

Aan : Tweede Kamer der Staten-Generaal
Vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat
Van : N.H. van den Biggelaar en J.E. van Uden
Betreft : Advies over coronasteunregelingen
Datum : 2 maart 2021

ADVIES

1 INLEIDING

De vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat van de Tweede Kamer heeft op 11 februari 2021 besloten de parlementair advocaat om advies te vragen over een deel van de coronasteunregelingen van de regering in relatie tot de rechtpositie van startende ondernemers. In dit advies komen achtereenvolgens de achtergrond van de adviesvraag, de geformuleerde onderzoeksvragen en de beantwoording van de onderzoeksvragen aan de orde.

2 ACHTERGROND EN ONDERZOEKSVRAGEN

2.1 Achtergrond

2.1.1 In verband met de uitbraak van het coronavirus (COVID-19) heeft de regering in het voorjaar van 2020 vergaande gezondheidsmaatregelen getroffen ter bestrijding van de verdere verspreiding van dit virus. Deze maatregelen hebben grote gevolgen voor ondernemingen in sectoren waarin als gevolg van deze maatregelen activiteiten vaak niet of maar in beperkte mate kunnen worden uitgeoefend. Ter mitigatie van de gevolgen van deze beperkende maatregelen zijn door de regering diverse steunregelingen in het leven geroepen.

2.1.2 Twee van deze steunregelingen betreffen de Beleidsregel tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren COVID-19 ("**TOGS**") en de Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB COVID-19 ("**TVL**").

TOGS

2.1.3 De TOGS voorzag in een steunregeling voor de periode 16 maart 2020 tot en met 15 juni 2020.¹ De TOGS is niet gebaseerd op artikel 3 van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies en kent ook geen andere wettelijke grondslag. De TOGS kwalificeert derhalve als buitenwettelijk begunstigend beleid.²

2.1.4 Het doel van de TOGS was dan ook het scheppen van een buitenwettelijk kader op grond waarvan ondernemingen in sectoren die in het bijzonder worden

¹ *Stcrt.* 30 maart 2020, nr. 19159. Artikel 2, eerste lid, van de TOGS.

² Zie onder andere CBB 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, r.o. 7.1.

geraakt door de getroffen gezondheidsmaatregelen, aanspraak kunnen maken op financiële ondersteuning.³

- 2.1.5 In de TOGS is vastgelegd welke ondernemingen in aanmerking komen voor een financiële tegemoetkoming, aan welke randvoorwaarden zij moeten voldoen om in aanmerking te komen, hoe de aanvraag moet worden ingediend en binnen welke termijn wordt beslist op de aanvraag. In de toelichting bij de TOGS is uiteengezet dat er ten behoeve van de uitvoerbaarheid voor is gekozen dat het moet gaan om een onderneming die op de peildatum 15 maart 2020 was ingeschreven in het handelsregister, onder één van de in bijlage 1 bij de TOGS opgenomen hoofdactiviteiten.

TVL

- 2.1.6 De TVL is de opvolger van de TOGS en is gebaseerd op artikel 3 van de Kaderwet EZK- en LNV-subsidies. De TVL kwalificeert daarmee als een wettelijke subsidieregeling. Inmiddels zijn twee opeenvolgende TVL-regelingen van kracht geweest in de tijdvakken juni-september 2020⁴ en oktober-december 2020.⁵ Op dit moment loopt een TVL-regeling voor het tijdvak januari-maart 2021.⁶
- 2.1.7 In de TVL is vastgelegd welke ondernemingen in aanmerking komen voor de financiële tegemoetkoming, aan welke randvoorwaarden zij moeten voldoen om in aanmerking te komen, hoe de aanvraag moet worden ingediend en binnen welke termijn wordt beslist op de aanvraag. In de toelichting bij de TVL is uiteengezet dat er ten behoeve van de uitvoerbaarheid voor is gekozen dat het moet gaan om een onderneming die op de peildatum 15 maart 2020 was ingeschreven in het handelsregister, onder één van de in bijlage bij de TVL opgenomen hoofdactiviteiten.

Uitspraken College van beroep voor het bedrijfsleven

- 2.1.8 Op 22 december 2020 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBb") een aantal uitspraken gedaan over de TOGS en de TVL. In zijn uitspraken over de TOGS⁷ heeft het CBb het volgende (ten overvloede) opgemerkt:

"In aanvulling daarop tekent het College nog wel – ten overvloede – het volgende aan. De zaak van appellante en andere bij het College aanhangige vergelijkbare zaken, laten zien dat de wijze waarop de TOGS is vormgegeven, in het bijzonder wat betreft de koppeling die daarin voor de aanspraak is gemaakt met de inschrijving in het handelsregister op 15 maart 2020, kan leiden tot een onbevredigende uitkomst voor een door de maatregelen getroffen onderneming van wie de feitelijke bedrijfsactiviteiten in Bijlage 1 zijn vermeld, maar voor wie

³ Stcr. 30 maart 2020, nr. 19159, p. 5.

⁴ Stcr. 26 juni 2020, nr. 34295.

⁵ Stcr. 24 november 2020, nr. 61730.

⁶ Stcr. 15 februari 2021, nr. 6893.

⁷ CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, r.o. 7.4; CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:993, r.o. 7.4; CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:994, r.o. 7.4; CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:995, r.o. 7.4.

de in het handelsregister vermelde informatie over die bedrijfsactiviteiten daar niet bij aansluit. Het vasthouden aan een strikte toepassing van de TOGS en de koppeling met de informatie over de betreffende onderneming in het handelsregister op de peildatum, hoe begrijpelijk ook vanuit het perspectief van verweerder vanwege de in rechtsoverwegingen 6.1 tot en met 6.3 door verweerder genoemde belangen, leidt er dan toe dat die onderneming geen aanspraak heeft op een tegemoetkoming, terwijl zij, gelet op haar in Bijlage 1 vermelde feitelijke activiteiten, wel geacht wordt door de maatregelen ernstig te zijn getroffen. Van een onbevredigende uitkomst lijkt te meer sprake te zijn, nu het zich laat aanzien dat ondernemingen als die van appellante om dezelfde reden in opvolgende periodes, op basis van voor die periodes geldende regelingen, evenmin in aanmerking komen voor substantiële financiële steun als bijdrage in de vaste lasten en de omzetsderving. Dit roept bij het College de vraag op of ook voor die opvolgende periodes onder ogen is gezien dat ondernemingen, die overduidelijk ernstig getroffen zijn, bij het vasthouden aan de op 15 maart 2020 in het handelsregister vastgelegde gegevens zonder nader vangnet steeds weer buiten de boot dreigen te vallen."

[onderstreping toegevoegd]

2.1.9 Hoewel de uitspraken van het CBb niet direct zien op de situatie van "startende ondernemers"⁸ – ondernemers die op de peildatum 15 maart 2020 stonden ingeschreven in het handelsregister, maar geen of onvoldoende omzet hebben gerealiseerd in de referentieperiode om in aanmerking te komen voor een tegemoetkoming, alsmede ondernemers die op de voornoemde peildatum niet stonden ingeschreven in het handelsregister – heeft de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat van de Tweede Kamer naar aanleiding van deze uitspraken twee onderzoeksvragen geformuleerd die zich richten op de rechtspositie van startende ondernemers in relatie tot de coronasteunregelingen TOGS en TVL.

2.2 Onderzoeksvragen

2.2.1 De volgende onderzoeksvragen, gericht op de rechtspositie van startende ondernemers in relatie tot de coronasteunregelingen TOGS en TVL, zijn geformuleerd:

- (i) Is er sprake van een rechtsbeschermingsdeficit voor startende ondernemers in relatie tot de coronasteunregelingen TOGS en TVL?
- (ii) Is er bij de invulling van de coronasteunregelingen TOGS en TVL sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van startende ondernemers?

2.2.2 Deze onderzoeksvragen worden hierna beantwoord.

⁸ In de uitspraken van het CBb over de TOGS gaat het immers over het hanteren van de in het handelsregister vermelde informatie over de bedrijfsactiviteiten op de peildatum 15 maart 2020. De strikte hantering van de hoofdbedrijfsactiviteiten vermeld in het handelsregister op de peildatum 15 maart 2020, als opgenomen in de TVL, heeft het CBb in zijn uitspraken van 22 december 2020 genuanceerd (zie o.m. CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:996, r.o. 8.1 - 8.3).

3 BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAGEN

3.1 Is er sprake van een rechtsbeschermingsdeficit voor startende ondernemers in relatie tot de coronasteunregelingen TOGS en TVL?

3.1.1 Tegen besluiten van de minister van Economische Zaken en Klimaat⁹ op grond van de TOGS en de TVL staat bezwaar en vervolgens beroep in eerste en enige aanleg bij het CBb open.¹⁰ Dit betekent dat een ieder die een TOGS- of TVL-aanvraag heeft ingediend, bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kan aanwenden tegen de besluitvorming op grond van die aanvraag. Dat geldt ook ten aanzien van besluiten waarin de aanvraag om een subsidie voor vaste lasten is afgewezen, omdat niet is voldaan aan de vastgestelde voorwaarden, waaronder de eis van omzet in de referentieperiode en de eis van inschrijving in het handelsregister op de peildatum 15 maart 2020. In de bestuursrechtelijke procedure tegen een afwijzend besluit kan eveneens de rechtmatigheid van de onderliggende regeling worden getoetst door de bestuursrechter.¹¹ Van een rechtsbeschermingsdeficit is derhalve géén sprake.

In algemene zin geldt overigens dat voor zover géén bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zouden kunnen worden aangewend – wat in dit geval dus niet aan de orde is – altijd een actie uit onrechtmatige daad kan worden gestart bij de burgerlijke rechter.¹² De burgerlijke rechter treedt op als 'restrechter', wat betekent dat rechtzoekenden altijd bij een rechter terecht kunnen.

3.1.2 Het voorgaande betekent echter niet dat bepaalde groepen ondernemers – waaronder startende ondernemers – ook *materieel* geholpen zijn met de TOGS en de TVL. Zoals het CBb ook heeft vastgesteld, is het inherent aan de wijze waarop de TOGS en de TVL zijn vormgegeven, dat bepaalde ondernemers telkens buiten de boot vallen. De koppeling die in de TOGS en de TVL voor de subsidieaanspraak is gemaakt met de inschrijving in het handelsregister op 15 maart 2020 en de eis van een referentieomzet die daarin is opgenomen, resulteert erin dat startende ondernemers tot op heden veelal géén aanspraak kunnen maken op enige vorm van subsidie voor hun vaste lasten.

3.1.3 De Tweede Kamer heeft voor deze kwestie herhaaldelijk aandacht gevraagd, onder meer door het stellen van diverse Kamervragen.¹³

⁹ Deze besluiten worden in mandaat genomen door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland.

¹⁰ Zie met betrekking tot de TVL Bijlage 2, Hoofdstuk 2, Artikel 4 van de Algemene wet bestuursrecht. Zie met betrekking tot de TOGS onder andere CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, r.o. 4.

¹¹ De kans op succes van een dergelijke procedure wordt in dit advies niet beoordeeld. In algemene zin verwijzen wij naar paragraaf 3.2 hierna.

¹² Artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek.

¹³ Kamervragen 2020Z25288; Kamervragen 2020Z25619; Kamervragen 2020Z25699; Kamervragen 2021Z00020.

- 3.1.4 In algemene zin kan worden vastgesteld dat diverse instrumenten beschikbaar zijn om in een steunregeling voor startende ondernemers te voorzien, zoals een afzonderlijke steunregeling voor startende ondernemers of onderbrenging in de TVL. De introductie van een hardheidsclausule in de TVL voor startende ondernemers lijkt op het eerste gezicht geen geschikt instrument, aangezien het om een grote groep startende ondernemers gaat, die naar de bedoeling van de regering categoriaal géén aanspraak maakt op een tegemoetkoming in de vaste lasten op basis van de TVL, gelet op de daarin gehanteerde uitvoerings-systematiek. Een hardheidsclausule zou wél uitkomst kunnen bieden voor individuele ondernemers die om onvoorziene en onbedoelde redenen niet in aanmerking komen voor een tegemoetkoming in hun vaste lasten op basis van de TVL.
- 3.1.5 Ten principale is het echter geen juridische vraag – en daarmee naar ons oordeel ook niet aan de parlementair advocaat – of het wenselijk en politiek haalbaar is te voorzien in een tegemoetkoming in de vaste lasten voor startende ondernemers. Datzelfde geldt voor de precieze wijze waarop een dergelijke subsidieregeling zou moeten worden vormgegeven.
- 3.1.6 De regering heeft inmiddels aangekondigd een aparte steunregeling voor startende ondernemers uit te werken. Deze "Tegemoetkoming Starters" zou gaan gelden voor ondernemers die tussen 1 oktober 2019 en 30 juni 2020 zijn gestart of zich bij een doorstart in die periode opnieuw moesten inschrijven in het handelsregister. De nieuwe regeling wordt zoveel mogelijk gebaseerd op de TVL, maar de precieze voorwaarden moeten nog worden vastgesteld.¹⁴ Vanwege uitvoeringstechnische en juridische redenen heeft de regering besloten de startersssubsidie in ieder geval niet te verstrekken binnen de bestaande TVL-regeling, maar daarvoor een afzonderlijke steunregeling op te stellen. Uitvoering van een startersssubsidie binnen de TVL zou de openstelling en tijdige betaling van TVL aan andere ondernemers in gevaar brengen.¹⁵

3.2 Is er bij de invulling van de coronasteunregelingen TOGS en TVL sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van startende ondernemers?

- 3.2.1 Het gelijkheidsbeginsel – vastgelegd in artikel 1 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden – houdt kort gezegd in dat gelijke gevallen op een gelijke manier moeten worden behandeld. In het gelijkheidsbeginsel ligt de opdracht aan de wetgever, het bestuur en de rechter besloten om bij het stellen van regels of het nemen van beslissingen in concrete gevallen alleen ter zake doende en

¹⁴ Kamerbrief "Uitbreiding steun- en herstelpakket" van 21 januari 2021; Kamerbrief "Toezeggingen en moties debat steunpakket d.d. 28 januari 2021" van 8 februari 2021; Beantwoording Kamervragen 2021D07083.

¹⁵ Beantwoording Kamervragen 2021D07082; Beantwoording Kamervragen 2021D07083; Beantwoording Kamervragen 2021D07885

gerechtvaardigde verschillen van de zich voordoende gevallen in aanmerking te nemen.

- 3.2.2 In de coronasteunregelingen TOGS en TVL is vastgelegd welke ondernemingen in aanmerking komen voor de financiële tegemoetkoming en aan welke randvoorwaarden zij moeten voldoen. Ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de steunregelingen is er door de regering voor gekozen om 15 maart 2020 als peildatum te hanteren en dient te worden voldaan aan de eis van een referentieomzet. Ondernemers die op deze peildatum niet stonden ingeschreven in het handelsregister, of niet voldeden aan de eis van een referentieomzet, komen niet voor een tegemoetkoming in aanmerking. Hiermee wordt in de TOGS en de TVL een bewust onderscheid gemaakt tussen "gevestigde ondernemers" en "startende ondernemers".
- 3.2.3 Uit vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat sprake is van gelijke gevallen die gelijk moeten worden behandeld indien het gaat om (rechts)personen in relevante vergelijkbare omstandigheden.¹⁶ Nu een onderscheid wordt gemaakt tussen gevestigde ondernemers en startende ondernemers op basis van voor uitvoeringstechnische relevante verschillende omstandigheden tussen beide groepen ondernemers,¹⁷ levert die verschillende behandeling in de TOGS en de TVL naar ons oordeel op zichzelf géén schending van het gelijkheidsbeginsel op, aangezien het niet gaat om gelijke gevallen in relevante vergelijkbare omstandigheden.

Voor zover gevestigde ondernemers en startende ondernemers wel als gelijke gevallen zouden moeten worden aangemerkt, geldt dat een ongelijke behandeling niet resulteert in ongeoorloofde discriminatie, indien voor die ongelijke behandeling van gelijke gevallen een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. De door de regering genoemde uitvoerbaarheid van de regeling en fraudebestrijding, vormen naar ons oordeel op zichzelf een dergelijke objectieve rechtvaardiging.

- 3.2.4 Dat startende ondernemers niet zijn ondergebracht in de TOGS en de TVL, levert dus *an sich* naar ons oordeel geen schending van het gelijkheidsbeginsel op. Echter, het gelijkheidsbeginsel brengt wel met zich dat startende ondernemers zoveel als mogelijk gelijk moeten worden behandeld met gevestigde ondernemers, met inachtneming van de omstandigheden die een verschillende behandeling rechtvaardigen.

¹⁶ EHRM 29 april 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD3989, r.o. 60 (*Burden en Burden tegen het Verenigd Koninkrijk*).

¹⁷ De regering noemt in dit verband onder meer de doelmatigheid van de regelingen (het mogelijk maken om snel te beslissen en snel tot betaling over te gaan), de gelijke behandeling van aanvragers (voorkomen onder- en oversubsidiëring) en het tegengaan van fraude. Zie onder meer Kamerbrief "Toezeggingen en moties debat steunpakket d.d. 28 januari 2021" van 8 februari 2021; Beantwoording Kamervragen 2021D07885; CBb 22 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:992, r.o. 6.2.

- 3.2.5 Daarbij zij ook opgemerkt dat er géén algemeen recht op toegang tot een coronasteunregeling bestaat. Wel kan in algemene zin van de overheid worden verwacht dat zij bij de inrichting van de (verschillende) coronasteunregelingen alleen ter zake doende en gerechtvaardigde verschillen van de zich voordoende gevallen in aanmerking neemt. Naar ons oordeel zijn er *prima facie* geen rechtvaardigingen om ten aanzien van de categorie startende ondernemers in het geheel niet te voorzien in enige vorm van tegemoetkoming in de vaste lasten. In de toelichting op de TOGS en de TVL en de hiervoor aangehaalde antwoorden van de regering op Kamervragen, zijn dergelijke rechtvaardigingen ook niet aangevoerd.
- 3.2.6 Zoals hierboven aangegeven, heeft de regering inmiddels aangekondigd een aparte steunregeling voor startende ondernemers uit te werken.¹⁸ In het licht van het gelijkheidsbeginsel is het goed dat daarbij wordt aangestuurd op een regeling die zo veel mogelijk aansluit bij de TVL. In dat verband moet naar ons oordeel bij de uitwerking van een steunregeling worden meegewogen dat startende ondernemers tot op heden géén aanspraak hebben kunnen maken op enige vorm van subsidie voor hun vaste lasten sinds de uitbraak van het coronavirus.

* * *

¹⁸ Kamerbrief "Uitbreiding steun- en herstelpakket" van 21 januari 2021; Kamerbrief "Toezeggingen en moties debat steunpakket d.d. 28 januari 2021" van 8 februari 2021; Beantwoording Kamervragen 2021D07083; Beantwoording Kamervragen 2021D07885.