

aanmerking, maar die ervaringen zal de voormalig ambtenaar aannemelijk moeten maken.

A.C. Hendriks

AB 2023/202

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

18 januari 2023, nr. 22/186 NOW
(Mrs. H.G. Rottier, M. Schoneveld, S. Wijna)
m.nt. J.R. van Angeren & S. Putting*

Art. 7 lid 1 en lid 2 NOW-1; art. 3:4 lid 2, art. 4:46 lid 2 Awb

ABkort 2023/23

RSV 2023/39

NJB 2023/347

ECLI:NL:CRVB:2023:95

CRvB vernietigt rechtbankuitspraak: de formule in de NOW die geldt voor de subsidievaststelling bij een loonsomdaling bevat geen extra korting en is niet onevenredig voor de werkgever.

De regelgever heeft voor de situatie dat de loonsom in de subsidieperiode lager is dan (drie maal) de referentieloosom dus uitdrukkelijk gekozen voor de berekeningswijze van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1, om zo het doel van de regeling, het behoud van werkgelegenheid, te bereiken. Dat is een legitiem doel waaraan zwaarwegende betekenis toekomt. Door bij de subsidievaststelling ten aanzien van de gedaalde loonsom geen rekening te houden met het omzetverlies worden werkgevers gestimuleerd de loonsom zo veel mogelijk gelijk te houden en dus geen medewerkers te ontslaan. Dit doel van behoud van werkgelegenheid kan ook alleen worden bereikt indien de berekeningswijze van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1 consequent wordt toegepast. In zoverre is het bestreden besluit dan ook geschikt en noodzakelijk te achten.

Daar staat tegenover dat toepassing van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1 voor betrokkene financieel nadelige gevolgen heeft omdat zij een deel van het ontvangen voorschot moet terugbetalen. Er is echter geen aanleiding om in dit geval dit financiële nadeel als onevenredig te beoordelen. De minister wordt gevolgd in het standpunt dat betrokkene in staat kon worden geacht om het grootste deel van de resterende (gedaalde) loonkosten in de periode maart tot en met mei 2020 op te brengen.

Deze door de minister voor de situatie van betrokkene gemaakte berekening laat zien dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, geen sprake

is van een extra korting, en dat het vaststellen van de subsidie volgens de berekeningswijze van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1, niet onredelijk bezwarend uitpakt voor betrokkene. Betrokkene heeft dit ook niet bestreden en ook geen andere omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat het financiële nadeel als onevenredig moet worden beoordeeld. Hierbij wordt ook in aanmerking genomen dat betrokkene bij de aanvraag kon weten dat de gedaalde loonsom gevolgen zou hebben voor de uiteindelijk subsidievaststelling en dat betrokkene het teruggevorderde bedrag inmiddels geheel heeft terugbetaald. Afweging van de nadelige gevolgen van het besluit in verhouding tot het doel daarvan leidt dan ook tot de conclusie dat het vaststellen van de subsidie op een lager bedrag dan bij het besluit van 10 april 2020 is verleend, niet onevenredig is.

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 28 december 2021, 21/665 (aangevallen uitspraak) tussen:

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te Den Haag,
en
Betrokkene.

Procesverloop

Namens de minister heeft de Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) hoger beroep ingesteld.

Betrokkene heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 6 oktober 2022. Namens de minister is verschenen mr. dr. J.H. Ermers, medewerker van het Uwv. Betrokkene is verschenen.

Na de zitting is het onderzoek heropend, teneinde de minister te laten reageren op het door betrokkene ingediende verzoek tot vergoeding van verletkosten.

De minister heeft gereageerd. Betrokkene heeft hierop gereageerd.

Onder toepassing van artikel 8:57, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is een nader onderzoek ter zitting achterwege gebleven, waarna de Raad het onderzoek met toepassing van artikel 8:57, derde lid, van de Awb heeft gesloten.

Overwegingen

1.1. Betrokkene drijft een onderneming onder de handelsnaam naam onderneming. Op 6 april 2020 heeft zij een aanvraag ingediend voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond

* J.R. van Angeren en S. Putting zijn beiden advocaat.

van de (eerste) Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW-1) voor de periode van maart tot en met mei 2020. Op het aanvraagformulier heeft betrokkene vermeld dat zij vanaf 1 maart 2020 een omzetverlies van 57% verwacht. Bij besluit van 10 april 2020 heeft de minister aan betrokkene een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de NOW-1 verleend van € 1.791, waarvan een bedrag van € 1.431 als voorschot wordt uitbetaald.

1.2. Op 19 oktober 2020 heeft betrokkene de definitieve berekening van de tegemoetkoming op grond van de NOW-1 aangevraagd. Op het aanvraagformulier heeft zij vermeld een omzetverlies van 40% te hebben geleden. Bij besluit van 17 december 2020 heeft de minister de definitieve tegemoetkoming aan betrokkene op grond van de NOW-1 vastgesteld op € 110. De minister heeft tevens het te veel betaalde voorschot ten bedrage van € 1.321 van betrokkene teruggevorderd. Bij beslissing op bezwaar van 26 januari 2021 (bestreden besluit) heeft de minister het bezwaar van betrokkene tegen het besluit van 17 december 2020 ongegrond verklaard. De minister heeft hieraan ten grondslag gelegd dat de subsidie aan betrokkene wordt verlaagd omdat haar loonsom over de periode van maart tot en met mei 2020 van in totaal € 1.581, lager is dan haar loonsom over januari 2020 maal drie, in totaal € 2.480. Het verschil tussen deze twee bedragen, € 899, wordt vermenigvuldigd met factor 1,3, zijnde € 1.168,70. 90% hiervan bedraagt € 1.051. De tegemoetkoming NOW-1 bedraagt € 1.161 waarop in verband met de verlaging van de loonsom € 1.051 in mindering wordt gebracht. Hierdoor heeft betrokkene recht op een tegemoetkoming van € 110. Betrokkene heeft € 1.431 aan voorschot NOW-1 ontvangen. Dat betekent dat betrokkene € 1.431 minus € 110 = € 1.321 teveel heeft ontvangen aan NOW-1. Daarom dient betrokkene een bedrag van € 1.321 terug te betalen.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van betrokkene tegen het bestreden besluit gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd, het besluit van 17 december 2020 herroepen, de hoogte van de subsidie vastgesteld op € 739,91 en de hoogte van de terugvordering op € 691,09, en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde bestreden besluit. De rechtbank heeft daartoe als volgt overwogen.

2.1. De rechtbank heeft vastgesteld dat de minister de definitieve tegemoetkoming in overeenstemming met artikel 7, eerste en tweede lid, van de NOW-1 heeft vastgesteld. Daarbij heeft de rechtbank geconstateerd dat de definitieve tegemoetkoming lager is uitgevallen dan het verleende voorschot. Dit wordt in de eerste plaats veroor-

zaakt doordat het omzetverlies van betrokkene in de subsidieperiode lager was (40%) dan bij de aanvraag ingeschat (57%). In de tweede plaats komt de lagere vaststelling door de omstandigheid dat betrokkene in januari 2020 nog een stagiaire vanuit een beroepsbegeleidende leerweg (BBL) in dienst had, die in de subsidieperiode van 1 maart 2020 tot en met 31 mei 2020 niet meer in dienst was. Hierdoor is de loonsom over de subsidieperiode in vergelijking met de loonsom over de referentiemaand januari 2020 lager. De toepassing van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1 brengt mee dat bij de definitieve vaststelling de gehele subsidie wordt verlaagd met gehele verschil in de loonsom, zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met het omzetverlies. Omdat in het voorschot de loonsom wel met het percentage omzetverlies is vermenigvuldigd, moet er per saldo meer subsidie over deze loonsom worden terugbetaald dan in het voorschot aan subsidie was opgenomen en is betaald. Er vindt in feite een extra korting plaats.

2.2. De minister was volgens de rechtbank op grond van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder d, van de Awb bevoegd om de subsidie lager vast te stellen. Dat betekent volgens de rechtbank niet dat de minister de subsidie altijd lager moet vaststellen als de loonsom in de subsidieperiode lager is. Het gaat volgens het bepaalde in de aanhef van het tweede lid van artikel 4:46 van de Awb immers om een discretionaire bevoegdheid. De minister zal daarom een belangenafweging moeten maken. Dit is ter zitting ook erkend door de minister. Daarbij heeft de minister gesteld dat er intern beleid is in welke gevallen de subsidie niet lager wordt vastgesteld. Dit beleid houdt in dat in de gevallen waarbij de loonsom in januari 2020 aantoonbaar te hoog is geweest, zoals door betalingen van extra beloningen, de extra beloning uit het loon van januari 2020 wordt gefilterd. Ter zitting is gesteld dat er geen andere uitzonderingen worden gemaakt voor gevallen waarbij de loonsom in januari 2020 hoger is dan in de subsidieperiode.

2.3. De rechtbank heeft vastgesteld dat het interne beleid is aan te merken als vaste gedragslijn. De rechtbank heeft geoordeeld dat deze gedragslijn onvoldoende recht doet aan individuele gevallen. Feitelijk zou deze gedragslijn erop neer komen dat er geen belangenafweging plaatsvindt in alle gevallen waarbij een lagere loonsom in de subsidieperiode niet wordt veroorzaakt door extra beloningen in het loon over januari 2020. Dit is volgens de rechtbank niet in overeenstemming met de Awb. Dat dit ook niet de bedoeling is van de minister blijkt uit de kamerbrief van 28 mei 2021. Daarin wordt gesteld dat een dalende loonsom als gevolg van het vertrek van een werkne-

mer doorgaans niet tot heroverweging kan leiden. Uit het woord 'doorgaans' heeft de rechtbank afgeleid dat ook de minister zich situaties kan voorstellen waarbij de loonsom gecorrigeerd wordt als de verlaging van de loonsom te maken heeft met het vertrek van een werknemer.

2.4. De rechtbank heeft hieruit geconcludeerd dat ook in de gevallen dat niet is voldaan aan de vaste gedragslijn er een individuele belangenafweging moet plaatsvinden. De rechtbank heeft geoordeeld dat in dit geval het belang van betrokkene zwaarder moet wegen dan het belang van de minister. Hierbij heeft de rechtbank betrokken dat het voor de minister relatief eenvoudig is om een berekening van de subsidie te maken zonder extra korting vanwege de verlaagde loonsom. Verder speelt bij de vaststelling van de tegemoetkoming (anders dan bij het vaststellen van een voorschot op de subsidieverlening) de noodzaak van snelle, eenvoudige afdoening minder, mede gelet op de beslistermijn van 52 weken die bij de vaststelling geldt. Het bezwaar van de minister, dat de regeling niet meer uitvoerbaar is als uitzonderingen worden gemaakt, heeft de rechtbank in dit geval dan ook niet gevolgd. De rechtbank heeft daarbij opgemerkt dat de minister in de kamerbrief van 28 mei 2021 in elk geval in de bezwaarfase wel ruimte ziet om maatwerk te leveren:

“Werkgevers ontvangen in eerste instantie dan minder subsidie dan waar de werkgever op had gerekend, maar in bezwaar kan daar op worden teruggekomen door in de geest van de regeling te handelen. In welke situaties dit het geval is, is altijd een individuele beoordeling die op verifieerbare gegevens moet worden gebaseerd”.

Ten slotte heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat de beëindiging van een stageovereenkomst niet gelijk te stellen is met een einde van een arbeidsovereenkomst, zodat aan het doel van baanbehoud en het geven van een prikkel daartoe in deze zaak minder betekenis toekomt.

2.5. Gelet hierop heeft de rechtbank geoordeeld dat de minister niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot een extra korting op de tegemoetkoming vanwege de verlaagde loonsom. De rechtbank heeft vervolgens zelf in de zaak voorzien door de subsidie – zonder de extra korting – vast te stellen op € 739,91 en de terugvordering op € 691,09.

3.1. De minister heeft in hoger beroep verzocht de aangevallen uitspraak te vernietigen en het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond te verklaren. De minister heeft zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank ten onrechte de NOW-regeling zelf heeft getoetst aan en in strijd heeft geacht met artikel 3:4, tweede lid, van

de Awb, door te overwegen dat het beëindigen van een stageovereenkomst niet gelijk is te stellen aan het einde van een arbeidsovereenkomst. Daarmee is de rechtbank getreden in de afwegingen van de (materiële) wetgever. De NOW maakt geen onderscheid naar soort verzekerde inkomstenverhouding en ook niet naar de oorzaak van afnemende loonkosten. De rechtbank had volgens de minister de regeling over de vaststelling van de hoogte van de subsidie exceptief moeten toetsen, conform de maatstaf gegeven in de uitspraken van de Raad van 1 juli 2019 (onder andere ECLI:NL:CRVB:2019:2016). De minister heeft vervolgens betoogd dat de regeling deze toets kan doorstaan. De NOW-regeling is niet in strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel en ook niet met het evenredigheidsbeginsel. De minister heeft ook in redelijkheid van zijn bevoegdheid om de subsidie lager vast te stellen gebruik kunnen maken. De minister heeft beleid ontwikkeld om in bepaalde situaties gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid de subsidie niet lager vast te stellen. Dit beleid is kenbaar uit de kamerstukken. Bij een daling van de loonsom zal de minister geen gebruik maken van de ruimte die de Awb biedt om de subsidie niet lager vast te stellen. De minister stelt zich op het standpunt dat de toepassing van deze vaste gedragslijn in het geval van betrokkene niet onevenredig is. In het geval van betrokkene is geen sprake van bijzondere omstandigheden die nopen tot het verlaten van de vaste gedragslijn. De uitkomst is overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. De minister heeft in een brief van 3 juni 2020 betrokkene ook gewaarschuwd dat de tegemoetkoming naar verwachting lager zou worden vastgesteld, zodat betrokkene zich hierop kon instellen. Betrokkene heeft geen gronden aangevoerd tegen de terugvordering en heeft deze inmiddels ook voldaan. Niet gebleken is dat betrokkene door de lagere vaststelling en terugvordering een bijzonder nadeel heeft ondervonden.

3.2. Betrokkene heeft bevestiging van de aangevallen uitspraak bepleit.

4. De Raad oordeelt als volgt.

4.1. De toepasselijke bepalingen uit de NOW-1 en de Awb zijn opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.

4.2. Het gaat in deze zaak om de vaststelling van NOW-subsidie. Uit artikel 14, vijfde lid, van de NOW-1 volgt dat de minister de subsidie vaststelt aan de hand van de berekeningswijze bedoeld in artikel 7 van de NOW-1. Het eerste lid geeft een formule voor de berekening van de hoogte van de subsidie. Is de loonsom over de maanden maart tot en met mei 2020 lager dan drie maal de referentie-loonsom in, in dit geval, ja-

nuari 2020, dan wordt de subsidie verlaagd overeenkomstig de formule van het tweede lid. De minister heeft de definitieve subsidie vastgesteld overeenkomstig het eerste en tweede lid.

4.3. Bij de vaststelling van subsidie zijn, naast de bepalingen van de NOW-1, ook de bepalingen uit titel 4.2 van de Awb van toepassing. Op grond van artikel 4:46, eerste lid, van de Awb wordt de subsidie overeenkomstig de subsidieverlening vastgesteld, tenzij er sprake is van één van de (limitatief) in het tweede lid genoemde situaties. In die gevallen kan de subsidie lager worden vastgesteld.

4.4. In het geval van betrokkene was de minister bevoegd om de subsidie lager vast te stellen op grond van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder d, van de Awb op de grond dat de subsidieverlening anderszins onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten. Daarbij is van belang dat bij het aanvragen van de NOW-subsidie en de verlening van het voorschot noodgedwongen moet worden uitgegaan van een aantal onzekere factoren. Er moet bijvoorbeeld een schatting worden gemaakt van het omzetverlies (verwachte omzetverlies). Ook wordt ervan uitgegaan dat de loonsom in de subsidieperiode (maart, april en mei 2020) nagenoeg gelijk zal blijven aan de loonsom in januari 2020. Een en ander hangt samen met de noodzaak om werkgevers zo snel mogelijk van een voorschot te voorzien. Bij de subsidievaststelling is er meer tijd om te corrigeren (*Stcrt.* 2020, 19574, p. 22). Dit betekent dat werkgevers die een aanvraag indienen voor loonkostensubsidie op grond van de NOW-1 zich moeten realiseren dat het definitieve subsidiebedrag lager kan uitvallen indien bijvoorbeeld het daadwerkelijke omzetverlies lager is dan het verwachte omzetverlies of als de loonsom in de maanden maart, april en mei lager is dan driemaal de loonsom in de maand januari 2020. Vergelijk de uitspraak van de Raad van 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282. Betrokkene is er in het besluit van 10 april 2020 (subsidieverlening en voorschot) ook op gewezen dat het definitieve bedrag aan subsidie waarop zij recht heeft lager kan zijn dan het bedrag dat aan subsidie is verleend. In een brief van 2 juni 2020 heeft de minister betrokkene nogmaals gewezen op de gevolgen van een afnemende loonsom.

4.5. Het (bestreden) besluit tot vaststelling van de subsidie op grond van de NOW-1 op een lager bedrag dan bij de subsidieverlening is vastgesteld, berust op een discretionaire bevoegdheid. Bij de toepassing van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder d, van de Awb moet de minister een afweging maken tussen het belang van een juiste vaststelling van de NOW-subsidie enerzijds en de gevolgen van een lagere vaststelling voor betrokkene

anderzijds. Op grond van het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel mogen de voor betrokkene nadelige gevolgen van de lagere vaststelling en de terugvordering van de als gevolg daarvan ten onrechte ontvangen bedragen niet onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. Zoals de Raad in de uitspraak van 11 oktober 2022 (ECLI:NL:CRVB:2022:2207) in navolging van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285) heeft overwogen, is de ratio van het evenredigheidsbeginsel niet het tegengaan van nadelige gevolgen van besluitvorming, maar het voorkomen van onnodig nadelige gevolgen. Het gaat hierbij verder om een directe toetsing van een (bestreden) besluit aan het evenredigheidsbeginsel, zie de uitspraak van de Raad van 2 juni 2022 (ECLI:NL:CRVB:2022:1282). Bij deze toetsing kunnen de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van het (bestreden) besluit een rol spelen.

4.6. Uit 4.5 volgt dat de minister bij het nemen van het bestreden besluit een belangenafweging had moeten plegen. In het bestreden besluit is dit onvoldoende kenbaar gedaan. De rechtbank heeft daarbij terecht overwogen dat toepassing van de vaste gedragslijn door de minister – waarbij slechts als de loonsom in januari 2020 aantoonbaar te hoog was door betaling van bijzondere beloningen, die extra beloning eruit wordt gefilterd – een onvoldoende belangenafweging inhoudt. De rechtbank wordt dan ook gevolgd in het oordeel dat ook in de gevallen dat niet is voldaan aan de vaste gedragslijn, een belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb moet plaatsvinden.

4.7. De rechtbank wordt echter niet gevolgd in het oordeel dat het belang van betrokkene in dit geval zwaarder moet wegen dan het belang van de minister. Daartoe wordt als volgt overwogen.

4.7.1. De minister heeft bij de totstandkoming van een subsidieregeling zoals de NOW veel beslissingsruimte. Bovendien is de NOW-regeling het resultaat van een politiek-bestuurlijke afweging om werkgevers, die te maken hebben met een acute terugval in de omzet door vermindering van de bedrijvigheid door bijzondere omstandigheden, die niet tot het normale ondernemersrisico kunnen worden gerekend, zoals door het COVID-19 coronavirus, een tegemoetkoming te bieden in de loonkosten met het doel werkgelegenheid zoveel mogelijk te behouden. Het is verder een noodmaatregel waarbij een zeer groot aantal werkgevers op korte termijn duidelijkheid moest worden verschaft over de aard en de inhoud van de regeling. De regeling heeft daardoor

noodgedwongen een generiek karakter waarbij niet steeds maatwerk kan worden geboden. Een en ander betekent dat de van de onderhavige toetsing minder intensief is.

4.72. Het doel van de NOW-regeling is behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid. Het middel daarvoor is werkgevers bij omzetverlies tegemoet te komen in de loonkosten. De regelgever heeft voor de vaststelling van de subsidie gekozen voor de berekeningswijze zoals bepaald artikel 7, tweede lid, van de NOW-1, waarbij de loonsom zoals gebruikt bij de berekening van het voorschot, wordt vergeleken met de loonsom van de periode maart 2020 tot en met mei 2020. De regelgever was zich daarbij ervan bewust dat de loonsom in de subsidieperiode lager kan uitvallen dan in de referentieperiode, omdat werknemers intussen niet meer in dienst zijn of niet meer zijn opgeroepen en daarom geen loondoorbetaling hebben (zie de nota van toelichting bij de NOW-1, *Strct.* 2020, 19874, p. 10). Ook was de regelgever zich ervan bewust dat het dalen van de loonsom verschillende oorzaken kan hebben waarop de werkgever niet altijd invloed heeft gehad, zoals natuurlijk verloop, pensionering, overlijden of het zelf ontslag nemen door een werknemer. De berekeningswijze van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1 zal dan niet altijd tot de door de werkgever gewenste of verwachte uitkomst leiden, bijvoorbeeld omdat de gedaalde loonsom niet wordt gecorrigeerd voor het omzetverlies. Het gevolg hiervan is dat voor elke euro dat de loonsom daalt, de werkgever €0,90 minder NOW-subsidie ontvangt. Voor deze methode is gekozen vanuit het doel van de BBL-regeling: het behoud van werkgelegenheid. Anders zou het aantrekkelijk worden om mensen te ontslaan en zo bewust de loonsom te laten dalen zodat én de kosten verminderen én de volledige subsidie wordt ontvangen voor de resterende loonsom (zie de brief van de minister aan de Tweede Kamer van 3 december 2020, *Kamerstukken II*, 2020-2021, 35 420, nr.199, p. 4 en 5).

4.73. De regelgever heeft voor de situatie dat de loonsom in de subsidieperiode lager is dan (drie maal) de referentieloonsom dus uitdrukkelijk gekozen voor de berekeningswijze van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1, om zo het doel van de regeling, het behoud van werkgelegenheid, te bereiken. Dat is een legitiem doel waaraan zwaarwegende betekenis toekomt. Door bij de subsidievaststelling ten aanzien van de gedaalde loonsom geen rekening te houden met het omzetverlies worden werkgevers gestimuleerd de loonsom zo veel mogelijk gelijk te houden en dus geen medewerkers te ontslaan. Dit doel van behoud van werkgelegenheid kan ook alleen worden bereikt indien de berekeningswijze van arti-

kel 7, tweede lid, van de NOW-1 consequent wordt toegepast. In zoverre is het bestreden besluit dan ook geschikt en noodzakelijk te achten.

4.74. Daar staat tegenover dat toepassing van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1 voor betrokkene financieel nadelige gevolgen heeft omdat zij een deel van het ontvangen voorschot moet terugbetalen. Er is echter geen aanleiding om in dit geval dit financiële nadeel als onevenredig te beoordelen. De minister wordt gevolgd in het standpunt dat betrokkene in staat kon worden geacht om, het grootste deel van de resterende (gedaalde) loonkosten in de periode maart tot en met mei 2020 op te brengen. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft de minister in het hoger beroepschrift de volgende (vereenvoudigde) berekening gemaakt (waarbij de forfaitaire opslag voor werknemerslasten buiten beschouwing is gelaten):

“(…) In januari 2020 (de referentiemaand) had de werkgever een loonsom van (afgerond) 827 euro. De subsidie wordt berekend over een periode van drie maanden en gaat dus uit van een loonsom van 2.480 euro. De subsidie is maximaal 90% van die loonkosten, afhankelijk van het omzetverlies (dus bij 100% omzetverlies 90% van de loonkosten). Belanghebbende had een omzetverlies van 40%. De subsidie bedraagt dus 90% van (40% van 2.480) ofwel 893 euro. Van de werkgever wordt dan verwacht dat deze over de subsidieperiode 1.488 euro (60% van de loonsom van 2.480 euro) zelf kan financieren uit de resterende omzet. Zonder omzetverlies zou immers over drie maanden 2.480 euro aan loonkosten kunnen worden gefinancierd. Dus alleen het verschil tussen 2.480 en 1.488 komt in aanmerking voor subsidie. De daadwerkelijk gerealiseerde loonsom over een periode van drie maanden is echter geen 2.480 euro maar 1.581 euro. Dat verschil van ruim 900 euro is toe te schrijven aan het vertrek van één werknemer, de oproepkracht/BBL-leerling. Omdat de werkgever wordt geacht zelf 1.488 euro te kunnen financieren uit de overgebleven omzet, wordt alleen gesubsidieerd het verschil tussen die daadwerkelijk gerealiseerde loonsom (1.581 euro) en dat bedrag van 1.488 euro. Anders gezegd: met de vastgestelde subsidie wordt werkgever in staat geacht een loonsom van 1.581 euro te kunnen opbrengen. (...)”

4.75. Deze door de minister voor de situatie van betrokkene gemaakte berekening laat zien dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, geen sprake is van een extra korting, en dat het vaststellen van de subsidie volgens de berekeningswijze van artikel 7, tweede lid, van de NOW-1,

niet onredelijk bezwarend uitpakt voor betrokkene. Betrokkene heeft dit ook niet bestreden en ook geen andere omstandigheden aangevoerd waaruit volgt dat het financiële nadeel als onevenredig moet worden beoordeeld. Hierbij wordt ook in aanmerking genomen dat betrokkene bij de aanvraag kon weten dat de gedaalde loonsom gevolgen zou hebben voor de uiteindelijk subsidievaststelling en dat betrokkene het teruggevorderde bedrag inmiddels geheel heeft terugbetaald. Afweging van de nadelige gevolgen van het besluit in verhouding tot het doel daarvan leidt dan ook tot de conclusie dat het vaststellen van de subsidie op een lager bedrag dan bij het besluit van 10 april 2020 is verleend, niet onevenredig is.

4.8. Dit betekent dat het hoger beroep slaagt en dat de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten, zal worden vernietigd en dat het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond zal worden verklaard.

4.9. Eerst in hoger beroep is het bestreden besluit voorzien van een belangenafweging. Daarom wordt geoordeeld dat het bestreden besluit niet deugdelijk is gemotiveerd. Dit besluit is dan ook in zoverre in strijd met het bepaalde in artikel 7:12 van de Awb. Dit gebrek zal met toepassing van artikel 6:22 van de Awb worden gepasseerd. Aannemelijk is dat belanghebbenden door deze schending niet zijn benadeeld. Ook als dit gebrek zich niet zou hebben voorgedaan, zou een besluit met gelijke uitkomst zijn genomen.

5. De toepassing van artikel 6:22 van de Awb vormt aanleiding om de minister te veroordelen in de kosten van betrokkene in hoger beroep. Deze kosten worden vergoed voor zover deze zijn begroot op € 600 voor gemaakte verletkosten, volgens het ter zitting ingediende formulier proceskosten. Betrokkene heeft deze kosten voldoende onderbouwd.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep

- vernietigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten;
- verklaart het beroep tegen het besluit van 26 januari 2021 ongegrond;
- veroordeelt de minister in de kosten van betrokkene tot een bedrag van € 600.

Noot

1. In onze vorige annotatie bij een CRvB-uitspraak over de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid (NOW) spraken wij de hoop uit dat de CRvB de strenge lijn ten opzichte van de peildatumbepa-

ling voor de loonsom iets zou afzwakken (zie AB 2023/66, annotatie bij CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282). Correcties op de loonsom na de peildatum zou het UWV naar onze mening mee kunnen nemen bij de subsidievaststelling als er evident geen blijk is van fraude of misbruik, de belangrijkste reden om de peildatumbepaling te hanteren. Uit de hier besproken uitspraak volgt dat de strenge lijn nog niet is verlaten. De CRvB zet een streep door een uitspraak van de rechtbank waarin de rechtbank oordeelt dat de formule in de NOW voor het verlagen van de subsidie bij een loonsomdaling onevenredig is in het geval de loonsom buiten de invloedssfeer van de werkgever is gedaald. Een reden om deze uitspraak te annoteren.

2. De CRvB vernietigt in onderhavige uitspraak de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 28 december 2021 (ECLI:NL:RBZWB:2021:6686). In deze zaak stelde de minister de subsidie van de werkgever lager vast omdat de omzetzaling achteraf minder was dan ingeschat én omdat de loonsom in de subsidieperiode (maart tot en met mei 2020) is gedaald ten opzichte van de referentieloosom (januari 2020). De daling is echter niet het gevolg van ontslag maar het gevolg van een stagiair die – zoals van tevoren was afgesproken – niet meer werkzaam was bij de werkgever tijdens de subsidieperiode. Indien de loonsom daalt geldt onder de NOW-1 een formule waarmee de minister het subsidiebedrag verlaagt (artikel 7 lid 2 NOW-1). Het bedrag waarmee het subsidiebedrag wordt verlaagd is het verschil tussen de loonsom in de subsidieperiode en de referentieloosom (vermenigvuldigd met 0,9, omdat 90% van de loonkosten wordt vergoed). De formule houdt geen rekening met het percentage aan omzetzaling. Dat wil zeggen: het bedrag waarmee het subsidiebedrag wordt verlaagd wordt in de formule niet vermenigvuldigd met het percentage omzetzaling dat de werkgever tijdens de subsidieperiode heeft. Dit wijkt af van de standaardformule, die van toepassing is bij de subsidieverlening en bij de subsidievaststelling als de loonsom gelijk blijft. De minister bepaalt het subsidiebedrag bij de subsidieverlening op basis van de referentieloosom vermenigvuldigd met het percentage (verwachte) omzetzaling. Als er geen sprake is van een daling in de loonsom geldt bij de vaststelling hetzelfde: de minister bepaalt het subsidiebedrag op basis van de referentieloosom vermenigvuldigd met het percentage daadwerkelijke omzetzaling (artikel 7 lid 1 NOW-1). Alleen in het geval de loonsom in de subsidieperiode daalt ten opzichte van de referentieloosom, geldt artikel 7 lid 2 NOW-1 en wordt het subsidiebedrag verminderd met het verschil in loonsom zonder dit

te corrigeren voor de omzetzaling. De rechtbank meent daarom dat hier sprake is van een extra korting. Die extra korting is volgens de rechtbank in dit geval onevenredig. De rechtbank overweegt dat het voor de minister eenvoudig is een berekening zonder extra korting te maken bij de subsidievaststelling. Bovendien weegt het argument om snel en eenvoudig te beslissen minder zwaar bij de vaststelling van een subsidie dan bij de verlening en benadrukt de minister zelf ook dat in bezwaar meer maatwerk mogelijk is. Nu is dat op zichzelf uiteraard geen reden om dan ook maar een andere berekening toe te passen. Doorslaggevend is hier dat het gaat om een stage-overeenkomst die al zou aflopen en er dus geen sprake is van ontslag. Het doel van de NOW, baanbehoud, is hierdoor niet in gevaar. De rechtbank besluit het subsidiebedrag vast te stellen zonder extra korting en vermenigvuldigt het bedrag waarmee de subsidie vermindert wél met de omzetzaling. Dit leidt alsnog tot een terugvordering van een deel van het voorschot, maar een minder groot deel dan op basis van de formule in de NOW.

3. De CRvB zet hier een streep doorheen. Volgens de CRvB is er geen sprake van een extra korting en is de formule in artikel 7 lid 2 NOW-1 niet onevenredig voor de werkgever. Naar onze mening een onterecht oordeel omdat er wel degelijk sprake is van een extra vermindering van het subsidiebedrag die wij in dit geval onevenredig vinden. De CRvB baseert zijn oordeel op de toelichting van de minister op de formule en de berekening die de minister op basis van die formule maakt (opgenomen in r.o. 4.7.4). Die berekening is een belangrijk deel van de uitspraak. Omdat de berekening ook na meermaals lezen lastig te volgen is, geven wij hier eerst een simpel rekenvoorbeeld waarmee wij zowel de berekening van de minister als die van de rechtbank toelichten. Vervolgens bespreken wij in paragraaf 4 waarom wij menen dat deze berekening in dit geval tot een onevenredige uitkomst leidt. In het geval de werkgever 50% omzetverlies heeft en twee werknemers in dienst heeft met ieder een referentieloosom van € 1000, is de subsidie op grond van de NOW: $2000 \times 0,9 \times 0,5 = € 900$ (wij laten de forfaitaire opslag hier buiten beschouwing omdat de minister dat in zijn rekenvoorbeeld ook doet en deze factor bij alle berekeningen hetzelfde is). De minister meent dat de werkgever in dit geval 50% van de loonkosten zelf moet kunnen dragen, oftewel € 1000 (de omzetzaling is 50%, dat deel van de loonkosten wordt gesubsidieerd, de andere 50% komt voor hemzelf). In het geval één werknemer vertrekt vóór de subsidieperiode, is de loosom tijdens die periode € 1000. Volgens de berekening van de minister wordt de subsidie in dit geval vermin-

derd met € 900 ($1000 \times 0,9$) en krijgt de werkgever dus geen subsidie. Dat is volgens de minister niet onevenredig, omdat de werkgever op basis van de referentieloosom € 1000 zelf zou moeten dragen. De rechtbank ziet dit anders. Volgens de berekening van de rechtbank moet de subsidie in dit geval worden vermindert met € 450 ($1000 \times 0,9 \times 0,5$). Hierdoor is er sprake van een vermindering van het subsidiebedrag die gelijk is aan het aandeel dat de werkgever voor één werknemer ontving: de werkgever kreeg € 900 voor twee werknemers, nu één werknemer weg is krijgt hij € 450.

4. Zoals wij het zien leidt de berekening van de minister tot een extra korting in het geval er een werknemer uit dienst gaat. Waar de werkgever € 900 aan subsidie had gekregen als beide werknemers in dienst waren gebleven, krijgt hij nu nul euro subsidie en dus ook geen subsidie voor de werknemer die nog wel in dienst is. Bij een korting van de subsidie die in gelijke verhouding staat tot het subsidiebedrag dat bij de verlening is verkregen voor één werknemer, wordt het subsidiebedrag alleen vermindert met het bedrag van de vertrokken werknemer en blijft er nog € 450 aan subsidie over. De vervolgvraag is welke berekening evenredig is: de extra korting of een korting in gelijke verhouding? Dat de minister een extra korting toepast kunnen wij volgen in het geval er sprake is van ontslag. Het doel van de NOW is immers het behoud van banen en voorkomen van ontslag. De formule met extra korting stimuleert werkgevers om geen werknemers te ontslaan en voorkomt misbruik van de subsidie-regeling. Er is in deze situatie echter geen sprake van ontslag maar van een werknemer die al voor de subsidieperiode is vertrokken. Het percentage van de referentieloosom dat de werkgever volgens de minister zelf moet kunnen opbrengen is in feite gebaseerd op een niet-representatieve situatie. Er is hier dus eigenlijk sprake van een te hoge referentieloosom. De korting die in gelijke verhouding staat tot subsidieverlening – zoals de rechtbank hanteert – is hier naar onze mening meer op zijn plaats.

5. Het is de vraag of de onderbouwing van de minister van de berekening voor de CRvB doorslaggevend is of dat andere elementen een belangrijke rol spelen bij het oordeel dat de formule niet onredelijk bezwarend uitpakt. De CRvB toetst terughoudend, omdat hier volgens de CRvB sprake is van politiek-bestuurlijke afwegingen en een noodmaatregel met een generiek karakter, waarbij een groot aantal werkgevers op korte termijn duidelijkheid moest worden verschaft over de aard en de inhoud van de regeling (r.o. 4.7.1). Hiermee grijpt de CRvB terug naar standaardoverwegingen die we met name bij de subsidie-

verlening veel zagen. De rechtbank koos juist voor de benadering dat bij de subsidievaststelling de noodzaak van snelle, eenvoudige afdoening minder speelt. Interessant is bovendien dat de CRvB hier een andere route kiest dan het Cbb wat betreft het toetsen van een besluit tot het lager vaststellen van een subsidie. In zijn uitspraak van 23 augustus 2022 (ECLI:NL:CBB:2022:557, AB 2022/348, m.nt. J.E. van den Brink), waarin het Cbb oordeelt over een lagere vaststelling van een subsidie op grond van de Regeling Tegemoetkoming land- en tuinbouwondernemers COVID-19 (TLTO), overweegt het Cbb dat het hier gaat om een belastend (nadelig) besluit voor de subsidieontvanger en het daarom indringend toetst. Mogelijk is het verschil gelegen in het feit dat het Cbb dit overweegt bij de belangenafweging (op grond van artikel 4:46 lid 2 Awb) om de subsidie lager vast te stellen, terwijl de CRvB zich richt op een bepaling in de subsidieregeling (artikel 7 lid 2 NOW-1). De CRvB toetst echter óók minder indringend in het kader van de belangenafweging (zie r.o. 4.5 en 4.6). De CRvB geeft invulling aan zijn toetsing door uitgebreid in te gaan op het doel van de formule, waarmee het in feite vooral de keuze om de formule op te nemen in de NOW toetst en minder aandacht besteedt aan de keuze om die formule in dit concrete geval toe te passen. Dat het Cbb hier wel meer aandacht op vestigt kan ook zijn omdat in die uitspraak duidelijk bijzondere omstandigheden van toepassing waren aan de kant van de subsidieontvanger, wat in onderhavige zaak bij de CRvB – zo volgt uit de uitspraak – niet het geval is. Omdat het hier gaat om een belangenafweging bij een lagere subsidievaststelling en niet om exceptieve toetsing van een bepaling in de NOW had de CRvB – in lijn met het Cbb – er ook voor kunnen kiezen het belastend besluit als uitgangspunt te nemen en intensiever te toetsen dan hij heeft gedaan. Of een intensieve toets tot een andere uitkomst voor de werkgever had geleid is overigens de vraag. De terughoudende toets resulteert in ieder geval in de vraag of de minister bewust heeft gekozen voor de formule en of die formule een legitiem doel beoogt (r.o. 4.7.3) en of de minister zich bewust is van de nadelige gevolgen hiervan voor sommige werkgevers (r.o. 4.7.2). De CRvB benoemt daarbij expliciet dat het vaststellingsbesluit geschikt en noodzakelijk is, gebaseerd op de drietrapstoets uiteengezet in de uitspraak van de Afdeling van 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285). In eerdere uitspraken van de CRvB werd dit toetsingskader wel genoemd, maar niet concreet toegepast (zie onze annotatie bij CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1282, AB 2023/66). Wij verwachten dat de terughoudende toets bepalend is

voor het oordeel van de CRvB. Toch had de CRvB hier ook kunnen oordelen dat er wel sprake is van een extra korting, maar dat die korting gelet op het doel van de NOW (baanbehoud en voorkomen van ontslag) in dit geval niet onevenredig is.

6. Het oordeel van de CRvB roept waarschijnlijk een halt toe aan een door de rechtbanken ingezette jurisprudentielijn. De uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant was de eerste in een reeks uitspraken waarin de bestuursrechter afwijkt van de formule in artikel 7 lid 2 NOW en een berekening zonder extra korting toepast (zie *Rb. Amsterdam* 22 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7674; *Rb. Overijssel* 20 oktober 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3061; *Rb. Noord-Holland* 12 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8087; *Rb. Zeeland-West-Brabant* 26 september 2022,

ECLI:NL:RBZWB:2022:5589 en *Rb. Noord-Holland* 5 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3079). In al die zaken ging het om een verlaagde loonsom zonder dat de werkgever hier invloed op had, onder andere vanwege vertrokken stagiairs of werknemers van wie de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedkeuren was beëindigd voor de subsidieperiode. Werkgevers moeten er dan ook rekening mee houden dat de CRvB – in het geval de minister beroep heeft ingesteld – ook die uitspraken vernietigt. De werkgevers in die zaken zouden vernietiging van die uitspraken mischien kunnen voorkomen als zij succesvol kunnen aanvoeren waarom de formule in hun geval vanwege bijzondere omstandigheden onevenredig bezwarend uitpakt of het financiële nadeel onevenredig is. Of dat succes zal hebben is echter de vraag. Dat ook bij bijzondere omstandigheden een beroep op het evenredigheidsbeginsel niet direct slaagt, volgt uit de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 17 april 2023

(ECLI:NL:CBB:2022:557). De uitspraak gaat over een soortgelijk geval als onderhavige uitspraak: een verlaging in de loonsom vanwege het vóór de subsidieperiode uit dienst treden van een werknemer, die tijdens de referentieperiode nog in dienst was. De rechtbank verwijst voor haar oordeel naar onderhavige CRvB-uitspraak. Er was echter sprake van een vrij schrijvende situatie voor de werkgever. De desbetreffende werknemer was vanwege ziekte al bijna drie jaar niet meer aan het werk maar stond nog op de loonlijst vanwege de loondoorbetalingsverplichting. Het is duidelijk dat de rechtbank worstelt met de CRvB-lijn. Zij merkt op dat deze lijn is gebaseerd op het doel van de formule – behoud van werkgelegenheid – en dat men zich kan afvragen of er in dit geval nog wel sprake is van verlies van werkgelegenheid. Toch oordeelt de rechtbank dat zij geen ruimte ziet van de CRvB-lijn af te wijken.

Eenzijds kunnen wij dit volgen omdat bepaalde omstandigheden identiek zijn aan de omstandigheden die bepalend zijn voor de CRvB-lijn: de werkgever betaalde meer loon gedurende de referentieperiode, minder loon tijdens de subsidieperiode en met de subsidie die hij uiteindelijk krijgt, wordt hij geacht de overgebleven loonsom te kunnen betalen. Het maakt in dat licht niet veel uit om welke reden de loonsom is gedaald. Anderzijds denken wij dat de rechtbank hier, in het kader van het evenredigheidsbeginsel en het duidelijk ontbreken van het verlies van werkgelegenheid, anders had kunnen oordelen. Opvallend is wel dat de rechtbank zelf al kenbaar maakt dat een ander oordeel in hoger beroep waarschijnlijk geen standhoudt, gelet op de opmerking dat zij niet tegen de CRvB lijn ingaat, "al was het maar omdat eiseres op de zitting heeft gezegd dat zij niet blij hoeft te worden gemaakt met een dode mus". Het zou naar onze mening goed zijn als de CRvB dit signaal van de eerstelijnsrechtspraak (en overigens ook vanuit de literatuur, vgl. W. den Ouden "Een gewaarschuwd bestuursrechtjurist...", *NTB* 2021/309) serieus neemt en zijn huidige strenge lijn heroverweegt.

7. Een andere, meer creatieve mogelijkheid kan mogelijk nog een uitkomst bieden in dit soort zaken. De uitspraak van de rechtbank Limburg van 12 januari 2023 (ECLI:NL:RBLIM:2023:278) betrof ook een loonsomverlaging vanwege een werknemer die al voor de subsidieperiode vrijwillig uit dienst was getreden. De rechtbank oordeelt echter niet dat de formule in artikel 7 lid 2 NOW-1 onevenredig uitpakt voor de werkgever, maar oordeelt dat er ruimte bestaat om het loon van de vertrokken werknemer uit de referentieloosom te filteren. De rechtbank ziet deze ruimte naar analogie van de mogelijkheid die de minister biedt om incidentele loonbetalingen uit de referentieloosom te filteren. De minister maakt dit mogelijk om te voorkomen dat een niet-representatieve referentieloosom van toepassing is die leidt tot een lagere subsidievaststelling (zie Rb. Limburg 15 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8565, *AB* 2022/33, m.nt. J.R. van Angeren en S. Putting). Op basis hiervan zou de minister niet de loonsom, maar de referentieloosom moeten verlagen, waardoor artikel 7 lid 1 NOW-1 niet van toepassing is (omdat de loonsom in de subsidieperiode dan immers gelijk blijft aan de referentieloosom). Zoals wij hiervoor opmerken is er in het geval de werknemer vóór de subsidieperiode uit dienst is getreden in feite sprake van een te hoge, niet-representatieve referentieloosom. Wij kunnen de lijn van de rechtbank Limburg dan ook volgen. Het is afwachten hoe de CRvB hierover oordeelt.

J.R. van Angeren & S. Putting

AB 2023/203

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

20 juni 2023, nr. 22/1635
(Mr. J.H. de Wildt)
m.nt. L.J.A. Damen

Art. 6:7, 6:9, 6:11 Awb

ECLI:NL:CBB:2023:312

Corona: pech moet weg. Cbb loopt niet vooruit op conclusie Widdershoven over art. 6:11 Awb.

Het College is van oordeel dat de termijnoverschrijding niet verschoonbaar is. Uit de door de minister verstrekte gegevens blijkt dat op 7 oktober 2021 een notificatiebericht is verzonden en dat enkele dagen daarvoor nog, onder meer via een notificatiebericht, over en weer contact was geweest over de subsidievaststelling. Het ligt dus niet voor de hand dat het bericht van 7 oktober 2021 de onderneming niet heeft bereikt. Daarnaast wist de onderneming dat de minister bezig was met de afhandeling van de subsidievaststelling. Toch is de onderneming pas vier maanden later in actie gekomen. Onder deze omstandigheden kan van verschoonbaarheid geen sprake meer zijn. Het feit dat er een wetsvoorstel ligt dat mogelijk tot een andere uitkomst zou hebben geleid indien het al in werking zou zijn getreden, leidt niet tot een ander oordeel, alleen al omdat niet vast staat dat het wetsvoorstel op enig moment in werking zal treden.

Het argument dat het besluit niet naar de gemachtigde van de onderneming is verzonden, kan ook niet slagen. De onderneming had deze gemachtigde ingeschakeld voor haar aanvraag van Q1 2021. Daaruit had de minister niet hoeven af te leiden dat die gemachtigde de onderneming ook vertegenwoordigde in andere lopende procedures. De enkele mededeling dat eventuele nadere vragen over Q4 aan die gemachtigde konden worden gesteld betekent ook niet dat de onderneming daarmee kenbaar had gemaakt dat die persoon gemachtigd was om de procedure over Q4 2020 (verder) te voeren. Als dat de intentie van de onderneming was, had zij dat uitdrukkelijk moeten melden aan de minister.

Het beroep op het evenredigheidsbeginsel kan tot slot ook niet slagen. Het feit dat de ondernemer mogelijk onevenredig hard wordt geraakt in een subsidieprocedure, kan namelijk niet leiden tot de conclusie dat de termijnoverschrijding verschoonbaar is.