

nisch hulpmiddel mag worden ingezet dan wel welke gegevens die op verzoek van de sociale recherche door middel van een dergelijk technisch hulpmiddel worden verkregen, mogen worden gebruikt. Voorts moet worden geregeld in welke gevallen en gedurende welke periode kentekengegevens in het ANPR-systeem mogen worden geregistreerd en gerapporteerd. De wetgever doet er verstandig aan hier niet over één nacht ijs te gaan en als er al een noodzaak zou bestaan te komen tot een regeling van voorafgaande rechterlijke toestemming naar parallel met het strafrecht (vgl. ook M.W. Venderbos, 'Normering van bestuurlijk toezichts- en controleonderzoek. Een kritische blik op de overheid die inbreuk maakt op de vrije rechtssfeer het kader van toezicht en controle', *JBplus* 2019/1). Daarnaast zou het goed zijn wanneer de rechtspraak schending van geldende voorschriften bij de inzet van ingrijpende toezichtsbevoegdheden streng bejegent met in beginsel bewijsuitsluiting en mogelijk ook vergoeding van immateriële schade. De vele (toeslagachtige) affaires van de afgelopen tijd laten immers zien dat overheidstoezichthouders te vaak over de grens van de wet heen gaan in hun streven fraude of anderszins ongewenste situaties te voorkomen.

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik

## AB 2022/33

### RECHTBANK LIMBURG

15 november 2021, nr. ROE 21/862  
(Mrs. P.H. Broier, T.M. Schelfhout, F.A.G.M. Vluggen)  
m.nt. J.R. van Angeren en S. Putting\*

Art. 7, 10, 14 NOW-1

ECLI:NL:RBLIM:2021:8565

**Beroep tegen subsidievaststelling op nihil onder NOW-1. Beroep gegrond. UWV had in dit concrete geval de incidentele loonbetalingen uit de referentieloosom moeten filteren.**

*Hoewel de regeling dat strikt genomen dus niet toelaat, is de rechtbank van oordeel dat in dit geval toch de ruimte bestaat om de incidentele loonbetalingen mee te nemen bij de vaststelling van de referentie-loosom. De rechtbank zal dat hieronder verder toelichten.*

*Uit het voorgaande vloeit wél voort dat de praktische beperking om met incidentele loonbetaling rekening te kunnen houden bij de hoogte van de*

*referentie-loosom niet meer hetzelfde gewicht heeft als in de toelichting van de regeling is verondersteld. De incidentele loonbetalingen kunnen thans blijkbaar geautomatiseerd worden uitgefilterd als de verloning correct in de aangifte vermeld is (in de tabel 'bijzondere beloningen'). Verweerder doet dit in de praktijk ook, wat onder meer blijkt uit wat daar ter zitting over is verklaard en uit de interne werkwijze die verweerder hanteert. De (strikte) toepassing van artikel 7, eerste lid, zoals die uit de tekst en de toelichting volgt, is daarmee dus achterhaald door de praktische uitvoering die daar nu aan gegeven wordt.*

*Van belang is verder dat het hier gaat om de vaststelling van de tegemoetkoming en niet de verlening van een voorschot. De noodzaak voor een snelle, eenvoudige beoordeling staat daarbij minder sterk op de voorgrond dan bij de verlening van een voorschot. Er moest immers op korte termijn voor de vele aanvragers duidelijkheid komen en de financiële steun moest ook snel uitgekeerd worden in de vorm van voorschotten, zodat daarbij geen ruimte is voor complexe correcties van het referentie-loon. Bij vaststelling van de tegemoetkoming is meer tijd om te corrigeren (Staatscourant 2020 nr. 19874, p. 22). Bij de vaststelling komt zorgvuldigheid en juistheid van de beoordeling in het licht van de bedoeling van de regeling dus wat meer naar voren, zoals eveneens uit het volgende blijkt.*

*Gelet op al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat niet is vol te houden dat verweerder in dit concrete geval rechtens juist heeft gehandeld door in het bestreden besluit de incidentele loonbetalingen (nog steeds) niet uit de referentie-loosom te filteren.*

Uitspraak van de meervoudige kamer van 15 november 2021 in de zaak tussen:

Eiseres (gemachtigde: F.J.S. Cuenen),  
en

De Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, verweerder (gemachtigde: M. Wardenburg).

### Procesverloop

In het besluit van 17 december 2020 (primaire besluit) heeft verweerder de tegemoetkoming van eiseres op grond van de eerste tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid ('de regeling') op € 0 vastgesteld. Eiseres moet ook het ontvangen voorschot van € 5.772 terugbetalen.

In het besluit van 22 februari 2021 (bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.

\* J.R. van Angeren en S. Putting zijn beiden advocaten bij Stibbe.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

De rechtbank heeft het beroep op 18 oktober 2021 op zitting behandeld. Eiseres is daar niet verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde.

### Overwegingen

1. Eiseres drijft een kledingzaak met drie werknemers. Zij heeft een aanvraag gedaan voor een tegemoetkoming voor maart, april en mei 2020. Eiseres is een tegemoetkoming verleend van € 7.216. Daarvan is € 5.772 als voorschot betaald. Het definitieve bedrag waarop eiseres recht heeft, wordt op een later moment vastgesteld. Daarvoor moest zij een nieuwe aanvraag doen. Eiseres heeft die aanvraag op 22 oktober 2020 gedaan, waarop het primaire besluit is genomen dat verweerder bij het bestreden besluit heeft gehandhaafd.

2. Eiseres vindt dat de tegemoetkoming ten onrechte op € 0 is vastgesteld. Zij voert aan dat zij in januari 2020 overuren en resterende vakantie-uren over 2019 heeft uitbetaald, waardoor die maand niet representatief is. Zij heeft dat onderbouwd met verklaringen van de werknemers en uitdraaien van loonstroken. Eiseres beroept zich op het gelijkheidsbeginsel, omdat ondernemingen die deze uren in andere maanden dan januari 2020 hebben uitbetaald wel in aanmerking komen voor een tegemoetkoming. Daarnaast vindt zij dat deze afwijzing het doel van de regeling voorbijsschiet: haar onderneming heeft duidelijk te kampen met de gevolgen van de coronacrisis en haar personeelsbestand is in volle omvang gehandhaafd, zodat zij recht heeft op de tegemoetkoming.

3. Verweerder vat de beroepsgrond van eiseres zo op dat moet worden afgeweken van de regeling. Daarvoor bestaat volgens verweerder geen ruimte. Verweerder heeft daarover ter zitting aangevoerd dat eiseres de overuren en de vakantie-uren bij de aangifte niet in de juiste loontabel heeft opgenomen. Daarom kunnen deze loongegevens niet automatisch uit de loonsom in de polis-administratie worden gefilterd. Daarmee kan hier dus geen rekening worden gehouden bij de referentie-loonsom. Verweerder doet dit niet handmatig, omdat dit de uitgangspunten van de regeling in gevaar brengt door het vele werk dat het hoge aantal vast te stellen subsidies dan met zich meebrengt als dan in elk individueel geval zou moeten worden gedaan. Verweerder erkent in het bestreden besluit dat de regeling voor eiseres erg ongunstig uitvalt. Maar de regeling is vol-

gens verweerder als noodmaatregel opgesteld om grote aantallen aanvragen snel te kunnen behandelen. Het is daarom niet mogelijk daarvan af te wijken, omdat bewust geen hardheidsclausule is opgenomen in de regeling.

4. Het beroep gaat over de vaststelling van de tegemoetkoming en de daaruit volgende terugvordering van het betaalde voorschot. Partijen verschillen van mening over de hoogte van de referentie-loonsom.

De relevante artikelen van de regeling zijn in de bijlage bij deze uitspraak opgenomen.

5. De hoogte van de tegemoetkoming wordt in de regeling vastgesteld aan de hand van de berekeningswijze bedoeld in artikel 7 (artikel 14, vijfde lid, aanhef). Essentieel onderdeel daarvan is de referentie-loonsom. Die vormt de basis van de hoogte van de tegemoetkoming over drie maanden: maart, april en mei 2020. Als referentie-loonsom in de regeling geldt de loonsom van de maand januari 2020 (artikel 10, eerste lid). Verweerder gaat daarbij uit van de loonaangifte die eiseres voor januari 2020 heeft gedaan (artikel 10, vijfde lid), en hij put daarvoor uit de polis-administratie. De in aanmerking te nemen loonsom hoeft eiseres niet zelf bij de aanvraag om vaststelling van de tegemoetkoming op te geven. Verweerder haalt die geautomatiseerd uit de beschikbare systemen.

6. In het eerste lid van artikel 7 staat dat de referentie-loonsom verminderd wordt met – kort gezegd en voor zover hier van belang – de maandelijks uitbetaling van vakantiegeld als de werkgever daarvoor niet reserveert (onder b) en een 13e maand (onder d). Dat laatste (de 13e maand) is ingevoegd bij wijziging van de regeling van 26 mei 2020 (*Staatscourant* 2020, nr. 29256), omdat de maand januari geen representatieve loonsom genereert als in die maand extra salaris in de vorm van een 13e maand wordt uitbetaald. Met andere incidentele loonbetalingen wordt geen rekening gehouden. De regeling is verder gewijzigd vanwege de situatie van seizoenarbeiders, omdat gebleken is dat ook in dat geval de referentie-loonsom niet representatief zou zijn (eveneens *Staatscourant* 2020, nr. 29256). In de toelichting en de parlementaire stukken bij de (wijzigingen van de) regeling is vermeld dat het niet mogelijk is om met alle (loon-)situaties rekening te houden, vanwege de noodzaak om op zeer korte termijn zeer veel aanvragen te kunnen behandelen en de daarvoor benodigde eenvoud van deze regeling. Achtergrond daarvan is dat incidentele loonbetaling als overuren en vakantie-uren niet geautomatiseerd uit de loonsom in de polis-administratie konden worden gefilterd.

7. Hoewel de regeling dat strikt genomen dus niet toelaat, is de rechtbank van oordeel dat

in dit geval toch de ruimte bestaat om de incidentele loonbetalingen mee te nemen bij de vaststelling van de referentie-loonsom. De rechtbank zal dat hieronder verder toelichten.

8. De Minister heeft op 28 mei 2021 over het uitfilteren van incidentele loonbetalingen het volgende opgemerkt (*Kamerstukken II*, nr. 2020–2021, 2950, p. 3):

“Als de werkgever kan aantonen door middel van objectief verifieerbare gegevens uit de loonadministratie dat de loonkosten in de referentiemaand niet representatief waren, doordat er sprake was van het uitbetalen van bonussen, overuren, etc. dan kan UWV deze gelden uit de loonsom filteren. UWV kon dit binnen het vaststellingsproces al eerder voor de uitbetaling van vakantiegeld en een derdiende maand. Ondertussen kan UWV dit in bezwaar ook voor incidentele componenten zoals de uitbetaling van vakantiedagen en overuren of gratificaties en bonussen. Door deze componenten in bezwaar zoveel mogelijk uit de loonsom te filteren wordt getracht onterechte vertekeningen in de loonsom van de werkgever met gevolgen voor de hoogte van de NOW-subsidie zoveel mogelijk tegen te gaan.”

9. Verweerder heeft ter zitting toegelicht dat incidentele loonbetalingen nu inderdaad kunnen worden uitgefilterd, maar alleen als de daarmee verlonde uren juist (via de tabel ‘bijzondere beloningen’) zijn opgenomen in de aangifte.

Verweerder heeft verder verklaard dat er een interne werkwijze is opgesteld over de manier waarop daaraan praktisch invulling wordt gegeven. Daarbij wordt – zo begrijpt de rechtbank de toelichting van verweerder ter zitting – in beginsel aangesloten bij de loonaangifte van de werkgever zoals deze in de polis-administratie staat. Verweerder verwijst ter motivering van het bestreden besluit ook naar deze interne werkwijze. Een document waarin die werkwijze is beschreven, is echter niet extern gepubliceerd. Voor de rechtbank (en voor de werkgevers die een aanvraag om vaststelling hebben gedaan) is dat dus niet kenbaar. De rechtbank kan de inhoud daarvan daarom niet toetsen. Ook is onduidelijk of en op welke wijze de Minister, voor wie verweerder de regeling in mandaat uitvoert, is betrokken en wat die daar van vindt. De rechtbank heeft daarover geen duidelijkheid verkregen, behalve de (niet verifieerbare) toelichting daarover ter zitting van de gemachtigde van verweerder. Verweerder kan deze interne werkwijze daarom niet gebruiken als onderdeel van de motivering van het bestreden besluit.

10. Uit het voorgaande vloeit wél voort dat de praktische beperking om met incidentele loonbetaling rekening te kunnen houden bij de hoogte van de referentie-loonsom niet meer hetzelfde gewicht heeft als in de toelichting van de regeling is verondersteld. De incidentele loonbetalingen kunnen thans blijkbaar geautomatiseerd worden uitgefilterd als de verloning correct in de aangifte vermeld is (in de tabel ‘bijzondere beloningen’). Verweerder doet dit in de praktijk ook, wat onder meer blijkt uit wat daar ter zitting over is verklaard en uit de interne werkwijze die verweerder hanteert. De (strikte) toepassing van artikel 7, eerste lid, zoals die uit de tekst en de toelichting volgt, is daarmee dus achterhaald door de praktische uitvoering die daar nu aan gegeven wordt.

11. Van belang is verder dat het hier gaat om de vaststelling van de tegemoetkoming en niet de verlening van een voorschot. De noodzaak voor een snelle, eenvoudige beoordeling staat daarbij minder sterk op de voorgrond dan bij de verlening van een voorschot. Er moest immers op korte termijn voor de vele aanvragers duidelijkheid komen en de financiële steun moest ook snel uitgekeerd worden in de vorm van voorschotten, zodat daarbij geen ruimte is voor complexe correcties van het referentie-loon. Bij vaststelling van de tegemoetkoming is meer tijd om te corrigeren (*Staatscourant* 2020 nr. 19874, p. 22). Dat is ook de reden dat in artikel 7 met meer gegevens rekening wordt gehouden voor de referentie-loonsom dan in artikel 10. De rechtbank wijst ook nog op artikel 14, zesde lid, waaruit volgt dat voor de vaststelling een beslistermijn van 52 weken geldt. Bij de vaststelling komt zorgvuldigheid en juistheid van de beoordeling in het licht van de bedoeling van de regeling dus wat meer naar voren, zoals eveneens uit het volgende blijkt.

12. Ook in de visie van de Minister bestaat kennelijk de ruimte om maatwerk te leveren. De rechtbank wijst daarvoor naar de brief van de Minister aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 3 december 2020, waarin de Minister het volgende opmerkt (*Kamerstukken II*, 2020–2021, 35420, nr. 199, p. 7):

“Een zorgvuldige beoordeling van een aanvraag voor NOW-subsidie brengt met zich mee dat de regeling gevolgd wordt maar dat ook de bedoeling van de regeling een rol kan spelen. Indien een werkgever van mening is in principe recht te hebben op de NOW-subsidie, maar de regeling niet geheel aansluit bij de situatie van de werkgever kan bezwaar worden aangetekend. In dat geval kan nader worden bekeken of binnen de NOW-regeling en de bedoeling van de regeling maatwerk geleverd kan worden.”

De rechtbank wijst in dat verband ook op het antwoord van de Minister dat is opgenomen in r.o. 7. Uit beide citaten blijkt dat de toelichting van de Minister bij de regeling in zoverre is achterhaald.

13. Voor de beoordeling van het beroep van eiseres is van belang dat in haar geval geen sprake is van een complexe berekening of definiëring van het sv-loon. Ook is op grond van de door eiseres (reeds in de bezwaarfase) aangeleverde gegevens duidelijk en overzichtelijk waar het om gaat. Het betreft drie werknemers, en overuren van de drukke decembermaand en vakantie-uren over 2019 die zij in januari 2020 uitbetaald kregen. Volgens eiseres gaat het om € 2.223,67 aan incidenteel loon, zodat naar haar mening de referentie-loonsom met dat bedrag moet worden vermindert. Eiseres heeft dat standpunt onderbouwd met stukken (verklaringen van de werknemers en loonstroken) en concreet gemaakt. De rechtbank ziet geen aanleiding aan de juistheid van de gegevens te twijfelen, en ook verweerder heeft dit alles niet betwist.

14. Gelet op al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat niet is vol te houden dat verweerder in dit concrete geval rechtens juist heeft gehandeld door in het bestreden besluit de incidentele loonbetalingen (nog steeds) niet uit de referentie-loonsom te filteren.

Verweerder heeft in de eerste plaats niet betwist dat de referentie-loonsom van eiseres niet representatief is door die incidentele loonbetalingen. Dat betekent dat het uitfilteren daarvan aansluit bij haar werkelijke loonkosten, en daarmee bij de bedoeling van deze regeling. Het uitfilteren daarvan is bovendien in lijn met de door de regelgever gemaakte uitzonderingen op de referentie-loonsom (r.o. 6), de huidige praktische toepassing (r.o. 8–10), het zwaardere belang van de zorgvuldigheid bij de vaststelling (r.o. 11) en de uitlatingen van de Minister zélf over het leveren van maatwerk (r.o. 12). Tot slot staat het uitfilteren in dit geval niet op gespannen voet met de bedoeling van de regelgever om de uitvoering van deze regeling zo eenvoudig mogelijk te houden. Er is immers sprake van een overzichtelijk, onderbouwd en concreet standpunt van eiseres over het hier te corrigeren bedrag, dat voor verweerder geen aanleiding hoefde te zijn voor een nader onderzoek en dat verweerder ook niet heeft betwist (r.o. 13). Verweerder had de onterechte vertekening in de referentie-loonsom van eiseres daarmee eenvoudig kunnen voorkomen. De rechtbank ziet in dit geval namelijk niet in dat dit een ingewikkelde en tijdrovende beoordeling oplevert. Verweerder heeft dat – daarnaar gevraagd – ook niet gesteld.

De rechtbank is daarom van oordeel dat een redelijke toepassing van artikel 7, eerste lid, in dit

geval met zich meebrengt dat verweerder bij de herbeoordeling in bezwaar niet van de (geautomatiseerde) loonsom in de polis-administratie mocht uitgaan, maar rekening had moeten houden met de (al in bezwaar) overgelegde stukken van eiseres.

15. Voor zover verweerder zich op het standpunt stelt dat geen rekening kan worden gehouden met incidentele loonbetalingen als die door verkeerde vermelding in de aangifte niet automatisch uit de loonsom kunnen worden gefilterd, overweegt de rechtbank als volgt. Dit enkele feit betekent niet dat deze loonbetalingen daarom niet meer gecorrigeerd kunnen worden in de referentie-loonsom. Het uitgangspunt is weliswaar de loonaangifte, maar in de tekst van de regeling zijn geen aanknopingspunten te vinden voor verweerdters uitleg. Deze uitleg is een praktisch argument dat van belang kan zijn voor de uitvoeringspraktijk van de regeling. Maar deze uitleg zegt niets over de vraag of de in een verkeerde tabel opgegeven loonbetaling ook daadwerkelijk incidenteel loon is, waarmee rekening zou moeten worden gehouden bij de referentie-loonsom. Verweerder heeft ook niet concreet betwist dat in dit geval sprake is van incidenteel sv-loon dat niet representatief is voor de referentie-maand.

16. Verweerder stelt tot slot dat wordt uitgegaan van de referentie-loonsom zoals die is gehanteerd bij de aanvraag om de tegemoetkoming te verlenen (en het voorschot te betalen), omdat eiseres toen niet heeft gesteld dat de referentie-maand niet representatief zou zijn. De rechtbank ziet daar in de regeling echter geen aanknopingspunten voor. Sterker, uit het feit dat in artikel 7 (vaststelling) met meer gegevens rekening wordt gehouden bij de referentie-loonsom dan in artikel 10 (verlening van voorschotten) volgt juist het tegendeel (zie r.o. 11). Bovendien werpt verweerder dit argument kennelijk niet tegen in de situatie dat incidentele loonbetalingen wél achteraf uit de loonsom kunnen worden gefilterd.

17. Gelet op wat in r.o. 13 hierover is overwogen, gaat de rechtbank uit van een bedrag van € 2.223,67 dat in mindering moet worden gebracht op de bij de vaststelling gehanteerde referentie-loonsom over januari 2020. De vaststelling van de tegemoetkoming op € 0 kan dus niet in stand kan blijven, omdat die is gebaseerd op een onjuiste referentie-loonsom.

18. Uit het voorgaande volgt dat ook de terugvordering van het voorschot van € 5.772 niet in stand kan blijven.

**Conclusie**

19. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit moet worden vernietigd, omdat het ondeugdelijk is gemotiveerd.

20. De rechtbank ziet geen aanleiding om zelf in de zaak te voorzien, omdat een nieuwe berekening zal moeten plaatsvinden van de tegemoetkoming. Daarvoor zal verweerder een nieuwe beslissing op bezwaar moeten nemen met inachtneming van wat in deze uitspraak is overwogen.

21. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiser gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank, op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht, voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 748 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, met een waarde per punt van € 748 en wegingsfactor 1).

22. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, dient verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht te vergoeden.

**Beslissing**

De rechtbank:

- verklaart het beroep tegen het bestreden besluit gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op een nieuwe beslissing op het bezwaar van eiseres te nemen, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van € 748;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 360 aan eiseres te vergoeden.

**Noot**

1. Deze uitspraak van de Rechtbank Limburg is een annotatie waard omdat dit – voor zover wij weten – de eerste NOW-uitspraak is waarin een beroep op afwijking van de NOW (de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid) gegrond is verklaard. Bovendien is dit een van de eerste uitspraken over een vaststellingsbesluit onder de NOW. In de uitspraken over de verleningsbesluiten hanteert de bestuursrechter tot nu toe een strenge lijn: de NOW heeft bewust een generiek karakter en een hardheidsclausule ontbreekt, waardoor weinig maatwerk kan worden geboden en uitzonderingen niet mogelijk zijn (zie onze annotatie bij CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87, AB 2021/110). Die strenge lijn is tot nu toe ook te zien in de eerste uitspraken over de vaststellingsbesluiten (zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 oktober 2021,

ECLI:NL:RBAMS:2021:5996). In deze annotatie bespreken wij, na een korte toelichting op de feiten, het beleid van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ('de minister') waar de rechtbank haar oordeel op baseert en de rechtsgrond voor dit oordeel. Ten slotte behandelen wij de vraag waarom wij deze uitspraak positief waarderen. Hopelijk zal deze uitspraak ook voor andere uitspraken omtrent de subsidievaststelling onder de NOW richtinggevend zijn.

2. De werkgever waar het in de uitspraak om gaat is eigenaar van een kledingwinkel met drie werknemers. De NOW-1 subsidie is verleend voor een bedrag van € 7.216. Bij de subsidieverlening baseert het UWV het subsidiebedrag onder andere op de loonsom in de referentiemaand. De referentiemaand, januari 2020, is vastgelegd in de NOW-1 (artikel 10 lid 2). Omdat bij de werkgever sprake is van een forse verlaging van de loonsom in de subsidieperiode (maart, april en mei 2020) ten opzichte van de loonsom in de referentiemaand januari 2020, stelt het UWV de subsidie vast op nihil. Het UWV volgt daarbij de formule uit artikel 7 lid 2 NOW-1, die bepaalt op welke wijze het subsidiebedrag moet worden verlaagd bij een verlaging van de loonsom. In de toelichting bij de NOW-1 overweegt de minister dat een verlies aan loonsom duidt op verlies aan werkgelegenheid – onder meer omdat werknemers niet meer in dienst zijn – en dat in die gevallen de subsidie lager moet worden vastgesteld zodat er een stimulans is om werknemers in dienst te houden. In deze zaak was er bij de werkgever echter geen sprake van verlies aan werkgelegenheid. Omdat zij in de referentiemaand (januari 2020) overuren en resterende vakantie-uren over 2019 heeft uitbetaald, is de loonsom in die referentiemaand een stuk hoger dan de loonsom in de subsidieperiode (maart, april en mei 2020) en dus niet representatief. De werkgever stelt dat de subsidievaststelling op nihil het doel van de regeling voorbij schiet, omdat zij haar werknemers juist in dienst heeft gehouden en er dus geen verlies van werkgelegenheid was.

3. Het UWV meent dat de werkgever hiermee verzoekt om afwijking van de regeling, waar geen ruimte voor is. De overuren en vakantietijden zijn door de werkgever in een verkeerde loontabel opgenomen in de loonaangifte en kunnen niet automatisch uit de loonsom worden gefilterd. Om die reden kan hier volgens het UWV geen rekening mee worden gehouden bij het vaststellen van de referentieloonsom. Dit kan volgens het UWV ook niet handmatig worden gedaan omdat dit voor het UWV te veel werk op zou leveren. Dit is een opmerkelijk verweer van het UWV omdat – zoals ook in de uitspraak naar voren komt – bekend is dat er in de praktijk wel

degelijk mogelijkheden zijn om een niet-representatieve loonsom te corrigeren. Al snel na de inwerkingtreding van de NOW-1 speelde de discussie dat de referentiemaand januari 2020 niet representatief is, omdat veel werkgevers de dertiende maand in die maand uitkeren. In reactie hierop heeft de minister de NOW-1 gewijzigd (*Stcrt.* 2020, 29256) en aan artikel 7 lid 1 toegevoegd dat de dertiende maand automatisch uit de loonsom wordt gefilterd bij de subsidievaststelling. Meer specifiek bepaalt artikel 7 lid 1 onder d NOW-1 dat de loonsom wordt verminderd met "extra loon dat naast het reguliere loon en vakantiebijslag wordt uitbetaald naar aanleiding van afspraken in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, en dat niet afhankelijk is van bedrijfsresultaten of kwalitatieve of kwantitatieve prestaties van de werknemer". Uit de toelichting bij de wijziging volgt dat hier enkel de dertiende maand mee wordt bedoeld. Het is volgens de minister niet mogelijk om andere incidentele betalingen zoals bonussen uit de loonsom te filteren. Dit standpunt herhaalt de minister in de Kamerbrief van 3 december 2020 (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420, nr. 199, p. 5). Een paar maanden later wijzigt de minister dit standpunt enigszins. In de Kamerbrief van 22 maart 2021 stelt hij nog steeds dat incidentele betalingen anders dan de dertiende maand (en vakantiegeld) niet automatisch uit de loonsom worden gefilterd, maar vermeldt hij ook dat hij het UWV heeft gevraagd om bij de subsidievaststelling in bezwaar nadrukkelijk in ogenschouw te nemen of incidentele beloningen in de referentiemaand mogelijk hebben geleid tot een niet-representatieve loonsom (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420 nr. 243, p. 4-5). Deze mogelijkheid wordt geconcretiseerd in de Antwoorden op Kamervragen van 28 mei 2021 (*Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 2950, p. 3). Hierin vermeldt de minister dat het UWV in bezwaar nu ook andere incidentele looncomponenten – naast de dertiende maand en vakantiegeld – uit de loonsom kan filteren, zoals uitbetaling van vakantiedagen, overuren, gratificaties en bonussen. Dit is een duidelijke koerswijziging van de minister ten opzichte van de toelichting bij de wijziging van de NOW-1 in het kader van de dertiende maand (*Stcrt.* 2020, 29256). De minister vermeldt dat deze mogelijkheid uitsluitend kan worden toegepast als de subsidieontvanger bezwaar maakt tegen een besluit tot lagere vaststelling van subsidie. Anders dan bij de dertiende maand wordt de NOW in dit kader niet aangepast en formuleert de minister voor het UWV in feite een buitenwettelijke werkwijze voor het corrigeren van de referentieloosom. Hoewel de werkwijze op zichzelf gunstig is, is deze gang van zaken weinig transparant. In de

toelichting bij artikel 7 lid 1 onder d NOW-1 staat immers nog dat andere correcties van de loonsom (anders dan de dertiende maand) niet mogelijk zijn. Het is opvallend dat de minister, nu hij de NOW klaarblijkelijk niet wil wijzigen, de nieuwe werkwijze van het UWV niet in een beleidsregel heeft opgenomen (op grond van artikel 4 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen juncto artikel 21 Kaderwet ZBO). Hiermee zou voor werkgevers kenbaar zijn welke mogelijkheden het UWV in bezwaar heeft en zou het UWV een duidelijke grondslag hebben om in deze specifieke gevallen af te wijken van de NOW. Discussies over de wijze waarop de correctie kan worden toegepast – zoals in deze zaak aan de orde is – hadden dan mogelijk voorkomen kunnen worden omdat de uitvoering (grotendeels) is vastgelegd in voor eenieder te raadplegen beleidsregels. Zie in dit kader ook S. Putting, "De hardheidsclausule en ander maatwerk in het licht van de NOW", *JBPlus* 2021/10, p. 157-158).

4. In de uitspraak gaat de rechtbank in op de buitenwettelijke werkwijze van het UWV, onder meer door verwijzing naar de Antwoorden op Kamervragen van 28 mei 2021. Het UWV erkent ter zitting dat deze werkwijze wordt gehanteerd, maar dat het filteren alleen mogelijk is indien de desbetreffende uren in de juiste tabel onder bijzondere beloningen in de loonaangifte zijn opgenomen. Een soortgelijk standpunt lezen wij terug in de toelichting van de minister in de Antwoorden op Kamervragen van 28 september 2021. Hierin stelt de minister "dat de incidentele looncomponenten als zodanig in de loonaangifte moeten zijn verwerkt, omdat UWV in de uitvoering anders niet objectief kan vaststellen of sprake is van een bepaalde incidentele beloning" (*Aanhangsel Handelingen II* 2021/22, nr. 74, p. 4). De manier waarop de looncomponenten zijn ingevoerd in de loonaangifte is aldus van belang voor de correctie van de referentieloosom en deze specifieke voorwaarden zijn – zo begrijpen wij uit de uitspraak – opgenomen in een interne werkwijze van het UWV. Omdat dit document niet openbaar is en dus niet kenbaar is bij de rechtbank, kan de rechtbank de inhoud ervan niet toetsen en meent zij dat die werkwijze niet kan worden gebruikt als onderdeel van de motivering. Uit de uitspraak volgt niet of de rechtbank het UWV heeft verzocht de werkwijze te overleggen als op de zaak betrekking hebbend stuk, maar wij maken uit de uitspraak op dat deze interne werkwijze pas ter zitting ter sprake kwam. Mogelijk achtte de rechtbank het niet proceseconomisch om deze met toepassing van artikel 8:45 Awb alsnog te laten verstrekken. Hoewel de interne werkwijze niet als motivering kan worden gebruikt door het UWV, stelt de rechtbank vast

dat uit de toelichting van het UWV ter zitting volgt dat artikel 7 lid 1 NOW-1 niet meer zo streng wordt toegepast en de tekst en toelichting bij dit artikel in feite achterhaald zijn, omdat incidentele looncomponenten in de praktijk wél uit de loonsom worden gefilterd. De rechtbank voegt hieraan toe dat de minister (in Kamerstukken) zelf de nadruk legt op meer ruimte voor maatwerk in bezwaar. Bovendien oordeelt de rechtbank dat bij de subsidievaststelling meer ruimte is voor een zorgvuldige beoordeling in het licht van het doel van de NOW dan bij de subsidieverlening. Een interessante overweging – waar wij hierna op terugkomen – die met name is gebaseerd op de lange beslistermijn van het UWV (52 weken) en de toelichting bij artikel 7 NOW-1. In het kader van enkele standaardcorrecties die bij de vaststelling worden uitgevoerd vermeldt de toelichting dat deze niet bij de verlening kunnen worden gecorrigeerd door "de noodzaak voor het UWV om werkgevers zo snel mogelijk van een voorschot te voorzien, waardoor complexe correcties van het SV-loon bij de bevoorschotting niet mogelijk zijn. Bij de vaststelling is er meer tijd om te corrigeren." Ten slotte oordeelt de rechtbank dat het (i) duidelijk en overzichtelijk is om welk incidenteel bedrag het gaat, (ii) het UWV niet heeft betwist dat dit tot een niet-representatieve loonsom leidt, (iii) het uitfilteren hiervan aansluit bij haar werkelijke loonkosten en daarmee bij de bedoeling van de regeling en (iv) dit bovendien niet op gespannen voet staat met de eenvoudige uitvoering van de regeling omdat het standpunt van de werkgever concreet naar voren is gebracht en vrijwel geen extra onderzoek vergt van het UWV. Op basis van al het voorgaande oordeelt de rechtbank dat het UWV niet juist heeft gehandeld door de referentieloonsom niet te corrigeren en dat een redelijke toepassing van artikel 7 lid 1 NOW-1 met zich meebrengt dat het UWV bij de herbeoordeling in bezwaar rekening dient te houden met de incidentele looncomponenten.

5. Hoewel wij ons kunnen vinden in de uitkomst is het de vraag wat hier precies de rechtsgrond is om een handelwijze die afwijkt van NOW toe te staan. De rechtbank benoemt niet dat zij uitdrukkelijk overgaat tot exceptieve toetsing, anders dan in een inmiddels toenemend aantal NOW-uitspraken waarin een beroep wordt gedaan op een uitzondering op de NOW (zie bijvoorbeeld CRvB 22 september 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2392, Rb. Zeeland-West-Brabant 1 september 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4421 en CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87, AB 2021/110, m.nt. J.R. van Angeren en S. Putting). Bij een exceptieve toetsing kan de bestuursrechter een bepaling

buiten toepassing laten indien de bepaling in strijd is met bepaalde formele rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel (CRvB 1 juli 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:2016, AB 2019/463, m.nt. M. van Zanten). Nu het UWV zelf een door de minister voorgestelde buitenwettelijke werkwijze hanteert, is het de vraag in hoeverre het nodig is dat de rechtbank toetst of artikel 7 lid 1 NOW-1 in dit specifieke geval strijd oplevert met het evenredigheidsbeginsel. Men zou kunnen zeggen dat die 'strijd' door de minister (die de ministeriële regeling heeft vastgesteld) al is erkend door het mogelijk te maken de referentieloonsom in bezwaar te corrigeren om "onterechte vertekeningen in de loonsom van de werkgever met gevolgen voor de hoogte van de NOW-subsidie zoveel mogelijk tegen te gaan" (*Aanhangsel Handelingen II 2020/21*, nr. 2950, p. 3). Wel had de rechtbank onder verwijzing naar die buitenwettelijke werkwijze van het UWV kunnen oordelen dat het strikt toepassen van artikel 7 lid 1 NOW-1 in dit geval onevenredig is. Zij doet dit echter niet maar verwijst enkel naar de *redelijke toepassing* van die bepaling. Dit oordeel komt wellicht het meest in de buurt van de corrigerende interpretatie van (lagere) wetgeving. Corrigerende interpretatie wordt in de literatuur omschreven als het beperken van het bereik van een wettelijk voorschrift: wettelijke voorschriften die gezien hun formulering van toepassing lijken, worden zo uitgelegd dat zij toch niet van toepassing worden geacht (F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (Staat en Recht nr. 40) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 29). Strikt genomen is er in deze situatie sprake van het breder toepassen van een voorschrift: aanvullend op de in artikel 7 lid 1 NOW-1 voorgeschreven correcties worden meer correcties toegestaan. Het 'ruimer' interpreteren van een bepaling valt naar onze mening ook onder corrigerende interpretatie en wordt ook toegepast door de bestuursrechter. In de Kinderopvangtoeslag-uitspraken oordeelt de Afdeling dat een wettelijk voorschrift discretionaire ruimte biedt voor het bestuursorgaan, daar waar dit eerst niet mogelijk werd geacht. In hun annotatie menen P. Huisman en N. Jak dat deze handelwijze van de Afdeling een vorm van corrigerende interpretatie is (ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, RSV 2020/22, m.nt. E.J.E. Groothuis, P.J. Huisman en N. Jak). Voor het toepassen van corrigerende interpretatie gelden constitutionele beperkingen (zie F.S. Bakker, p. 89-90, 433-434). Interpretaties van de rechter dienen niet gekunsteld te zijn en mogen niet ver afwijken van de bedoeling van de wetgever. De bedoeling van de wetgever – in dit

geval de minister – komt hier duidelijk naar voren in verschillende Kamerstukken: correcties op de referentieloonsom zijn mogelijk, aanvullend op wat artikel 7 lid 1 NOW-1 hierover bepaalt. Hoewel wij ons afvragen of de interpretatie van de minister niet zelf gekunsteld is (de mogelijkheden die hij biedt staan immers haaks op de toelichting bij artikel 7 lid 1 NOW-1) kunnen wij goed volgen dat de bestuursrechter hier aansluit bij een interpretatie die de minister expliciet mogelijk maakt. De discussie over de rechtsgrond voor afwijken van de NOW had naar onze mening kunnen worden voorkomen als de minister de aanvullende correctiemogelijkheid had opgenomen in een beleidsregel of als hij in de NOW een hardheidsclausule had opgenomen waarmee bepaalde uitzonderingen mogelijk worden gemaakt (zie S. Putting, 'De hardheidsclausule en ander maatwerk in het licht van de NOW', *JBPlus* 2021/10, p. 157-158).

6. Van belang in deze uitspraak is niet alleen de buitenwettelijke werkwijze van het UWV maar vooral het feit dat het UWV die in dit concrete geval weigert toe te passen. Het UWV stelt dat de incidentele looncomponenten door de werkgever op een verkeerde wijze in de loonaangifte zijn opgenomen waardoor zij niet automatisch uit de loonsom kunnen worden gefilterd en het UWV hier dus geen rekening mee kan houden. De rechtbank volgt deze stelling echter niet en oordeelt dat dit er niet aan in de weg staat dat de looncomponenten alsnog gecorrigeerd kunnen worden als de in een verkeerde tabel opgenomen looncomponenten daadwerkelijk incidenteel loon blijken. Naar onze mening een terechte conclusie, die aansluit bij wat de minister hier zelf over heeft opgemerkt. Volgens de minister moet het UWV in bezwaar immers in ogenschouw nemen of incidentele looncomponenten hebben geleid tot een niet-representatieve loonsom en dient de werkgever dit aan te tonen door middel van objectief verifieerbare gegevens (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420, nr. 243, p. 5; *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 2950). Hieruit volgt niet dat de looncomponenten per se als bijzondere beloningen in de loonaangifte moeten zijn opgenomen. Dat incidentele looncomponenten volgens de minister 'als zodanig' moeten zijn opgenomen zodat het UWV objectief kan vaststellen dat die componenten incidenteel zijn, neemt niet weg dat werkgevers ook op andere wijzen zouden kunnen bewijzen dat looncomponenten incidenteel zijn, zoals uit de uitspraak volgt. Volgens de rechtbank heeft de werkgever dit op duidelijke en inzichtelijke wijze aangetoond. Wij menen bovendien dat de vraag of de incidentele looncomponenten automatisch uit de loonsom kunnen worden gefilterd niet re-

levant zou moeten zijn. Uit de eerdere toelichting van de minister volgt immers dat de desbetreffende looncomponenten hoe dan ook niet automatisch kunnen worden gefilterd maar dat de werkgever hiervoor eerst bezwaar dient te maken. De stelling van het UWV dat zij de incidentele looncomponenten niet handmatig uit de loonsom kan filteren, is naar onze mening dan ook niet goed te volgen. Dat uit de interne werkwijze van het UWV volgt dat incidentele loonbetalingen nu wel geautomatiseerd kunnen worden uitgefilterd, maakt dit niet anders. Deze werkwijze is immers niet openbaar gepubliceerd en kenbaar voor werkgevers, die ervan uit mogen gaan dat de toelichting van de minister in Kamerstukken aansluit bij de werkwijze in de praktijk.

7. Anders dan in de NOW-jurisprudentie die tot nu toe is verschenen, oordeelt de rechtbank in deze uitspraak dat het UWV van de NOW moet afwijken. Gelet op de omstandigheden in deze zaak is het echter de vraag of de uitspraak baanbrekend is. Zoals hiervoor besproken is het minder strikt toepassen van artikel 7 lid 1 NOW-1 en het corrigeren van de loonsom voor andere incidentele looncomponenten in de praktijk al gebruikelijk. Wat de rechtbank hier enkel doet is het UWV – naar onze mening terecht – op de vingers tikken dat het zijn buitenwettelijke werkwijze in dit concrete geval te beperkt toepast. Toch is deze uitspraak in het licht van maatwerk bij de subsidievaststelling onder de NOW interessant. De rechtbank benadrukt namelijk expliciet dat bij de vaststelling van de NOW-subsidie andere belangen spelen dan bij de subsidieverlening. De noodzaak voor een snelle en eenvoudige beoordeling staat bij de vaststelling minder sterk op de voorgrond dan bij verlening en er is daarom meer tijd om te corrigeren. De rechtbank baseert dit op de toelichting van de minister bij artikel 7 lid 1 NOW-1, waarin hij verklaart waarom bepaalde standaardcorrecties pas bij de vaststelling worden toegepast. Het argument dat het UWV meer tijd heeft bij de subsidievaststelling kan ook relevant zijn voor andere discussies rondom vaststellingsbesluiten. Bovendien concludeert de rechtbank dat bij de vaststelling de zorgvuldigheid en juistheid van de beoordeling in het licht van de bedoeling van de regeling meer naar voren komt, mede onder verwijzing naar de opmerking van de minister dat in bezwaar mogelijk meer maatwerk kan worden geleverd in het licht van de bedoeling van de regeling (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420, nr. 199, p. 7). Deze overweging van de rechtbank is wat ons betreft toe te juichen en geeft een voorzet voor iets meer maatwerk en uitzonderingsmogelijkheden in de (jurisprudentie over de) vaststellingsbesluiten onder de NOW. Een recente uitspraak van de Rechtbank Zeeland-



West-Brabant, waarin de bestuursrechter oordeelt dat van artikel 7 lid 2 NOW-1 moet worden afgeweken op grond van een belangenafweging (ECLI:NL:RBZWB:2021:6686) past in de ingezette lijn dat meer maatwerk bij de NOW-subsidievaststelling mogelijk wordt.  
J.R. van Angeren en S. Putting

## AB 2022/34

### NATIONALE OMBUDSMAN

30 november 2021, nr. 2021/169  
(Mr. R.F.B. van Zutphen)  
m.nt. P.J. Stolk

Art. 9:8 lid 1 sub b Awb

ABkort 2021/719

### **Gemeente handelt niet transparant bij verkoop van kavel. Transparantievereiste. Andere definitie van klacht en klachtafhandeling dan in de Awb? Hantering jaartermijn.**

*Het is voor inwoners van een gemeente belangrijk dat de gemeente transparant is over de gang van zaken en procedures rond de verkoop van een kavel en dat de gemeente meedenkt met de burger. De meeste burgers weten ook niet altijd precies of en zo ja welke onderhandelingsruimte beschikbaar is. Burgers verwachten in dit verband zaken te doen met een betrouwbare overheid zonder commerciële doeleinden die geen onderscheid maakt tussen kopers en stellen zich ook niet in op keiharde onderhandelingen met een commerciële projectontwikkelaar.*

*Zeker ook tegen die achtergrond is de ombudsman van mening dat de gemeente in 2018 ervoor had kunnen kiezen om de heer Bloem (1) beter te informeren en behulpzaam te zijn. Bovendien had zij in 2019 en 2020 toen de heer Bloem inmiddels over meer informatie beschikte en de kwestie opnieuw voorlegde aan de gemeente tot andere keuzes kunnen komen.*

*De gemeente heeft er vervolgens voor gekozen om de klacht niet te behandelen op grond van de jaartermijn.*

*De gemeente geeft daarbij aan dat op grond van wat de voormalige gemeente Loppersum eerder heeft aangegeven, zij niet verwacht dat klachtbehandeling tot een andere uitkomst leidt. Daarmee verstrekt de gemeente aan de heer Bloem geen oordeel of de gedragingen in brede zin al dan niet behoorlijk zijn geweest, en of de klacht gegrond of ongegrond is.*

*De ombudsman vindt de motivering van de gemeente onvoldoende en vindt het een gemiste kans*

*dat de gemeente de klacht niet in behandeling heeft genomen.*

### **Wat is de klacht?**

Verzoeker klaagt erover dat de gemeente Eemsdelta hem in tegenstelling tot andere kopers geen korting heeft verstrekt bij de aankoop van een kavel.

Verzoeker klaagt er verder over dat de gemeente Eemsdelta zijn klacht hierover inhoudelijk niet heeft behandeld gelet op de jaartermijn.

### **Wat ging er aan de klacht vooraf?**

De heer Bloem<sup>1</sup> heeft in 2018 een bouwka-vel gekocht van de gemeente Loppersum. Op dat moment lag de lokale woningmarkt vanwege aardbevingsproblematiek stil. De gemeente Loppersum is per 1 januari 2021 opgegaan in de fusiegemeente Eemsdelta. De heer Bloem heeft destijds de gemeente Loppersum per e-mail gevraagd om in het koopcontract een clause op te nemen. Die hield in dat indien grond tegen een lagere prijs zou worden aangeboden hij daarvoor gecompenseerd zou worden. Dit was niet nodig want de prijzen lagen vast, zo vertelde de gemeente. De door hem gevraagde clause werd als overbodig weggezet.

Later hoorde de heer Bloem dat andere vergelijkbare kavels in de gemeente met korting zijn verkocht. Toen hij navraag hierover deed bij de gemeente en een gesprek had met een wethouder, ontving hij gelet op privacyoverwegingen geen concrete informatie. Verzoeker heeft toen informatie bij het kadaster ingewonnen. Hieruit bleek dat er inderdaad kortingen door de gemeente waren verstrekt. Volgens de heer Bloem gaat het om bedragen tussen de € 5.000 en € 10.000. Vervolgens heeft de heer Bloem op 8 januari 2020 een WOB-verzoek ingediend. De gevraagde informatie heeft hij op 28 februari 2020 ontvangen.

Het WOB-verzoek heeft de volgende informatie opgeleverd:

- Drie van de vijf kavels zijn met korting verkocht. Zowel voor als na zijn aankoop.
- De bevoegdheid van de wethouder om kortingen te verlenen gold voor de periode van een jaar.
- Deze bevoegdheid was niet meer van kracht toen de laatste kortingen werden verstrekt.
- De eerste transacties zijn door het college van B&W binnen de periode van dat jaar verstrekt. De laatste transacties vielen niet meer binnen die periode en zijn op ambtelijk niveau verstrekt.

<sup>1</sup> Uit privacy overwegingen is gekozen voor een gefingeerde naam voor verzoeker.