden (het tekort in regelgeving), die zich sterker laat voelen dan in het algemeen, afgezet tegen werkenden die wel een volle toegang tot adequate compensatie krijgen, maar betreft ook een individuele en buitensporige last voor eisers. Die last treft hen zwaar, opnieuw ook vergeleken met andere werkenden.

³⁸ Zie met name EHRM Anheuser-Busch/Portugal, nr. 73049/01, 11 januari 2007, punten 64 en 65, en Malik/Verenigd Koninkrijk, punt 93.

3.36. In paragraaf 2.5 is uiteengezet hoe groot de concrete last, achteruitgang in draagkracht, voor eisers is geweest. Eiseres is in het eerste coronajaar bijna een derde achteruit gegaan in haar netto besteedbaar inkomen, de overige drie eisers die allen in de culturele sector werkzaam zijn, zijn respectievelijk ruim 36%, 66,% en 74% achteruit gegaan in hun netto besteedbaar inkomen, terwijl werkenden in loondienst hun netto besteedbare inkomen gelijk hielden.

– *Vrijheid om een economische of een handelsactiviteit uit te oefenen*

3.37. Artikel 16 Handvest is gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie ten aanzien van (i) de vrijheid om een economische of een handelsactiviteit uit te oefenen,³⁹ (ii) de contractsvrijheid⁴⁰ en (iii) de vrije mededinging van artikel 119, leden 1 en 3 VWEU.⁴¹

3.38. De vrijheid van ondernemerschap heeft geen absolute gelding. Met overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van economische activiteit worden gesteld.⁴² Daarbij is van belang dat de vrijheid van ondernemerschap ten eerste in relatie tot haar maatschappelijke functie moet worden beschouwd.⁴³

3.39. Overeenkomstig artikel 52 lid 1 Handvest moet vervolgens elke beperking van de uitoefening van de vrijheid van ondernemerschap bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die vrijheid eerbiedigen, en moet zij met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

3.40. De vrijheid van ondernemerschap omvat met name het recht voor elke onderneming om, binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen

³⁹ Zie HvJ 14 mei 1974, zaak 4/73, Nold, ECLI:EU:C:1974:51, punt 14, en HvJ 27 september 1979, zaak 230/78, SpA Eridania e.a., ECLI:EU:C:1979:216, punt 20 en 31.

⁴⁰ Zie onder meer HvJ 16 januari 1979, zaak 151/78, Suikerfabriken Nykøbing, ECLI:EU:C:1979:4, punt 19, en HvJ 5 oktober 1999, C-240/97, Spanje tegen Commissie, C-240/97, ECLI:EU:C:1999:479, punt 99.

⁴¹ Zie HvJ 22 januari 2013, Sky Österreich, C283/11, EU:C:2013:28, punt 42; HvJ 17 oktober 2013, Schaible, C101/12, EU:C:2013:661, punt 25, en HvJ 12 juli 2018, Spika e.a., C540/16, EU:C:2018:565, punt 34.

⁴² HvJ 22 januari 2013, Sky Österreich, C283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 45 en 46; HvJ 17 oktober 2013, Schaible, C101/12, ECLI:EU:C:2013:661, punt 28, en HvJ 26 oktober 2017, BB construct, C534/16, ECLI:EU:C:2017:820, punt 36.

⁴³ HvJ 20 december 2017, Polkomtelt, C277/16, EU:C:2017:989, punt 50.

handelingen, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen.⁴⁴

3.41. Eisers zijn ondernemer en hun ondernemerschap bestaat uit het goed inzetten van de productiefactor arbeid. Het is die factor arbeid waarin werkenden (de beroepsbevolking) niet van elkaar verschillen. Door binnen de groep werkenden een arbitraire, ongelijke compensatieverdeling aan te brengen, heeft de Staat eisers uitgesloten van gelijkwaardige compensatie. Daarmee is ook hun ondernemerschap beperkt door regelgeving van de Staat, terwijl een daarvoor noodzakelijke zorgvuldige belangenafweging (op grond waarvan ondernemerschap kan worden ingeperkt door werkenden zoals eisers gelijke compensatie te onthouden) ontbreekt. In ieder geval heeft de Staat de hiervoor genoemde maatschappelijke functie van de vrijheid van ondernemerschap nergens laten meewegen. Bovendien is ook geen sprake van de evenredigheid die artikel 52 lid 2 Handvest eist bij beperkingen, alleen al niet omdat niet gezegd kan worden dat het compensatietekort noodzakelijk is, daadwerkelijk beantwoordt aan erkende doelstellingen van algemeen belang of eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁴⁵

3.42. Dit buitensluiten van eisers (en vele anderen) vormt een last die het vrije gebruik van de eisers ter beschikking staande financiële middelen beperkt en is daarom een inbreuk op hun vrijheid van ondernemerschap. Eisers moeten immers de noodzakelijke redelijke compensatie op een opgedrongen manier zelf bekostigen uit die niet meer vrij ter beschikking staande financiële middelen.

– *Vrijheid van beroep(suitoefening)*

3.43. De vrijheid van beroep, die in artikel 15 lid 1 Handvest is neergelegd, wordt erkend in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁴⁶

3.44. Deze vrijheid was ook al vastgelegd in artikel 1 lid 2 van het Europees Sociaal Handvest, dat door alle lidstaten is bekrachtigd, en in punt 4 van het

⁴⁴ HvJ 27 maart 2014, UPC Telekabel Wien, C314/12, ECLI:EU:C:2014:192, punt 49; HvJ 30 juni 2016, Lidl, C-134/15, EU:C2016:489, punt 27.

⁴⁵ HvJ 22 januari 2013, Sky Österreich, C283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 48

⁴⁶ Zie onder meer HvJ 14 mei 1974, zaak 4/73, Nold, ECLI:EU:C:1974:51, punt 12-14; HvJ 13 december 1979, zaak 44/79, Hauer, ECLI:EU:C:1979:290; HvJ 8 oktober 1986, zaak 234/85, Keller, ECLI:EU:C:1986:377, punt 8.

Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werknemers van 9 december 1989.

- 3.45. Artikel 51 lid 2 Handvest noemt de drie vrijheden die in de artikelen 26 en 45, 49 en 56 VWEU zijn gewaarborgd, namelijk het vrij verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.
- 3.46. Artikel 15 lid 2 Handvest, op grond waarvan iedere Unieburger vrij is om werk te zoeken, te werken en zich te vestigen in elke lidstaat, met name het door artikel 45 VWEU gewaarborgde vrije verkeer van werknemers en de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging herhaalt.⁴⁷
- 3.47. De waarborgen van artikel 15 (en 16) Handvest raken ook contractsvrijheid, het uitgangspunt wel of niet een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Aangenomen wordt dat de contractsvrijheid in die bepalingen is erkend (Asser/Hartkamp 3-120019/139). Daarmee zou het wel of niet hebben van een overeenkomst voor het begrip 'werkenden' niet een onderscheidend criterium kunnen zijn, niet een criterium om de één niet te compenseren en de ander wel. De onvoorzienbaarheid van de Corona-pandemie brengt ook mee dat het als onbekend element bij de invulling van *hoe* werkenden hun beroepsuitoefening uitoefenen ook geen onderdeel van die vrijheid kon zijn.

3.4 Conclusie: de Staat handelt in strijd met Handvest en EVRM

- 3.48. Arbeid is een belangrijke productiefactor van de Nederlandse economie; het is onmisbaar voor het verdienvermogen van Nederland. Daarnaast draagt het verrichten van arbeid in belangrijke mate bij aan het maatschappelijke en sociale welzijn van degene die het verrichten.
- 3.49. Arbeid wordt verricht door natuurlijke personen: werkenden. Van alle werkenden in Nederland (de beroepsbevolking) die arbeid verrichten, doet een aanzienlijk deel – circa een derde – dat als zelfstandig werkende zonder loondienstcontract met een werkgever.

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld. HvJ 8 mei 2019, PI, C230/18, ECLI:EU:C:2019:383, punt 53) en HvJ 8 juli 2021, BB, C166/20, ECLI:EU:C:2021:554, punt 31.

- 3.50. De Staat heeft de gevolgen van de contactbeperkende maatregelen als gevolg van de coronapandemie voor zelfstandig werkenden en werkende in loondienst ongelijk gecompenseerd. Dusdanig ongelijk dat de al bestaande (sociaal-)economische kloof tussen beide categorieën werkenden verder is vergroot.
- 3.51. Eisers erkennen dat de Staat beleidsvrijheid geniet bij het nemen van overheidsmaatregelen die een inbreuk kunnen maken op fundamentele rechten van burgers (ingezetenen). Alleen is die beleidsvrijheid niet onbegrensd. De overheidsmaatregelen mogen namelijk niet zonder rechtvaardiging discriminatoir zijn en/of een bepaalde groep niet disproportioneel treffen. Eisers concluderen dat de Staat de grenzen van zijn beleidsvrijheid heeft overschreden.
- 3.52. Zelfstandig werkenden zijn door de contactbeperkende maatregelen onevenredig zwaarder getroffen dan werkenden in loondienst en de Staat heeft hen hiervoor minder en op basis van fundamenteel ongelijke uitgangspunten gecompenseerd. Het meest in het oog springt dat de Staat werkenden in loondienst heeft gecompenseerd op draagkrachtniveau terwijl hij zelfstandig werkenden heeft gecompenseerd tot maximaal bijstandsniveau. Voor de Staat was het voorzienbaar dat het hanteren van deze fundamenteel verschillende grondslagen voor het verlenen van steun, zou kunnen leiden tot grote verschillen.
- 3.53. Nu de Staat zelf uitdrukkelijk erkent dat de gevolgen van de pandemie niet als normaal ondernemersrisico zijn te beschouwen, had de Staat bij de vormgeving van het steunbeleid zich rekenschap van die verschillen kunnen en behoren te geven. Waar de gevolgen voor burgers (werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden) zich in gelijke mate voelen, had de Staat in gelijke mate compensatie behoren te verlenen. Door dit na te laten, heeft de Staat in de eerste plaats in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld. In de tweede plaats heeft de Staat met de contactbeperkende maatregelen inbreuk gemaakt op het recht op eigendom van zelfstandig werkenden, die in voorkomende gevallen een disproportionele last voor hen met zich mee hebben gebracht en om die reden niet te rechtvaardigen.
- 3.54. De Staat kan zijn beleidskeuzes niet rechtvaardigen met het argument dat zelfstandig werkenden als 'ondernemers' moeten worden aangemerkt. In de eerste plaats kan de Staat de fundamentele vrijheid van beroepsuitoefening voor zelfstandig werkenden, evenals hun vrijheid om een economische of handelsactiviteit uit te oefenen, alleen effectief waarborgen als hij de gevolgen van

de pandemie – die buiten het normale ondernemersrisico liggen – op gelijke wijze compenseert wanneer die gevolgen in gelijke mate door betrokkenen (werkenden) worden gevoeld. In de tweede plaats zijn zelfstandig werkenden, áls deze in dit geval als ondernemers moeten worden aangemerkt, niet over een kam te scheren met ‘werkgever-ondernemingen’. Degenen die binnen de werkgever-onderneming de ondernemersrisico’s nemen, zijn immers ook in loondienst van die onderneming⁴⁸ en worden tot een inkomen van driemaal modaal volledig gecompenseerd.

- 3.55. In het geval van eisers geldt dat hun netto-bestedbare inkomen – ondanks de compensatiemaatregel van de Staat – als gevolg van de beperkende covid-maatregelen vrijwel gehalveerd is.

4. VERWEREN VAN DE STAAT

- 4.1. Bij brief van 31 maart 2022 heeft de Staat een reactie gegeven op de brief van eisers van 25 februari 2022 waarin zij de Staat aansprakelijk hebben gesteld voor het onrechtmatige handelen jegens hen (**Productie 9**).
- 4.2. De Staat stelt zich allereerst op het standpunt dat hem een grote mate van beleidsvrijheid toekwam bij het vaststellen van de steunpakketten en dat de maatregelen voortdurend onderwerp zijn geweest van politiek debat en door een meerderheid van de Tweede Kamer zijn gesteund.
- 4.3. Hierboven in hoofdstuk 3 hebben eisers uiteengezet en onderbouwd dat deze beleidsvrijheid niet onbegrensd is.
- 4.4. Vervolgens benadrukt de Staat de verschillen in de steunmaatregelen, waarmee hij klaarblijkelijk wil onderbouwen dat hij geen gelijke gevallen ongelijk heeft behandeld.
- 4.5. Zo bood de NOW tegemoetkoming in de loonkosten van werkgevers. Hierdoor werd, aldus de Staat, niet alleen werkloosheid (en een beroep op WW) voorkomen, maar ook dat werknemers met hun ervaring en kennis voor de getroffen bedrijven en instellingen behouden bleven. De TOZO had volgens de Staat als insteek het bieden

⁴⁸ In zoverre zij niet in loondienst van die onderneming zijn, vallen zij binnen de categorie zelfstandig werkenden, te weten: zelfstandigen met personeel.

van algemene bijstand of bijstand ter voorziening in de behoefte aan bedrijfskapitaal aan zelfstandigen met een eigen bedrijf of zelfstandig beroep.

- 4.6. Eisers stellen vast dat de Staat hiermee (zonder onderbouwing) erkent dat hij de kennis en ervaring die zelfstandig werkenden (minstens zo'n 17% van beroepsbevolking⁴⁹) in de samenleving en de economie inbrengen niet als doel heeft willen behouden. Het bevestigt te meer dat de Staat de vruchten van arbeid ongelijk waardeert, zelfs wanneer die vruchten identiek blijken te zijn maar in het ene geval afkomstig zijn van werkenden in loondienst en in het andere geval van zelfstandig werkenden. De laatste groep is in omvang circa 17% van de werkenden in loondienst. Verder merken eisers op dat voor zover de TOZO voorzag in de behoefte aan bedrijfskapitaal dit in de vorm van een lening is geweest.
- 4.7. De Staat stelt zich op het standpunt dat met de NOW aan werkgevers een tegemoetkoming in de loonkosten werd verstrekt, dat het lijden van omzetverlies weliswaar een voorwaarde was, maar dat daarmee nog geen sprake is van compensatie van dát verlies. Voor de TOZO gold ook dat van verliescompensatie geen sprake was.
- 4.8. Met dit standpunt wekt de Staat verwarring. De loonkostencompensatie houdt namelijk rechtstreeks verband met de vruchten uit arbeid van de werknemers en derhalve met het realiseren van omzet door de onderneming; zonder arbeid lijdt de onderneming omzetverlies. Voor dat verlies aan arbeid – en het daaraan verbonden omzetverlies – is de werkgever gecompenseerd in de vorm van '90% loonkostencompensatie' wanneer dat heeft geleid tot een omzetverlies van ten minste 20%.
- 4.9. De Staat voert verder aan dat de NOW is verstrekt aan werkgevers en dat het betoog dat werkenden in loondienst werden gecompenseerd, niet juist is. Volgens eisers gaat dit standpunt voorbij aan de realiteit; de compensatie op basis van deze steunmaatregel is rechtstreeks ten goede gekomen aan werkenden in loondienst. En dat was ook het doel, zoals de Staat in haar brief van 31 maart 2022 bevestigde.
- 4.10. De Staat stelt zich op het standpunt dat werkenden in loondienst en zelfstandig werkenden in zijn algemeenheid niet als gelijke gevallen kunnen worden

⁴⁹ Zie nmr. 2.3 dagvaarding.

beschouwd. Een zelfstandig werkende dient zelf te voorzien in bijvoorbeeld de risico's die verlies van opdrachten of arbeidsongeschiktheid meebrengen. Terwijl een werkende in loondienst in voorkomend geval een beroep kan doen op werknemersverzekeringen. Dat laatste is in de coronapandemie echter niet gebeurd en door de Staat doelbewust voorkomen; de getroffen steunmaatregelen beoogden werkenden in loondienst juist uit de WW te houden. Het eerste, dat zelfstandig werkenden zelf moeten voorzien in de risico's die verlies aan opdrachten meebrengen, staat haaks op het vaststaande feit dat door de Staat als uitgangspunt voor alle steunmaatregelen is genomen, te weten dat de gevolgen van de pandemie niet als normaal ondernemersrisico worden beschouwd.

- 4.11. In dit verband merken eisers nog op dat de Staat ten onrechte in haar brief van 31 maart 2022 de suggestie wekt dat eisers van mening zijn dat de Staat hun ondernemersrisico grotendeels had moeten overnemen. Dit stellen eisers niet. Zij wijzen slechts op het significante en fundamentele verschil in de gehanteerde steunintensiteit, die voor werkenden in loondienst op koopkrachtniveau en voor zelfstandig werkenden op bijstandsniveau is bepaald. In de situatie van eisers heeft dit tot niet te billijken verschillen geleid (zie hierboven paragraaf 2.5 en randnummer 3.36).
- 4.12. Tot slot stelt de Staat in haar brief van 31 maart 2022 dat hij bij de vormgeving van de TOZO verschillende ondernemersorganisaties, waaronder ZZP-Nederland en PZO (Platform Zelfstandige Ondernemers), heeft betrokken en dat hij ook input uit het veld, onder andere bij de Werkvereniging heeft opgehaald.
- 4.13. Eisers betwisten dit, althans de inbreng van deze partijen is verwaarloosbaar geweest, omdat de klankbordgroep werd opgericht nadat de keuzen voor noodsteunpakketten al waren gemaakt. Zij hebben dus geen enkele inbreng of advies kunnen geven omtrent de noodsteun aan zelfstandig werkenden. Zie ook wat eiseres hierover naar voren hebben gebracht in par. 2.5.1. De Werkvereniging betwist dat zij rechtstreeks door beleidsmakers is geconsulteerd over het vormgeven van de noodsteunpakketten.

5. BEWIJSAANDRAAGPLICHT EN BEWIJSAANBOD

- 5.1. Ter staving van gronden van de eis beschikken eisers over de volgende bewijsmiddelen:
- Eisers willen met het vorenstaande niet worden geacht onverplicht enige bewijslast op zich te hebben genomen die niet rechtens op hen rust.
 - Voor zover de Staat stellingen van eisers betwist en de rechtbank van oordeel is dat de bewijslast ter zake op eisers rust, bieden zij aan ook die stellingen te bewijzen, in het bijzonder door middel van het horen van getuigen.

6. BEVOEGDHEID RECHTBANK DEN HAAG

- 6.1. Aangezien de Staat zijn zetel heeft in Den Haag, is de rechtbank Den Haag, locatie Den Haag op grond van artikel 99 Rv de bevoegde rechter om van de vorderingen kennis te nemen.

7. CONCLUSIE

Eisers vorderen dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- i) voor recht verklaart dat de Staat onrechtmatig ten opzichte van eisers heeft gehandeld door hen in strijd met (Verdrags)recht ongelijk te behandelen en daarbij een inbreuk te maken op hun respectievelijke vrijheden en rechten op eigendom, professionele status, arbeid en ondernemerschap, althans de door de rechtbank vast te stellen onrechtmatige inbreuken, en aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden en nog zullen lijden als gevolg van de onrechtmatige gedragingen van de Staat;
- ii) de Staat te veroordelen in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak.

Productieoverzicht behorende bij dagvaarding in de zaak

Productie 1	Brief van 29 juni 2022 van de Werkvereniging
Productie 2	CPB en SCP, De ongelijke effecten van de coronacrisis, 20 april 2021
Productie 3	Nationale Ombudsman, Zelfstandigen over de drempel, Rapport 2022/075, 14 april 2022, met vooraf persbericht
Productie 4	Jaarstukken en verklaring RFM-administrateur van eiseres [REDACTED]
Productie 5	Jaarstukken en verklaring belastingspecialist van eiser [REDACTED]
Productie 6	Jaarstukken en verklaring belastingspecialist van eiser [REDACTED]
Productie 7	Jaarstukken en verklaring belastingspecialist van eiser [REDACTED]
Productie 8	Vertegenwoordigers van zelfstandig werkenden onvoldoende gehoord (mediaberichtgeving)
Productie 9	Brief Staat van 31 maart 2022, reactie op aansprakelijkstelling

De in deze dagvaarding genoemde producties zullen op de eerst dienende roldatum in het geding worden gebracht.