

ECLI:NL:CBB:2020:995

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	22-12-2020
Datum publicatie	22-12-2020
Zaaknummer	20/821
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	TOGS
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

Zaaknummer: 20/821

uitspraak van de meervoudige kamer van 22 december 2020 in de zaak tussen

[naam 1] , h.o.d.n. [naam 2] , te [plaats] , appellant

en

de minister van Economische Zaken en Klimaat, verweerder

(gemachtigden: mr. C.J.M. Daniels, mr. R.A. van der Voort en mr. R.E. Groenewold).

Procesverloop

Bij besluit van 10 juni 2020 (het primaire besluit) heeft verweerder naar aanleiding van een door appellant ingediende Melding niet-aansluitende SBI-code geweigerd appellant een tegemoetkoming te verstrekken op grond van de Beleidsregel tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren COVID-19.

Bij besluit van 4 september 2020 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van appellant ongegrond verklaard.

Appellant heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 26 november 2020.

Appellant is verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden.

Overwegingen

- 1.1 Als gevolg van de uitbraak van het coronavirus COVID-19 heeft het Nederlandse kabinet in het voorjaar van 2020 vergaande landelijke gezondheidsmaatregelen getroffen ter bestrijding van de verdere verspreiding van dit virus. Deze maatregelen hebben grote gevolgen voor sectoren waarin ondernemingen als gevolg van deze maatregelen hun activiteiten vaak niet of maar in beperkte mate kunnen uitoefenen.
- 1.2 Op 27 maart 2020 hebben de minister en de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat de Beleidsregel tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren COVID-19 (TOGS) vastgesteld. Op basis van de TOGS kunnen nader gedefinieerde gedupeerde ondernemingen een eenmalige tegemoetkoming van 4.000,- ontvangen als zij verwachten gedurende de periode vanaf 16 maart 2020 tot en met 15 juni 2020 een omzetverlies van ten minste 4.000,- te realiseren en ten minste 4.000,- aan vaste lasten te hebben. In Bijlage 1 bij de TOGS is vermeld welke categorieën ondernemingen behoren tot de doelgroep. Daarbij is aangesloten bij de door het Centraal Bureau voor de Statistiek gehanteerde Standaard Bedrijfsindeling (SBI-code). Op 15 april 2020 en op 21 juni 2020 is de TOGS gewijzigd (uitgebreid).
- 2.1 De werkzaamheden van appellant bestaan uit bedrijfsfysiotherapeutische dienstverlening. Appellant gaat naar bedrijven en adviseert en/of behandelt mensen op locatie naar aanleiding van werkgerelateerde klachten. Over zijn onderneming was op de peildatum van 15 maart 2020 in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (KvK) het volgende opgenomen:
SBI-code 86922 (Arbobeleiding en re-integratie)
Training, advies en onderzoek
- 2.2 Appellant heeft een Melding niet-aansluitende SBI-code ingediend. Appellant heeft daarin verweerder verzocht zijn SBI-code te wijzigen in 86.91.2 (Praktijken van fysiotherapeuten). Bij het primaire besluit heeft verweerder het voorstel van appellant voor een andere SBI-code niet overgenomen en besloten dat appellant niet voor de tegemoetkoming in aanmerking komt.
- 2.3 Bij het bestreden besluit heeft verweerder geconstateerd dat de omschrijving van de werkzaamheden waarmee appellant staat geregistreerd in het handelsregister niet overeenkomt met wat appellant voorstelt, namelijk de SBI-code 86.91.2 (Praktijken en fysiotherapeuten). De beschrijving is evenmin onder een andere SBI-code in Bijlage 1 te brengen, aldus verweerder. De SBI-code waarmee appellant wel is geregistreerd (Arbobeleiding en re-integratie), staat terecht niet in Bijlage 1. Dat appellant feitelijk aan fysiotherapie zou doen maakt dit niet anders. Van bijzondere omstandigheden die maken dat verweerder ten gunste van appellant moet afwijken van de TOGS is niet gebleken, aldus verweerder.

3. De TOGS luidt, voor zover thans van belang, als volgt.

Artikel 1:

[]

direct gedupeerde onderneming: gedupeerde onderneming die op 15 maart 2020 stond ingeschreven in het handelsregister met een hoofd- of nevenactiviteit die in de tabellen 1a, 1b of 1c van bijlage 1 is opgenomen, met de daarbij behorende code van de Standaard Bedrijfsindeling, en zoals in voorkomend geval nader geclausuleerd;

gedupeerde onderneming: in Nederland gevestigde onderneming als bedoeld in artikel 5 van de Handelsregisterwet 2007, niet zijnde een overheidsbedrijf:

a. die op 15 maart 2020 in het handelsregister stond ingeschreven met een hoofd- of nevenactiviteit die in bijlage 1 is opgenomen, met de daarbij behorende code van de Standaard Bedrijfsindeling, en zoals in voorkomend geval nader geclausuleerd;

b. waar ten hoogste 250 personen werkzaam zijn, blijkend uit de inschrijving in het handelsregister op 15 maart 2020; en

c. die:

1°. voor zover het een onderneming, niet zijnde een horecaonderneming of een ambulante onderneming, betreft:

ten minste één vestiging heeft met een ander adres dan het privéadres van de eigenaar of eigenaren van de onderneming; of

een vestiging heeft die fysiek afgescheiden is van de privéwoning van de eigenaar of eigenaren van de onderneming en voorzien is van een eigen opgang of toegang; of

2°. voor zover het een horecaonderneming betreft ten minste één horecagelegenheid huurt, pacht of in eigendom heeft;

[]

4. Het College ziet zich eerst ambtshalve voor de vraag gesteld of het bevoegd is op het beroep te beslissen. Nu de TOGS niet is gebaseerd op artikel 3 van de Kaderwet EZK-en LNV-subsidies (Kaderwet), en ook overigens geen wettelijke grondslag voor de TOGS valt aan te wijzen, betekent dit dat het College niet bevoegd is van het beroep kennis te nemen, tenzij de TOGS een zodanige verwantschap heeft met andere aan het College toebedeelde wetten en regelingen, dat aan het College desondanks de bevoegdheid toekomt over het beroep te beslissen. Naar het oordeel van het College doet zich hier deze uitzondering voor. Daarbij neemt het College in aanmerking dat de TOGS beoogt te voorzien in een tegemoetkoming voor ondernemingen in bepaalde sectoren die schade lijden door de maatregelen ter bestrijding van de verdere verspreiding van COVID-19. Daarmee is de TOGS een voorloper van de op artikel 3 van de Kaderwet gebaseerde Regeling subsidie financiering vaste lasten MKB COVID-19 (TVL), die een vergelijkbare doelstelling en een deels vergelijkbare systematiek kent. Tegen besluiten op grond van de TVL kan wel beroep worden ingesteld bij het College in eerste en enige aanleg. Gelet hierop acht het College zich bevoegd eveneens te oordelen over beroepen tegen besluiten op grond van de TOGS.

5. Appellant voert aan dat hij werkzaam is als fysiotherapeut. Hij gaat naar bedrijven en adviseert en/of behandelt mensen op locatie naar aanleiding van werk-gerelateerde klachten. Dit blijkt uit onder meer uit het feit dat hij staat ingeschreven in het Register van Bedrijfsfysiotherapeuten, waaraan als voorwaarde is verbonden het in bezit zijn van een diploma Fysiotherapie, een post-HBO opleiding Bedrijfsfysiotherapie, een inschrijving in het BIG-register en het hebben van een lidmaatschap van het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie. Deze registraties brengen financiële lasten met zich mee, die appellant niet was aangegaan als hij niet als fysiotherapeut werkzaam was. Ook uit de bedrijfsnaam van appellant, [naam 2], blijkt dat hij fysiotherapeut is. [naam 2] is immers een samenvoeging van de eerste letters van [naam 1]. Dit zijn de subdomeinen waarbinnen appellant zijn werkzaamheden als fysiotherapeut uitvoert. Eenieder die wel eens bij een fysiotherapeut is geweest

weet dat er eerst onderzoek wordt uitgevoerd, aansluitend advies volgt en dat een deel van de behandeling vaak uit training of oefeningen bestaat. De beoordelaar van het bezwaar wist ook dat appelland fysiotherapeut is. Op 31 augustus 2020 heeft immers over het bezwaarschrift een informeel telefoongesprek plaatsgevonden met verweerder. In dit gesprek is aan de orde gekomen dat al zijn werkzaamheden worden uitgevoerd vanuit zijn deskundigheid als arbeidsfysiotherapeut dan wel als bedrijfsfysiotherapeut. Appellant vindt het opmerkelijk dat hij in dit telefoongesprek zijn verhaal heeft gedaan zonder dat hem duidelijk te verstaan is gegeven dat zijn bezwaar geen kans van slagen had. Appellant erkent dat de SBI-code waarmee hij op de peildatum was ingeschreven niet aansluit bij zijn feitelijke activiteiten. Dat was ook de reden dat hij een Melding niet-aansluitende SBI-code heeft ingediend. Hij heeft daarom ook verzocht de SBIcode te wijzigen in 86.91.2 (Praktijken van Fysiotherapeuten). Verweerder houdt ten onrechte vast aan de omschrijving van zijn werkzaamheden in het handelsregister. Het gaat appellant erom dat zijn feitelijke activiteiten overeenkomen met de activiteiten van de SBIcode waar praktijken van fysiotherapeuten onder vallen.

6.1 Verweerder heeft erop gewezen dat de TOGS op 27 maart 2020 twee weken na het afkondigen van de sluiting van ondernemingen in bepaalde sectoren op zondagavond 15 maart 2020 in werking is getreden en een looptijd had van drie maanden. Het doel van deze crisismaatregel was om een groot deel van de ondernemingen in de getroffen sectoren snel een eerste helpende hand te bieden en om (structurele) fraude daarbij zo goed mogelijk tegen te gaan. Daarbij was van meet af aan duidelijk dat niet aan alle ondernemingen met omzetverlies een tegemoetkoming kon worden toegekend. Wél is het doel om aan zoveel mogelijk ondernemingen in de getroffen sectoren, snel een tegemoetkoming te verstrekken.

6.2 Daartoe maakt de TOGS het mogelijk een tegemoetkoming van 4.000,- toe te kennen aan gedupeerde ondernemingen, zijnde ondernemingen die op 15 maart 2020 in het handelsregister stonden ingeschreven met een hoofd- of nevenactiviteit die in Bijlage 1 van de TOGS is opgenomen, met de daarbij behorende SBI-code en zoals in voorkomend geval nader geclausuleerd.

Zoals in de toelichting bij de TOGS is vermeld, is er ten behoeve van de uitvoerbaarheid voor gekozen dat het moet gaan om een onderneming die op de peildatum 15 maart 2020 ingeschreven was in het handelsregister onder één van de in Bijlage 1 opgenomen hoofdactiviteiten. Ondernemingen die zich na deze datum met terugwerkende kracht tot en met (ten minste) 15 maart 2020 hebben ingeschreven in het handelsregister of na die datum de SBI-code met terugwerkende kracht tot (ten minste) 15 maart 2020 hebben aangepast, komen niet in aanmerking. Op de peildatum 15 maart 2020 voldeden zij immers niet aan deze eis.

De beoordeling aan de hand van de registratie in het handelsregister op 15 maart 2020 maakt het mogelijk snel te beslissen op de ingediende aanvragen dit waren er uiteindelijk ruim 200.000 en snel tot betaling over te gaan, en daarmee te voldoen aan de doelstelling van de TOGS. De keerzijde is dat ondernemingen die feitelijk wel getroffen zijn, maar waarbij op 15 maart 2020 sprake was van een onjuiste registratie in het handelsregister, een afwijzing ontvangen. Omdat ondernemingen op grond van de artikelen 18 en 19 van de Handelsregisterwet zelf verantwoordelijk zijn voor een correcte inschrijving van hun bedrijfsactiviteiten in het handelsregister, acht verweerder dat niet onredelijk.

6.3 Voor ondernemingen die menen onder een onjuiste SBI-code in het handelsregister geregistreerd te staan, is een maatwerkprocedure ingericht (zie de brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aan de Tweede Kamer van 30 juni 2020 Moties Tegemoetkoming ondernemers getroffen sectoren). Deze houdt in dat ondernemers hiervan melding kunnen maken bij de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), waarna RVO in samenspraak met de KvK deze verzoeken op redelijkheid en billijkheid en aan de hand van de economische activiteit waarmee de onderneming in het handelsregister staat ingeschreven, beoordeelt. Ter zitting heeft verweerder toegelicht dat deze maatwerkprocedure concreet inhoudt dat wordt gezien of in de omschrijving van de bedrijfsactiviteiten waaronder de betreffende onderneming in het handelsregister is ingeschreven, aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor de toepasselijkheid van een andere SBI-code, die wel in Bijlage 1 staat. Deze maatwerkprocedure is ook gevolgd bij ondernemers die in bezwaar aanvoeren dat hun feitelijke bedrijfsactiviteiten afwijken van de SBI-code waaronder zij in het handelsregister zijn ingeschreven.

Dit heeft ertoe geleid dat in bezwaar alsnog ongeveer 5.000 aanvragen positief zijn beoordeeld. Verweerder acht het niet wenselijk ondernemers toe te laten tot de TOGS zonder te kijken naar SBI-codes en de omschrijving van bedrijfsactiviteiten in het handelsregister, omdat dat significante risico's op fraude met zich brengt en daarmee ook de afbakening van de regeling zou vervagen. Met de maatwerkprocedure is volgens verweerder maximaal invulling gegeven aan de motie Moorlag (Kamerstukken II, 2019-2020, 35438, nr. 13), waarin de regering is verzocht in de TOGS een hardheidsclausule op te nemen op basis waarvan aanvragers die niet onder de formele werkingssfeer vallen, maar toch in identieke omstandigheden verkeren, aanspraak kunnen maken op de TOGS.

6.4 Dit alles brengt voor appellant mee dat zijn aanvraag volgens verweerder terecht is afgewezen. Dat appellant fysiotherapeut is, betwist verweerder niet, maar dat maakt niet dat hij in aanmerking komt voor de tegemoetkoming, omdat niet wordt voldaan aan de voorwaarden.

7. Het College komt tot de volgende beoordeling.

7.1 Met de TOGS beoogt verweerder (onverplicht) ondernemingen die door de maatregelen ter bestrijding van COVID-19 schade hebben geleden, tegemoet te komen. De TOGS heeft, zoals hiervoor onder 4 is overwogen, geen wettelijke grondslag. De TOGS kan verder, vanwege het ontbreken van een wettelijke grondslag én vanwege het ontbreken van één van de uitzonderingen op dat vereiste, zoals vermeld in artikel 4:23, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht, niet als een subsidieregeling worden aangemerkt. Hieruit volgt dat de TOGS moet worden aangemerkt als buitenwettelijk, begunstigend, beleid.

7.2 Naar vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep wordt buitenwettelijk begunstigend beleid terughoudend getoetst. Dit houdt in dat de aanwezigheid en de toepassing van dat beleid als een gegeven worden aanvaard, met dien verstande dat wordt getoetst of een zodanig beleid op consistente wijze is toegepast (zie bijvoorbeeld ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:476 en CRvB 11 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3128).

7.3 In het geval van appellante heeft verweerder de aanvraag voor een tegemoetkoming op grond van de TOGS, ook in bezwaar, terecht afgewezen vanwege de omstandigheid dat de SBI-code waaronder appellante op 15 maart 2020 was geregistreerd, niet is vermeld in Bijlage 1, wat volgens artikel 1, aanhef en onder a, van de TOGS een vereiste is om voor een tegemoetkoming in aanmerking te komen, en in de bedrijfsomschrijving evenmin een aanknopingspunt kon worden gevonden voor een daarbij passende SBI-code die wel op de lijst in die Bijlage is vermeld. Verweerder heeft daarmee zijn onder 6.1 tot en met 6.3 weergegeven beleid consistent toegepast. Een verdere toetsing van de TOGS of de toepassing daarvan gaat de bevoegdheid van het College te buiten.

7.4 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 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 omzetzijning. 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.

8. Het beroep is ongegrond. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. B. Bastein, mr. J.H. de Wildt en mr. D. Brugman, in aanwezigheid van mr. L.N. Foppen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 22 december 2020.

w.g. B. Bastein w.g. L.N. Foppen