

10. De hardheidsclausule en ander maatwerk in het licht van de NOW

Mr. S. Putting

Uitzonderingen op de NOW zijn volgens de bestuursrechter niet mogelijk door het bewust ontbreken van een hardheidsclausule, maar worden door de minister in bepaalde gevallen wel toegestaan. In deze bijdrage wordt besproken welke mogelijkheden bestuursorganen en de bestuursrechter hebben om maatwerk te bieden en wordt aan de hand van drie geschilpunten over de NOW beoordeeld hoe die mogelijkheden zijn ingezet of beter hadden kunnen worden ingezet.

1. Inleiding

Op 2 april 2020 is de eerste Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid (NOW-1) in werking getreden. De maatregel is in korte tijd opgezet om werkgevers die lijden onder de coronamaatregelen financieel te ondersteunen. Het is enerzijds toe te juichen dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (minister) op zeer korte termijn een subsidieregeling heeft vastgesteld die ondernemingen door de huidige crisistijd helpt. Anderzijds is het door de snelheid waarmee de regeling tot stand is gekomen onvermijdelijk dat bepaalde aspecten niet of onvoldoende zijn overwogen. Uit de jurisprudentie en de Kamerbrieven die sinds de inwerkingtreding van de NOW-1 zijn verschenen volgt dan ook dat werkgevers tegen verschillende problemen aanlopen bij de subsidieaanvraag en dat de uitvoering van de NOW tot veel bezwaren leidt.¹ De rode draad in de reactie op die bezwaren is dat de NOW een generiek karakter heeft waarbij geen maatwerk of uitzondering kan worden geboden en bewust een hardheidsclausule ontbreekt.

In de praktijk is echter te zien dat de NOW al meerdere malen is aangepast naar aanleiding van onevenredige uitkomsten en dat uitzonderingen in bepaalde gevallen zijn toegestaan. Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot de overweging van de bestuursrechter – naar aanleiding

van het standpunt van de minister – dat een hardheidsclausule bewust ontbreekt en maatwerk met de NOW niet mogelijk is. In dit artikel geef ik eerst een korte inleiding op de NOW (par. 2) en bespreek ik de verschillende mogelijkheden tot maatwerk die het bestuursrecht kent (par. 3). Vervolgens ga ik in op een drietal onderdelen in de NOW waarover veel discussie is en die (tot nu toe) voornamelijk het onderwerp van geschil zijn in de jurisprudentie (par. 4).² Ik bespreek of die discussies en procedures hebben geleid tot wijzigingen van, of uitzonderingen op de NOW. Met het oog op die ontwikkelingen beschouw ik of er aanleiding was voor de minister om een hardheidsclausule in de regeling op te nemen of dat op andere wijze maatwerk had kunnen worden geboden (par. 5).

2. De NOW

Voordat ik in ga op de geschilpunten zal ik hier de hoofdlijnen en enkele belangrijke aspecten van de NOW uiteenzetten. De NOW is een subsidie die kan worden aangevraagd door werkgevers. Het doel van de regeling is het behouden van werkgelegenheid.³ Met de NOW

¹ Zie onder andere: *Kamerstukken II 2020/21*, 35 420, nr. 243.

² Deze bijdrage is afgerond op 19 augustus 2021. Rechtspraak en ontwikkelingen rondom de NOW van na die datum zijn niet meer meegenomen in het onderzoek.

³ Zie art. 3 NOW-1. In de opvolgende NOW-regelingen is het doel aangepast en naast behoud van werkgelegenheid ook gericht op het aanpassen aan een nieuwe economische realiteit. Volgens art. 3 NOW-2 is het doel

worden werkgevers gecompenseerd in de loonkosten om te voorkomen dat zij, door de terugvallende omzet gedurende de coronacrisis, genoodzaakt zijn hun werknemers te ontslaan.⁴ De tegemoetkoming wordt uitgekeerd aan werkgevers, maar komt uiteindelijk ten goede aan werknemers. Een terugvallende omzet is een belangrijke voorwaarde om NOW-subsidie te kunnen ontvangen: er moet sprake zijn van een omzetzdaling van 20% of meer. Volgens het doel van de regeling moet het omzetverlies het gevolg zijn van buitengewone omstandigheden die in redelijkheid niet tot het normale ondernemersrisico kunnen worden gerekend.⁵ Het omzetverlies hoeft dus *niet* het gevolg te zijn van de overheidsmaatregelen tegen het coronavirus.⁶

Omdat de tegemoetkoming in de loonkosten is vormgegeven als een subsidie, is de subsidietitel van de Awb van toepassing.⁷ De werkgever ontvangt naar aanleiding van een aanvraag eerst een subsidieverlening in de vorm van een verleningsbeschikking. De subsidieverlening is gebaseerd op het omzetzdalingspercentage waarmee de werkgever verwacht te worden geconfronteerd in een aaneengesloten periode

van drie maanden en op de referentieloosom, de loosom in een referentiemaand die in de NOW is vastgelegd.⁸ De verleningsbeschikking vermeldt de hoogte van het subsidiebedrag en bepaalt dat de werkgever een voorschot krijgt ter hoogte van 80% van dit subsidiebedrag.⁹ In de praktijk keert het UWV het eerste deel van het voorschot zeer kort na de subsidieverlening uit. Het voorschot is van belang in het kader van het doel van de regeling. Als werkgevers te lang moeten wachten op de financiële middelen zijn zij mogelijk onvoldoende liquide om de loonkosten te betalen, waardoor zij genoodzaakt zijn werknemers te ontslaan.

De werkgever dient (ruim) na de subsidieperiode een aanvraag om vaststelling in. De aanvraag om vaststelling is gebaseerd op de daadwerkelijke omzetzdaling in de door de werkgever gekozen periode. Is het omzetzdalingspercentage lager dan het verwachte omzetzdalingspercentage, dan resulteert dit in een lager subsidiebedrag dan bij de verlening. Ook de daadwerkelijke hoogte van de loosom tijdens de subsidieperiode (afhankelijk van de regeling is die drie of vier maanden) is relevant. Is de loosom gedurende de subsidieperiode lager dan (drie of viermaal) de referentieloosom, dan zal de subsidie lager worden vastgesteld.¹⁰ Is de loosom hoger dan de loosom in de referentiemaand, dan zal het subsidiebedrag overigens niet worden verhoogd.¹¹

De subsidie kan ook lager worden vastgesteld dan het bedrag bij verlening indien de werkgever zich niet aan de subsidieverplichtingen houdt. De NOW bevat een groot aantal subsidieverplichtingen, die (deels) verschillen tussen de NOW-1, 2 en 3. Dit zijn onder andere verplichtingen ten aanzien van het gelijk houden van de loosom (NOW-1 en NOW-2) en

dat werkgevers zoveel mogelijk werknemers in dienst kunnen houden, volgens art. 3 NOW-3 is het doel dat werkgevers zoveel mogelijk werknemers in dienst kunnen houden en werknemers en werknemers zich samen voor kunnen bereiden op en aanpassen aan de nieuwe economische situatie.

4 Het is opvallend dat in de NOW niet is opgenomen voor wat voor activiteiten de subsidie wordt verleend, wat wel gebruikelijk is bij een subsidieregeling. De interessante vraag in hoeverre de NOW afwijkt van de 'klassieke subsidieregeling' en past binnen de subsidietitel van de Awb zal ik hier niet verder behandelen. Hiervoor verwijs ik naar de bijdragen van mij en J.R. van Angeren in het *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context (TAC)* 2020/04 en onze annotatie bij CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87 in *AB* 2021/110.

5 Art. 3 NOW-1, NOW-2 en NOW-3.

6 Zie ook de toelichting bij de NOW-1: *Stcrt.* 2020, 19874.

7 Titel 4.2 Awb.

8 Art. 10 NOW-1, art. 12 NOW-2 en art. 17, 20 en 23 NOW-3.

9 Art. 9 NOW-1, art. 11 NOW-2 en art. 8 NOW-3.

10 Art. 7 NOW-1, art. 8 NOW-2, art. 16, 19 en 22 NOW-3.

11 Dit is alleen anders voor de NOW-1, wat ik in par. 4.3 bespreek.

het verbod op bonus- en dividenduitkeringen en inkoop van eigen aandelen (NOW-2 en NOW-3, en deels in NOW-1). Het niet voldoen aan bepaalde verplichtingen, zoals het bonus- en dividendverbod, leidt zelfs tot een subsidievaststelling op nihil.¹²

3. Behoeftte aan maatwerk, in het bijzonder de hardheidsclausule

Componenten zoals de omzetzaling, de referentie loonsom en de subsidieverplichtingen hebben grote invloed op het subsidiebedrag. Het is daarom van belang dat de wijze waarop die componenten zijn opgenomen in de NOW bijdragen aan uitkomsten in lijn met het doel en de geest van de NOW. Uit de vele bezwaren en beroepsprocedures tegen de subsidiebesluiten volgt dat hier discussie over mogelijk is.¹³ De bezwaren van werkgevers zijn grotendeels gebaseerd op in de NOW opgenomen bepalingen waarvan werkgevers menen dat die voor hen tot onevenredige uitkomsten leiden. Zij verzoeken om een uitzondering op de NOW in bezwaar bij het UWV en in beroep bij de bestuursrechter. Uit de NOW-jurisprudentie volgt tot nu toe dat die uitzonderingen op de regeling bijna niet mogelijk zijn. In bijna alle uitspraken overweegt de bestuursrechter dat de NOW een generiek karakter heeft en bedoeld is om snel veel werkgevers te helpen, waardoor er geen maatwerk kan worden geboden en uitzonderingen niet mogelijk zijn; de NOW bevat bewust geen hardheidsclausule.¹⁴ Had de minister uitzonderingen mogelijk willen

maken, dan had hij wel een hardheidsclausule opgenomen, aldus de bestuursrechter.¹⁵

Maatwerk en de hardheidsclausule staan met name de afgelopen jaren veel onder de aandacht binnen het bestuursrecht.¹⁶ Een belangrijke aanleiding hiervoor is de toeslagenaffaire, waarbij burgers door toepassing van strikte regelgeving onevenredig zijn benadeeld doordat er in die regelgeving geen ruimte was om maatwerk te kunnen bieden.¹⁷ De behoefte aan uitzonderingsmogelijkheden bij onevenredige uitkomsten heeft binnen de Tweede Kamer geleid tot een aangenomen motie die ertoe strekt om in wetgeving altijd een hardheidsclausule op te nemen en bestaande wetgeving hierop aan te passen.¹⁸ Ook het kabinet erkent dat maatwerk en de menselijke maat in het bestuursrecht moeten worden versterkt, in kader waarvan het onderzoeken heeft laten uitvoeren over de mogelijkheden voor (meer) maatwerk in het bestuursrecht.¹⁹

Om de ontwikkelingen rondom maatwerk en de NOW-jurisprudentie goed te kunnen duiden, zal ik eerst stilstaan bij wat maatwerk precies inhoudt. Er is binnen het bestuursrecht geen vaste definitie voor dit begrip. Schuurmans, Leijten en Esser verwijzen in hun onderzoek naar maatwerk – uitgevoerd op het hiervoor besproken verzoek van het kabinet – naar *'procedures en oplossingen op maat, ofwel regels, beleid of beschikkingen die (in hun toepassing) recht doen aan het specifieke geval'*.²⁰ Scheltema

12 Hoe de subsidieverplichtingen en de gronden voor lagere vaststelling zich verhouden tot de Awb zal ik hier niet verder behandelen. Zie in dit kader de bijdrage van mij en J.R. van Angeren in het *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context (TAC)* 2020/04.

13 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 420, nr. 243.

14 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2021:4820, r.o. 6.1.

15 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 19 maart 2021, ECLI:NLGEL:2021:1286, r.o. 4.5.

16 T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht: over evenredigheid, de behoefte aan maatwerk maar ook aan een effectieve en rechtszekere uitvoering', *NJB* 2021/1214.

17 Zie het rapport 'Ongekend onrecht' van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag in *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 2.

18 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 37.

19 *Kamerstukken II* 2020/21, 29 362, nr. 289.

20 Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Univer-

meent dat maatwerk inhoudt dat 'men bij de uitvoering van regels rekening houdt met de specifieke situatie waarin een burger verkeert'.²¹ Meuwese en Wolswinkel bespreken in hun onderzoek naar maatwerk in bijzondere wetgeving – ook uitgevoerd in het kader van de verkenning van het kabinet – meerdere definities in de literatuur, waaronder 'de mogelijkheid voor het bevoegd gezag om in aanvulling of afwijking van algemene regels of regels van een hoger bestuursorgaan regels te stellen voor een bijzonder geval, gebied, of verzameling van gevallen'.²² Ondanks de verschillende formuleringen is men het eens dat er sprake is van maatwerk wanneer rekening wordt gehouden met specifieke gevallen.

3.1 Maatwerk geboden door de wetgever, uitgevoerd door het bestuursorgaan

De bestuursrechter verwijst in de NOW-jurisprudentie steeds naar het ontbreken van de hardheidsclausule. Dit is echter niet de enige mogelijkheid tot het bieden van maatwerk. Een andere maatwerkmogelijkheid die in wetgeving kan worden opgenomen is *beslissingsruimte* – ook wel discretionaire bevoegdheid – voor het bestuursorgaan.²³ Hieronder valt enerzijds de ruimte om zelf invulling te geven aan bepaalde normcondities (*beoordelingsvrijheid*) en anderzijds de ruimte om belangen af te wegen wanneer is voldaan aan die normcondities (*beleidsvrijheid*).²⁴ Beslissingsruimte moet door de wetgever worden opgenomen in een wettelijke regeling. Wanneer er geen discreto-

naire bevoegdheid is opgenomen voor het bestuursorgaan, is er sprake van een *gebonden* bevoegdheid. Het bestuursorgaan heeft geen ruimte om zelf een afweging te maken, maar moet een bepaald besluit nemen als aan bepaalde normcondities is voldaan. De gebonden bevoegdheid beperkt daarmee de mogelijkheid tot maatwerk. In de NOW is vrijwel geen discretionaire bevoegdheid opgenomen. Het UWV heeft enkel gebonden bevoegdheden bij het uitvoeren van de subsidieregeling. In het geval van gebonden bevoegdheden kan een hardheidsclausule uitkomst bieden. Door het opnemen van een hardheidsclausule in een wettelijke regeling kan een bestuursorgaan afwijken van de regeling wanneer dit anders zou leiden tot onevenredige of onbillijke gevolgen.²⁵ De ruimte voor maatwerk met een hardheidsclausule is in beginsel beperkter dan bij discretionaire bevoegdheden, omdat de hardheidsclausule alleen bedoeld is voor (zeer) bijzondere gevallen die bij onverkorte toepassing van de regeling leiden tot onevenredige uitkomsten. De daadwerkelijke ruimte voor uitzonderingen is uiteraard afhankelijk van de formulering van de hardheidsclausule. Deze kan zeer breed geformuleerd zijn en voorschrijven dat in het geval van bijzondere omstandigheden, waarbij toepassing van de wet leidt tot onbillijkheden van overwegende aard, uitzondering op die wet mogelijk is. Een hardheidsclausule kan echter ook beperkt zijn tot bepaalde deelonderwerpen of zo zijn opgesteld dat bepaalde onderwerpen juist van de hardheidsclausule zijn uitgezonderd.²⁶ Duidelijk uit de verschillende formuleringen van een hardheidsclausule is in ieder geval dat de bepaling niet voor elk nadelig gevolg uitkomst biedt, maar enkel bij onbillijke en onevenredige gevallen.

siteit Leiden 2020, p. 8.

21 M. Scheltema, 'Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaags bestuursrecht', *Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor wetgeving* 2020.

22 A.C.M. Meuwese & C.J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?*, Tilburg: Tilburg University 2020, p. 3.

23 Zie het rapport van Schuurmans, Leijten & Esser 2020 en het rapport van Meuwese en Wolswinkel 2020.

24 Meuwese en Wolswinkel 2020, p. 24.

25 Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 47.

26 A.C.M. Meuwese & C.J. Wolswinkel, *Maatwerk en bijzondere wetgeving: een vervolgstudie*, Tilburg: Tilburg University 2021, p. 37.

Naast de afwezigheid van discretionaire bevoegdheden bevat de NOW geen hardheidsclausule, zoals ook uit de NOW-jurisprudentie volgt. De normcondities zijn strikt en laten geen ruimte voor een afweging van het UWV en de regeling bevat geen uitzonderingsmogelijkheid bij bijzondere gevallen. Wanneer een hardheidsclausule of beslissingsruimte ontbreekt is maatwerk echter niet onmogelijk. In die gevallen heeft de bestuursrechter mogelijkheden om uitzonderingen op wettelijke bepalingen toe te staan wanneer die bepalingen strijd opleveren met algemene rechtsbeginselen. Voor deze mogelijkheden geldt een onderscheid tussen wetten in formele zin en algemeen verbindende voorschriften (avv's) die geen wet in formele zin zijn.²⁷ Hoewel de NOW een ministeriële regeling is, en dus geen wet in formele zin, bespreek ik voor de volledigheid eerst de uitzonderingsmogelijkheden van wetgeving in formele zin, waarna ik in ga op de uitzonderingsmogelijkheden bij lagere wetgeving.

3.2 Maatwerk uitgevoerd door de bestuursrechter

Een formele wet mag in beginsel niet worden getoetst aan hoger recht of algemene rechtsbeginselen omdat dit strijd oplevert met het toetsingsverbod uit art. 120 Grondwet, zo volgt uit het Harmonisatiewet-arrest.²⁸ Het is echter wel mogelijk om een bepaling uit een formele wet buiten toepassing te laten wanneer toepassing van die bepaling in bepaalde omstandigheden die de wetgever niet heeft verdisconteerd in de wet – oftewel, die de wetgever niet heeft voorzien – strijd oplevert met een rechtsbeginsel.²⁹ Dit wordt de *contra legem*-werking van algeme-

ne rechtsbeginselen genoemd. Met deze mogelijkheid wordt in feite niet de rechtmatigheid van de wet getoetst, maar wordt getoetst of toepassing hiervan in een specifiek geval leidt tot uitkomsten die in strijd zijn met een algemeen rechtsbeginsel. De *contra legem*-werking van algemene rechtsbeginselen wordt bevestigd in het Harmonisatiewet-arrest, maar was al langer gangbare jurisprudentie sinds de Doorbraak-arresten van de belastingkamer van de Hoge Raad.³⁰

Daarnaast kent de CRvB-jurisprudentie een zelfstandige ontwikkeling van de *contra legem*-werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³¹ Al ruim voor de Doorbraakarresten overwoog de CRvB in haar uitspraak van 18 februari 1975 dat '*bijzondere gevallen denkbaar [zijn], waarin strikte toepassing van bedoelde wetbepaling in die mate in strijd zou komen met het ongeschreven recht dat zij op grond daarvan geen rechtsplicht meer kan zijn*'.³² De voorwaarde dat het moet gaan om gevallen die de wetgever niet heeft voorzien, zoals de Hoge Raad hanteert, is geen expliciet onderdeel van de overweging van de CRvB. Uit de jurisprudentie volgt dat dit wel relevant is. De Hoge Raad legt niet-verdisconteerde omstandigheden uit als 'de wijze waarop de overheid is opgetreden'.³³ In de *contra legem*-rechtspraak van de CRvB ligt de nadruk op de schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur door toedoen van het

27 Zie hierover ook: P.J. Huisman & N. Jak, 'Verschillen de gezichten van bestuursrechtelijk maatwerk: interactie tussen wetgever, bestuur en bestuursrechter', *Gst.* 2021/45.

28 HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M. van der Scheltema.

29 Idem, r.o. 3.9.

30 HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX3264, ECLI:NL:HR:1978:AX2432, NJ 1979/533, m.nt. M. Scheltema en ECLI:NL:HR:1978:AM4447, AB 1979/262 m.nt. F.H. van der Burg.

31 F.S. Bakker, *Bilijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen (diss Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 357 e.v.

32 CRvB 18 februari 1975, AB 1975/243, m.nt. J.R. Stellinga.

33 HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M. van der Scheltema, r.o. 3.9.

bestuursorgaan.³⁴ Bij schending van het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel kan er volgens de CRvB aanleiding zijn om een voorschrift buiten toepassing te laten.³⁵ Denk aan de situatie waarin een bestuursorgaan verkeerde informatie verstrekt en een belanghebbende hiernaar handelt, terwijl later blijkt dat hij op grond van een wettelijk voorschrift anders had moeten handelen. Het buiten toepassing laten van dit voorschrift is dan een mogelijkheid.

Interessant is de ontwikkeling van de *contra legem*-jurisprudentie van de CRvB waarin het evenredigheidsbeginsel een rol speelt. Hierbij moet worden vermeld dat binnen de literatuur over de *contra legem*-werking van het evenredigheidsbeginsel niet altijd duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen formele en lagere wetgeving.³⁶ In de jurisprudentie komt dit onderscheid wel naar voren: de *contra legem*-werking van art. 3:4 lid 2 Awb ten aanzien van bepalingen in formele wetgeving wordt niet snel aangenomen (waarschijnlijk door het hiervoor besproken toetsingsverbod), terwijl dit ten aanzien van bepalingen in lagere wetgeving vaker het geval is.³⁷ Ik bespreek hier gevallen van *contra legem*-werking van het evenredigheidsbeginsel ten opzichte van bepalingen in lagere wetgeving. Uit die jurisprudentie volgt dat het evenredigheidsbeginsel erop zichzelf toe kan leiden dat een wetsbepaling niet onverkort kan worden toegepast.³⁸ In de Ziekenfondswet-uitspraken formuleert de CRvB dit nog algemener en overweegt zij dat het dwin-

gendrechtelijke karakter van geneesmiddelenverstrekking op grond van de Ziekenfondswet het uitgangspunt is, maar dat er sprake kan zijn van 'zodanig bijzondere omstandigheden dat onverkorte toepassing van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen in die mate in strijd komt met regels van ongeschreven recht, dat die onverkorte toepassing geen rechtsplicht meer kan zijn'.³⁹ Deze overweging werd destijds opvallend bevonden, omdat de CRvB niet verwijst naar een specifieke schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of een schending die was ontstaan door toedoen van het bestuursorgaan.⁴⁰ Er kan goed worden betoogd dat het hier gaat om het evenredigheidsbeginsel. Bij onverkorte toepassing van de desbetreffende bepaling zouden de belanghebbenden immers niet de medicatie krijgen waar zij wel bij gebaat zijn, wat kan worden gezien als een onevenredig gevolg van het uitvoeren van die bepaling. Interessant is wel dat hier een dwingendrechtelijke bepaling buiten toepassing wordt verklaard, zonder dat dit het gevolg is van het handelen van het bestuursorgaan. Enkel door het feit dat zeer bijzondere omstandigheden tot een zeer onevenredige uitkomst zouden leiden, werd de bepaling buiten toepassing gelaten. Of deze omstandigheden door de lagere wetgever waren verdisconteerd kwam vrijwel niet ter sprake. Het lag in ieder geval niet

34 T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 69-70.

35 Zie bijvoorbeeld CRvB 11 september 1980, ECLI:NL:CRVB:1980:AM5745, AB 1981/233 m.nt. B.J. van der Net.

36 Barkhuysen e.a. 2016, p. 71-72.

37 Bakker 2018, p. 368-370.

38 Een voorbeeld is CRvB 5 juli 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:ZB8926, RSV 2000/206; meer voorbeelden worden genoemd in Bakker, p. 368-369 en Barkhuysen e.a. 2016, p. 71.

39 CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653, AB 2001/49, m.nt. Bröring; CRvB 27 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BF0927; hoewel de CRvB in haar overweging verwijst naar de Ziekenfondswet, betrof de bepaling die buiten toepassing werd gelaten een bepaling in een ministeriële regeling. Deze Ziekenfondswet-uitspraken worden door de Hoge Raad toegepast in civielrechtelijke (verzekerings)procedures, zie HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, AB 2015/278, m.nt. J.W.C. van Rossem (*Bozentan*).

40 Zie H.E. Bröring, annotatie bij CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653, AB 2001/49; zie ook R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker, annotatie bij HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, JB 2015/48.

aan 'de wijze waarop de overheid had opgetreden', de uitleg die de Hoge Raad aan niet-verdisconteerde omstandigheden geeft. Ook wordt niet veel aandacht besteed aan de overwegingen die een rol hebben gespeeld bij het opnemen van de aangewezen geneesmiddelen in de desbetreffende ministeriële regeling.⁴¹

Zoals vermeld kan de *contra legem*-werking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur zowel bij formele als lagere wetgeving een reden zijn om een uitzondering op een dwingend-rechtelijke bepaling in een specifiek geval toe te staan. De bepaling wordt dan buiten toepassing gelaten. Lagere wetgeving, te weten avv's die geen wet in formele zin zijn, kan daarnaast ook aan hogere wetgeving of algemene rechtsbeginselen worden getoetst, omdat het toetsingsverbod uit de Grondwet hierop niet van toepassing is.⁴² De bestuursrechter kan lagere regelgeving zoals de NOW daarom toetsen op rechtmatigheid, wat ook wel exceptieve toetsing wordt genoemd. Die toets kan ertoe leiden dat de bestuursrechter de regelgeving onverbindend verklaart of buiten toepassing laat. De reikwijdte van een exceptieve toets is lange tijd bepaald door het Landbouwwiegiers-arrest.⁴³ Inmiddels is deze jurisprudentie herzien en is de wijze waarop de exceptieve toets wordt uitgevoerd door de CRvB uiteengezet in de zogenoemde

'1 juli-uitspraken'.⁴⁴ Avv's kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. Daarnaast kunnen aan de inhoud of wijze van totstandkoming van een avv zodanige gebreken kleven dat die bepaling niet als grondslag voor een besluit zou kunnen dienen. De rechter heeft de bevoegdheid om dit te toetsen, waarbij algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer vormen. De intensiteit van de exceptieve toets is afhankelijk van de beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft. De beoordeling door de rechter is terughoudender wanneer de beslissingsruimte voortvloeit uit feitelijk of technisch complexe materie of wanneer politiek-bestuurlijke afwegingen een rol spelen. In dit kader spelen het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (art. 3:2 Awb) en het ongeschreven beginsel van deugdelijke motivering een rol. Enkel strijd met deze formele beginselen kan volgens de CRvB niet leiden tot onverbindend verklaring van een bepaling maar kan er wel toe leiden dat de bestuursrechter in een concreet geval, wanneer hij door toedoen van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding niet kan beoordelen of er strijd is met hogere regelgeving, de bepaling buiten toepassing kan laten. Wanneer de nadelige gevolgen van een bepaling uitdrukkelijk bij de totstandkoming zijn betrokken en de afweging hierin duidelijk is gemotiveerd, kan er geen sprake zijn van strijd met het zorgvuldigheids- en of motiveringsbeginsel, aldus de CRvB.⁴⁵

Deze laatste overweging laat een gelijkennis zien met de voorwaarde 'dat een omstandigheid niet in de bepaling is verdisconteerd', zoals relevant bij de *contra legem*-werking van algemene

41 In de uitspraak van 28 september 2000 (ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653) speelt wel een rol dat dit geneesmiddel later alsnog aan de regeling wordt toegevoegd. In het Bozentan-arrest gaat de Hoge Raad in op de overwegingen van de lagere wetgever: HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, AB 2015/278, m.nt. J.W.C. van Rossem (*Bozentan*).

42 Hoewel er formeel een verschil zit tussen *contra legem*-werking van rechtsbeginselen en toetsing van wetgeving aan rechtsbeginselen, is er bij het buiten toepassing laten van een bepaling in lagere wetgeving naar mijn mening materieel geen verschil: in beide gevallen wordt de bepaling in een specifiek geval niet toegepast omdat dit strijd oplevert met een algemeen rechtsbeginsel.

43 Hoge Raad 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, AB 1986, 574 m.nt. P.J.J. van Buuren.

44 CRvB 1 juli 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:2016, JG 2019/22, m.nt. J.R. van Angeren e.a; zie ook de conclusie van AG-Widdershoven over exceptieve toetsing van avv's, waar de CRvB in de 1 juli-uitspraken gedeeltelijk toepassing aan geeft: ECLI:NL:RVS:2017:3557.

45 Zie r.o. 7.5.1 en 7.5.2 in CRvB 1 juli 2019 ECLI:NL:CRVB:2019:2016.

rechtsbeginselen ten aanzien van wetgeving in formele zin. Wanneer de (lagere) wetgever bepaalde omstandigheden wel heeft voorzien en overwogen, maar ervoor heeft gekozen de regeling toch als zodanig vorm te geven, is buiten toepassing laten niet aan de orde. De bestuursrechter zou dan immers teveel op de stoel van de (lagere) wetgever gaan zitten. Uit de 1 juli-uitspraken volgt dat de bestuursrechter in dat geval nog wel kan toetsen of het avo in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, of zoals de CRvB het noemt: het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging.

3.3 Meer toetsingsmogelijkheden voor het bestuursorgaan?

Het is toe te juichen dat de bestuursrechter mogelijkheden heeft om maatwerk te bieden en dwingendrechtelijke bepalingen buiten toepassing kan laten op grond van een exceptieve toets of *contra legem*-werking. Die mogelijkheid doet zich echter pas voor wanneer sprake is van strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur – een hogere drempel dan bij beslissingsruimte of een hardheidsclausule – en de jurisprudentie wijst uit dat de bestuursrechter terughoudend is met dit oordeel.⁴⁶ Bovendien ligt met de mogelijkheid tot exceptieve toetsing en *contra legem*-werking de verantwoordelijkheid voor maatwerk bij de bestuursrechter.⁴⁷ Het is wellicht wenselijker om lange en intensieve beroepsprocedures te voorkomen en te

zorgen dat het bestuursorgaan direct maatwerk kan bieden. Zou een bestuursorgaan bij de primaire besluitvorming of in bezwaar zelf niet over kunnen gaan tot exceptieve toetsing aan of *contra legem*-toepassing van algemene rechtsbeginselen? Bestuursorganen dienen zich in beginsel immers te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en geen besluiten te nemen in strijd met die beginselen. De vraag is of niet altijd van bestuursorganen zou mogen worden verwacht dat zij in bijzondere gevallen actief toetsen of de besluiten die zij nemen strijd opleveren met rechtsbeginselen, ook wanneer die besluiten volgen uit een gebonden bevoegdheid in een wettelijke regeling.⁴⁸ De Awb-wetgever meent van niet en heeft expliciet overwogen dat bij een gebonden bevoegdheid geen ruimte is voor toepassing van art. 3:4 Awb.⁴⁹ Ook in het kader van de *lex-specialis* regel meent men in de praktijk dat een bestuursorgaan niet zomaar een bepaling in een bijzondere wet opzij kan zetten wegens strijd met art. 3:4 Awb.⁵⁰

Toch lijkt de bestuursrechter soms aan te nemen dat die verantwoordelijkheid wel bij het bestuursorgaan ligt, zo is bijvoorbeeld te lezen in de overweging van de CRvB in een van de eerder aangehaalde Ziekenfondswet-uitspraken. De CRvB stelt vast dat appellante op grond van de van toepassing zijnde dwingendrechtelijke bepalingen geen aanspraak heeft op een medicijn, maar dat zich wellicht een uitzonderingssituatie voordoet, omdat toepassing hiervan strijd oplevert met ongeschreven recht. Volgens de CRvB heeft het bestuursorgaan daar echter 'geen onderzoek naar verricht en geen blijk gegeven van een onder de gegeven omstan-

⁴⁶ In het kader van *contra legem*-werking, zie Bakker 2018, p. 373. In het kader van exceptieve-toetsing, zie bijvoorbeeld de eerste NOW-uitspraak van het CRvB, waarbij de CRvB oordeelt dat er geen aanleiding is om een bepaling in de NOW buiten toepassing te laten wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel. De CRvB heeft hier naar mijn mening zeer terughoudend getoetst, wat ik in par. 4.3 toelicht.

⁴⁷ In de literatuur wordt soms wel verwezen naar het bestuursorgaan ter toepassing van deze mogelijkheden, zie Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 47; in de praktijk ligt die uitvoering echter bij de rechter, zie Bakker 2018, p. 372.

⁴⁸ Ook Bakker acht deze visie verdedigbaar, zie Bakker 2018, p. 367.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 67.

⁵⁰ Scheltema 2020 p. 8; in reactie hierop: S.E. Zijlstra, *Voorwaardelijke opzet van de wetgever: enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema*, *Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Wetgeving* 2020.

digheden in even bedoeld uitzonderingskader passende afweging van wederzijdse belangen'.⁵¹ Het voorgaande sluit aan bij de visie van Scheltema, die in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor wetgeving bepleit dat art. 3:4 lid 2 Awb altijd van toepassing zou moeten worden geacht.⁵² Hiermee is er altijd een mogelijkheid om af te wijken van regelgeving wanneer het strikt toepassen hiervan leidt tot onevenredige uitkomsten. Eerder pleitte Scheltema voor een nieuw art. 3:4a Awb waarmee een bestuursorgaan kan afwijken van een wettelijk voorschrift wanneer toepassing leidt tot onevenredige gevolgen in verhouding tot het doel van de regeling.⁵³ Inmiddels bepleit hij dat het huidige evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb hierin al voorziet en zowel van toepassing is bij formele als bij lagere wetgeving, en uitdrukkelijk ook bij een gebonden bevoegdheid. Het opnemen van een hardheidsclausule is hierdoor niet meer nodig omdat bij onevenredige gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op grond van het evenredigheidsbeginsel.

Er is veel kritiek geuit op dit voorstel. Van Ettekov en vraagt zich af of het wenselijk is dat de bewuste keuze van de formele wetgever hiermee gemakkelijk in twijfel kan worden getrokken door de rechter.⁵⁴ Zijlstra meent onder andere dat Scheltema's voorstel niet nodig is, deels omdat de *contra legem*-jurisprudentie al uitkomst biedt bij niet door de wetgever voorziene omstandigheden.⁵⁵ Veel kritiek op het voorstel verwijst naar de al bestaande toetsings-

en afwijkingsmogelijkheden van de rechter. Zoals vermeld is hiervoor een (vaak langdurige) beroepsprocedure nodig. In de huidige praktijk is immers de opvatting dat het bestuursorgaan deze mogelijkheden – bij gebonden bevoegdheden – niet heeft.⁵⁶ Aantrekkelijk aan het voorstel van Scheltema is juist dat art. 3:4 lid 2 Awb direct door het bestuursorgaan kan worden toegepast om onevenredige besluiten op voorhand te voorkomen. Hoewel uiteraard niet te lichtzinnig over de constitutionele bezwaren moet worden gedacht, zou een mogelijkheid voor het bestuursorgaan om ook bij gebonden bevoegdheden uitzonderingen te kunnen maken in bijzondere gevallen naar mijn mening een verbetering zijn.

4. Maatwerk in het licht van de NOW

Na deze uitgebreide bespreking van maatwerkmogelijkheden richt ik mij weer op de NOW. Dat uitzonderingen niet mogelijk zijn omdat de NOW geen hardheidsclausule bevat, zoals de bestuursrechter in de NOW-jurisprudentie vaak oordeelt, is gezien de hiervoor besproken maatwerkmogelijkheden niet geheel juist. *Contra legem*-werking van of exceptieve toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan uitkomst bieden. Hier is in de NOW-jurisprudentie nog niet bijzonder veel toepassing aan gegeven.⁵⁷ De beperkte uitspraken waarin de bestuursrechter een exceptieve

51 CRvB 28 september 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AA7653, AB 2001/49, m.nt. Bröring.

52 Scheltema 2020.

53 M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018, afl. 3.

54 B.J. van Ettekov, 'Tussen wet en recht'. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *NJB* 2021/101.

55 Zijlstra, 2020.

56 Zie de hiervoor besproken overweging van de Awb-wetgever en Bakker 2018, p. 366 e.v.

57 De exceptieve toets is in een NOW-geschil voor het eerst toegepast in Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813, *JAR* 2020/265, m.nt. A.M. Helstone & T.O. Boot en de hierop volgende hoger beroep uitspraak CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87, AB 2021/110 m.nt. J.R. van Angeren & S. Putting. Ook in de uitspraak Rb. Den Haag 5 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7216 wordt een uitgebreid gemotiveerde exceptieve toets toegepast. De uitspraken Rb. Gelderland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1286, Rb. Amsterdam 17 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:711 en Rb. Noord-Ne-

toetst heeft uitgevoerd hebben niet geleid tot buiten toepassing laten van een bepaling in de NOW. In par. 4.3 bespreek ik de eerste CRvB-uitspraak over de NOW waarin de CRvB uitgebreid ingaat op de vraag of een bepaling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

In het licht van de hiervoor besproken maatschappelijke behoefte aan maatwerk is het de vraag of de minister beslissingsruimte of een hardheidsclausule in de NOW had moeten opnemen en of dit, met het oog op de NOW-jurisprudentie, daadwerkelijk uitkomst had kunnen bieden. Volgens de minister zou het bieden van maatwerk risico's met de uitvoering van de NOW met zich meebrengen.⁵⁸ Deze overweging is naar mijn mening te begrijpen ten opzichte van het ontbreken van discretionaire bevoegdheid in de NOW. Ten eerste bieden gebonden bevoegdheden meer en directere rechtszekerheid. Aan de hand van de voorwaarden voor subsidieverlening in de NOW weten werkgevers direct of zij in aanmerking komen, zonder dat dit afhangt van een beoordeling van het UWV.⁵⁹ Ten tweede zou het, gezien het grote aantal subsidieaanvragen, inderdaad onuitvoerbaar worden voor het UWV om bij elk besluit een beoordeling van de feiten of een belangenafweging te moeten maken. De besluitvorming zou hierdoor lang duren terwijl het voor werkgevers juist van belang is de verleningsbesluiten en voorschotten snel te ontvangen. Bovendien acht de minister een eigen beoordeling van het UWV niet nodig omdat het zelf bij totstandkoming van de NOW al heeft overwogen wie in aanmerking komt en op basis waarvan de subsidiehoogte wordt berekend. In veel gevallen heeft dit tot gewenste uitkomsten geleid.⁶⁰ Voor de gevallen waarin dit tot onevenredige uitkomsten leidt, is

het de vraag of een hardheidsclausule uitkomst had moeten en kunnen bieden. Om die vraag concreet te kunnen beantwoorden bespreek ik in de volgende paragraaf enkele geschilpunten over de NOW waar bezwaar- en beroepsprocedures over zijn gevoerd, waarbij ik specifiek kijk naar de vraag of een hardheidsclausule uitkomst had kunnen bieden. Ik besteed daarbij ook aandacht aan de geschilpunten die hebben geleid tot wijziging van de NOW of die naar mijn mening hadden moeten leiden tot een wijziging.

4.1 *Discussiepunten in de NOW-jurisprudentie*

In deze paragraaf komt een drietal discussiepunten aan bod waarover veel jurisprudentie is verschenen en waarover de minister in Kamerbrieven een en ander heeft toegelicht. Dit betreft geschillen en discussies die zich met name afspelen in het kader van de verleningsbeschikking. Omdat de verleningsbeschikkingen als eerste verschenen, is hier – logischerwijs – tot op heden de meeste jurisprudentie over verschenen en veel aandacht voor geweest in Kamerbrieven.⁶¹ De onderwerpen die ik bespreek zijn 1. geschillen over de peildatum-bepaling, 2. geschillen over de (on)mogelijkheid om de omzetzalingsperiode te wijzigen en 3. geschillen over de bepaling van de loonsom.

4.1.1 *Peildatum voor de loonaangifte*

In veel uitspraken over de NOW is de peildatum-bepaling onderwerp van geschil.⁶² De peil-

61 Enkele eerste uitspraken met betrekking tot vaststellingsbeschikkingen onder de NOW-1 zijn inmiddels wel verschenen.

62 Rb. Zeeland-West-Brabant 28 juli 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:3479; Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911; Rb. Den Haag 19 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13872; Rb. Den Haag 19 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13873; Rb. Den Haag 8 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12419; Rb. Noord-Holland 23 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11454; CRvB 28 januari 2021,

derland 6 juli 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2791 bevatten een zeer summier gemotiveerde exceptieve toets.

58 *Kamerstukken II* 2020-2021, 35 420, nr. 199, p. 2.

59 Hoewel er over de toepassing en uitleg van bepaalde bepalingen discussie mogelijk is.

60 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 420, 278, p.16.

datum is het moment waarop de loonaangifte moet zijn gedaan om de loonsom mee te kunnen nemen in de berekening van het subsidiebedrag. Onder de NOW-1 bijvoorbeeld, moet de loonaangifte van de referentiemaand januari zijn ingediend voor 15 maart 2020, om de hoogte van het subsidiebedrag bij verlening te kunnen bepalen.⁶³ In de toelichting bij de NOW-1 staat expliciet dat een loonaangifte na die peildatum, of correcties op de loonaangifte na die datum (die leiden tot een hogere loonsom), niet meer worden meegenomen.⁶⁴

In de uitspraken waarin de peildatum het onderwerp van geschil is wijst de bestuursrechter vrijwel altijd op het ontbreken van een hardheidsclausule.⁶⁵ Het is echter de vraag of deze procedures tot andere uitkomsten hadden geleid wanneer wel een hardheidsclausule in de NOW was opgenomen. Een strenge benadering ten aanzien van termijnen en momenten waarop aanvragen moeten zijn ingediend is in het subsidierecht niet uitzonderlijk.⁶⁶ Ik kan mij voorstellen dat het UWV gevallen waarin de loonaangifte na de peildatum is ingediend (of gecorrigeerd) niet snel als onevenredig beschouwt. Er is daarentegen ook jurisprudentie waarin de bestuursrechter een termijnbepaling in een subsidieregeling buiten toepassing laat wegens strijd met art. 3:4 lid 2 Awb.⁶⁷ In die zaak oordeelt het CBb dat er evident geen sprake is van de situatie waarvoor de termijnbepaling is opgesteld. Het onverkort toepassen van die bepaling leidt daarom tot nadelige gevolgen die niet in verhouding staan tot het met het be-

sluit te dienen doel. Of deze redenering ook opgaat bij de peildatum bepaling in de NOW is te betwijfelen. Uit de toelichting bij het artikel over de peildatum blijkt dat deze datum zeer bewust is gekozen.⁶⁸ Werkgevers kunnen een loonaangifte achteraf corrigeren, waardoor zij de loonsom in de referentiemaand eventueel kunnen aanpassen. Om fraude en misbruik te voorkomen heeft de minister een peildatum vastgesteld. Die peildatum ligt vóór aankondiging van de NOW-1, zodat werkgevers nog niet de kans hadden de loonsom 'kunstmatig' te verhogen. Ook onder de NOW-2 is een peildatum gekozen die vóór de aankondiging van die regeling ligt: 15 mei 2020.⁶⁹ Uiterlijk die dag moeten werkgevers de loonaangifte van de referentiemaand maart 2020 hebben ingediend. De CRvB heeft de strenge lijn ten aanzien van de peildatumbepaling in de eerste NOW-uitspraak in hoger beroep bevestigd.⁷⁰ In deze uitspraak lag de vraag voor of de peildatumbepaling in de NOW-2 in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en buiten toepassing zou moeten worden gelaten. De CRvB oordeelt van niet, onder de verwijzing dat de keuze voor die datum voldoende is onderbouwd door de minister. Ik begrijp dat de CRvB terughoudend is met het buiten toepassing laten van de peildatumbepaling. Naast de inhoudelijke motivering voor de specifieke peildata, die misbruik en oneigenlijk gebruik moeten voorkomen, is het niet onlogisch dat de minister een eindmoment moet kiezen waarna (correcties op) de loonkosten niet meer kunnen worden meegenomen. Bovendien was in deze zaak aanvankelijk een nul-aangifte gedaan door de belastingadviseur van de werkgever, die na de peildatum is gecorrigeerd. Hoewel het mogelijk is dat hier geen sprake is van fraude of misbruik, is het juist het doel van de peildatum

ECLI:NL:CRVB:2021:87 en Rb. Rotterdam 3 juni 2021,

ECLI:NL:RBROT:2021:4821.

63 Art. 10 lid 5 NOW-1.

64 *Stcrt.* 2020, 19874.

65 Zie de opgenomen uitspraken in voetnoot 59, met uitzondering van CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87.

66 CBb 5 november 2019, ECLI:NLCBB:2019:560, AB 2020/46 m.nt. R. Ortlep.

67 CBb 6 november 1996, ECLI:NL:CBB:1996:ZG0374, AB 1997/161, m.nt. J.H. van der Veen.

68 Art. 10 lid 5 NOW-1; zie de toelichting in *Stcrt.* 2020, 19874.

69 Art. 8 lid 7 NOW-2.

70 CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87, AB 2021/110, m.nt. J.R. van Angeren & S. Putting.

om latere correcties te voorkomen. De overwegingen van het CBb in de hiervoor besproken uitspraak gaan hier dus niet op.

Uit de jurisprudentie volgt dat er ook situaties zijn waarin wel van de peildatum kan worden afgeweken. Voor bepaalde gevallen hanteert het UWV namelijk een buitenwettelijk begunstigend beleid. Dit beleid houdt in dat van de peildatum kan worden afgeweken als er op uiterlijk 15 maart 2020 bij de Belastingdienst uitstel is gevraagd voor het doen van loonaangifte, de Belastingdienst hiermee akkoord is gegaan en het niet kunnen doen van aangifte het gevolg is geweest van een calamiteit.⁷¹ Een voorbeeld van zo'n calamiteit volgt uit de uitspraak van 8 april 2021 van de Rechtbank Den Haag. Deze uitspraak ziet op de NOW-2, waarin is opgenomen dat de loonaangifte van de referentiemaand maart 2020 uiterlijk op 15 mei 2020 moet zijn ingediend. Uit de uitspraak volgt dat de Belastingdienst de werkgever in de gelegenheid heeft gesteld om de loonaangifte uiterlijk 2 juni 2020 in te dienen. De werkgever kon aanvankelijk geen loonaangifte doen door een fout van de KvK. De werkgever heeft zijn onderneming, eerst een vennootschap onder firma, bij de Kamer van Koophandel (KvK) laten omzetten naar een eenmanszaak. Door de KvK werd de onderneming echter onterecht geregistreerd als ontbonden en beëindigd. Hoewel in de uitspraak het buitenwettelijk beleid niet expliciet wordt genoemd, is op te maken dat de Belastingdienst uitstel verleent vanwege de fout van de KvK.

Naast het buitenwettelijk begunstigend beleid is door de minister vastgesteld dat uitzonderingen op de NOW eventueel ook mogelijk zijn wanneer sprake is van 'puur administratieve belemmeringen'.⁷² Deze administratieve

belemmeringen doen zich volgens de minister voor bij een overname of een rechtsvormwissel waarbij de bedrijfsvoering volledig hetzelfde blijft of wanneer het loonheffingsnummer om andere redenen wordt gewijzigd. Wanneer bijvoorbeeld door een overgang van de onderneming het loonheffingsnummer wijzigt, kan het zijn dat voor de referentieloosom naar een ander loonheffingsnummer moet worden gekeken dan de onderneming op het moment van het indienen van de verleningsaanvraag hanteert.⁷³ De NOW houdt hier geen rekening mee, maar in bezwaar kunnen deze factoren worden meegewogen door het UWV. Puur administratieve belemmeringen zien dus enkel op oorzaken die niet bij de werkgever zelf liggen. Wanneer de accountant een fout maakt, zoals het onterecht indienen van een nul-aangifte waardoor er op de peildatumbepaling geen loonsomgegevens zijn ingediend, betreft dit dus geen administratieve belemmering.⁷⁴

Uit het voorgaande volgt dat er enkele uitzonderingen worden gemaakt ten aanzien van de peildatumbepaling zonder dat dit in de NOW is vastgelegd. Hoewel betoogd kan worden dat een hardheidsclausule dus onnodig is omdat buitenwettelijke uitzonderingen al worden gemaakt, meen ik dat dat de rechtszekerheid naar werkgevers niet ten goede komt. Werkgevers die niet op de hoogte zijn van deze uitzonderingsmogelijkheden worden hierdoor ongelijk behandeld ten opzichte van werkgevers die wel weten dat zij in bezwaar kunnen worden geholpen. In het geval Scheltema's toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb breed geaccepteerd zou zijn, zou dit geen probleem zijn geweest. In dat geval zou bekend zijn dat een beroep op het evenredigheidsbeginsel eventueel uitkomst kan bieden. Nu dat echter (nog) niet de praktijk is, had de minister er beter aan gedaan een hardheidsclausule op te nemen in de NOW

71 Rb. Den Haag 19 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:13873.

72 *Aanhangselen Handelingen II* 2019-20, nr. 4111; naar deze Antwoorden op Kamervragen wordt verwezen in bijvoorbeeld Rb. Den Haag 8 december ECLI:NL:RBDHA:2020:12419.

73 Rb. Midden-Nederland 28 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:358.

74 Rb. Den Haag 8 december ECLI:NL:RBDHA:2020:12419, r.o. 6.5.

waarmee de genoemde uitzonderingen een wettelijke grondslag hadden gehad. De genoemde gevallen hadden immers goed onder de werking van een dergelijke clausule kunnen vallen, omdat de omstandigheden – calamiteiten waardoor geen aangifte kan worden gedaan en een overname of rechtsvormwissel – als bijzonder kunnen worden beschouwd en toepassing van de peildatumbepaling in die omstandigheden leidt tot onevenredige uitkomsten die de minister niet heeft beoogd.

4.1.2 Wijziging van de omzetzalingsperiode

De omzetzalingsperiode is een aaneengesloten periode van drie maanden (en vier maanden onder de NOW-2) die de werkgevers bij de aanvraag om verlening van de subsidie kiest. Over deze periode geeft de werkgever het verwachte omzetzalingspercentage op. Op basis van het daadwerkelijke omzetverlies in deze periode berekent het UWV of de werkgever de omzetzalingsdrempel haalt en zo ja, hoe hoog het subsidiebedrag is. In de NOW-regelingen is opgenomen tussen welke maanden deze periode moet liggen. Onder de NOW-1 kon de werkgever bijvoorbeeld kiezen voor een periode van drie maanden tussen 1 maart tot en met 31 juli 2020. Van belang is dat de omzetzalingsperiodes op elkaar moeten aansluiten indien de werkgever onder meerdere tranches NOW aanvraagt.⁷⁵ De keuze voor de omzetzalingsperiode is aldus van groot belang. Het verbaast niet dat werkgevers de keuze voor omzetzalingsperiode proberen te wijzigen wanneer blijkt dat die keuze tot minder voordelige uitkomsten leidt. De NOW maakt dit echter niet mogelijk: de keuze voor de omzetzalingsperiode moet bij de aanvraag om verlening worden gemaakt. De jurisprudentie bevestigt dat wijzigingen achteraf niet mogelijk zijn.⁷⁶ Dit is niet anders wanneer er sprake is van een fout en de werkgever abusievelijk een verkeerde omzetzalingsperiode

de heeft ingevuld.⁷⁷ Ook in deze uitspraken verwijst de bestuursrechter steeds naar het ontbreken van een hardheidsclausule. In veel van deze procedures was de uitkomst waarschijnlijk niet anders geweest als er wel een hardheidsclausule in de NOW was opgenomen. Een verkeerd ingevuld aanvraagformulier, of een achteraf gebleken verkeerde inschatting, is niet per se een uitzonderlijk schrijnend geval waar een hardheidsclausule voor bedoeld is. Er is evenwel jurisprudentie waarin de bestuursrechter oordeelt dat een fout in een aanvraag niet had mogen leiden tot afwijzing van de subsidieaanvraag.⁷⁸ In die zaak oordeelt het CBB dat de afwijzing van de aanvraag in strijd is met art. 3:4 lid 2 Awb, omdat de afwijzing niet in verhouding staat met de gemaakte fout. De fout betrof het ontbreken van een toestemmingsverklaring bij de aanvraag, terwijl vaststond dat die vereiste toestemming wel was gegeven ten tijde van indiening van de aanvraag. Dit is een andere omstandigheid dan een fout bij het invullen van de omzetzalingsperiode, waarbij die periode een *keuze* is van de werkgever. Wanneer deze keuze verkeerd is ingevuld, is de (on)mogelijkheid om dit te kunnen wijzigen niet per se onevenredig en zou dit naar mijn mening ook niet (in alle gevallen) met een beroep op een hardheidsclausule kunnen worden gewijzigd. Interessant is daarom de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant waarin de bestuursrechter uitdrukkelijk niet verwijst naar het ontbreken van een hardheidsclausule.⁷⁹ De bestuursrechter overweegt dat een aanvraag in bepaalde gevallen kan worden gewijzigd, maar dat dit ziet op wijzigingen van ondergeschikte aard. Het wijzigen van de omzetzalingsperiode is niet van ondergeschikte aard, maar een

⁷⁵ Art. 4 lid 2 NOW-2, art. 4 lid 3 NOW-3.

⁷⁶ Rb. Gelderland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1286.

⁷⁷ Rb. Den Haag 3 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12268; Rb. Zeeland-West-Brabant, 18 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1292 en Rb. Rotterdam 3 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4820.

⁷⁸ CBB 22 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:33.

⁷⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant, 18 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1292.

wezenlijke wijziging van de aanvraag; het UWV moet het subsidiebedrag immers opnieuw berekenen. De wijziging moet daarom worden gezien als nieuwe aanvraag, wat niet is toegestaan onder de NOW. Het UWV heeft terecht geoordeeld dat de werkgever de omzetzalingsperiode niet kan wijzigen, aldus de bestuursrechter. Met een hardheidsclausule was dit oordeel waarschijnlijk niet anders geweest.

Wel anders is de situatie waarin de onderliggende regeling wijzigt, waardoor de werkgever, ware hij bekend met die wijziging vóór zijn aanvraag, een andere omzetzalingsperiode had gekozen. Deze situatie had zich voor kunnen doen toen de minister de aanvraagperiode voor de derde tranche van de NOW-3 verlengde van 13 december naar 27 december 2020.⁸⁰ Reden hiervoor waren de strenge coronamaatregelen die per 15 december 2020 ingingen, als gevolg waarvan niet-essentiële winkels hun deuren moesten sluiten. Winkeliers die al een aanvraag hadden ingediend (wat mogelijk was vanaf 16 november 2020) en hadden gekozen voor een omzetzalingsperiode beginnend op 1 oktober of 1 november, zouden door de nieuwe overheidsmaatregelen waarschijnlijk hebben gekozen voor een omzetzalingsperiode beginnend op 1 december 2020. Omdat de omzetzalingsperiodes onder de verschillende tranches moeten aansluiten zou dit uiteraard alleen mogelijk zijn geweest als dit de eerste tranche was waarvoor zij een aanvraag indienden. Mogelijk is dit dus een puur hypothetische situatie omdat veel werkgevers al vanaf de eerste tranche gebruik maken van de NOW. Hoewel er inmiddels al meerdere uitspraken over de derde tranche zijn gepubliceerd, zijn mij geen uitspraken bekend waarin zich dit probleem voordeed.⁸¹ Wel toont de situatie dat het goed denkbaar is dat er omstandigheden zijn waarbij het weigeren van uitzonderingen op de NOW leidt tot schrijnende gevallen, die in dit geval

zijn ontstaan door handelen van de overheid (het aanscherpen van de coronamaatregelen).⁸² Daartegenover staat dat er ook gevallen bekend zijn waarbij de minister een wijziging van de omzetzalingsperiode wél heeft toegestaan. Werkgevers die onderdeel zijn van een groep moeten hun aanvraag baseren op hetzelfde omzetzalingspercentage en dezelfde omzetzalingsperiode.⁸³ Bij de aanvragen onder de NOW-1 bleek dat veel werkgevers zich er niet van bewust waren dat zij tot een groep behoorden, waardoor zij een individuele aanvraag hadden ingediend zonder aan te sluiten bij de groep. De minister heeft hiervoor een herstel-mogelijkheid gecreëerd.⁸⁴ Werkgevers bij wie die aanvraag niet aansloot bij de groep, hebben een brief van het UWV ontvangen. Hierin bood het UWV aan de werkgever de mogelijkheid om de omzetzalingsperiode aan te passen naar de omzetzalingsperiode die was opgegeven door de groep. De werkgevers kregen aldus de mogelijkheid om de omzetzalingsperiode te wijzigen, ruim nadat de aanvraag om verlening van de subsidie was behandeld. De aanpassingsmogelijkheid heeft overigens alleen betrekking op de subsidievaststelling; de verleningsbeschikking is niet gewijzigd naar aanleiding van de aanpassing.

Voor deze buitenwettelijke mogelijkheid om de aanvraag aan te passen – die op zichzelf is toe te juichen – had een hardheidsclausule in de NOW niet misstaan. Een nuancering hierop is wel dat in dit geval de rechtszekerheid of het gelijkheidsbeginsel niet in het geding was; de werkgevers om wie het ging hebben allemaal een brief gekregen waarin zij de mogelijkheid kregen de omzetzalingsperiode aan te passen. De vraag is bovendien of een hardheidsclausule die zich enkel richt op *bijzondere gevallen* hier had kunnen worden toegepast, aangezien het

⁸⁰ *Stcr.* 2020, 67954.

⁸¹ Het kan uiteraard zijn dat het UWV dit probleem in de bezwaarfase heeft opgelost.

⁸² Zie ook de A.M. Helstone & T.O. Boot, annotatie bij Rb. Den Haag 3 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12268, *JAR* 2021/30.

⁸³ Art. 8 lid 5 NOW-1, art. 10 lid 6 NOW-2.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 420, nr. 108.

lijkt alsof een behoorlijk aantal bedrijven zich aanvankelijk niet bewust was van de groep waarbij zij hoorden. Het was daarom fraaier geweest als de minister de tekst van de NOW had aangepast en een mogelijkheid had opgenomen tot afwijken van de omzetzakingsperiode bij vergissingen ten aanzien van de groepsbepaling.

4.1.3 Loonsombepaling

Bij de subsidieverlening wordt de hoogte van het subsidiebedrag gebaseerd op de loonsom uit de referentiemaand, de referentieloosom. Bij de vaststelling van de subsidie wordt de daadwerkelijke loonsom gedurende de subsidieperiode vergeleken met de referentieloosom. Is de loonsom lager dan in de referentiemaand, dan vermindert het subsidiebedrag bij de subsidievaststelling. Dit is alleen anders voor de NOW-1, waar ik hierna op in zal gaan. Uit de jurisprudentie volgt dat een deel van de bezwaren ziet op de vraag óf bepaalde uitbetalingen wel kwalificeren als loon in de zin van de NOW.⁸⁵ In de betrokken procedures ging het onder andere om de vraag of het belastingvrij deel van het loon van een buitenlandse werkneemster moest worden aangemerkt als SV-loon en of bepaalde uitbetalingen aan een medewerkster, die ook 100% aandeelhouder was van de werkgever, als loon kwalificeerden.⁸⁶ Een andere vraag in geschil was of de ziektewetuitkering aan een oud-werknemer onder loon in de zin van de NOW viel.⁸⁷ In al deze geschillen was dit niet het geval en was er geen sprake van SV-loon uit tegenwoordige dienstbetrekking. Deze geschillen betreffen

85 Het loon bedoeld in art. 16 van de Wet financiering sociale verzekeringen, voor zover het betreft loon uit tegenwoordige dienstbetrekking.

86 Rb. Limburg 16 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9970; Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:552.

87 Rb. Noord-Holland 23 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11433, ECLI:NL:RBNHO:2020:11434.

met name de materiële vraag wat onder het loonbegrip van de NOW valt.

Een interessanter discussiepunt is de vraag of bepaalde componenten, die onder het loonbegrip van de NOW vallen, uit de referentieloosom zouden moeten worden gefilterd omdat de referentieloosom hiermee te hoog en dus niet representatief is. Over dit discussiepunt is – voor zover mij bekend – nog geen jurisprudentie verschenen. Dat ligt mogelijk aan het feit dat het nadeel van een te hoge referentieloosom met name bij de subsidievaststelling tot uiting komt. Op dat moment vergelijkt het UWV de loonsom over de subsidieperiode met de referentieloosom, waarbij de subsidie lager wordt vastgesteld dan verlening wanneer sprake is van een hogere referentieloosom ten opzichte van de daadwerkelijke loonsom. Er kunnen zich echter ook situaties voordoen waarbij de referentieloosom juist laag is en de werkgever hierdoor een lager voorschot ontvangt dan representatief is ten aanzien van de daadwerkelijke loonkosten tijdens de subsidieperiode. Onder de NOW-1 is de referentieloosom de loonsom in januari 2020. Zijn er geen loongegevens voor die maand, dan geldt november 2019 als referentiemaand. Via een motie van Kamerleden kwam de kritiek naar voren dat de NOW-1 geen rekening houdt met werkgevers die een lage loonsom in januari hebben, zoals seizoensbedrijven.⁸⁸ In de media verschenen daarnaast berichten dat werkgevers die een incidentele uitkering doen in januari, zoals een dertiende maand, hierdoor een hoge referentieloosom hebben en mogelijk alle steun moeten terugbetalen.⁸⁹ De NOW hield immers geen rekening met deze factoren. Naar aanleiding van deze kritiekpunten is de NOW op twee onderdelen aangepast.⁹⁰

88 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 420, nr. 38.

89 'Deel werkgevers dreigt coronasteun te moeten terugbetalen', *FD* 13 mei 2020.

90 *Stcrt.* 2020, 29256.

Alternatieve referentieloosom bij subsidievaststelling NOW-1

Ten eerste is in de NOW-1 opgenomen dat de loosom van de maanden maart tot en met mei 2020 kan worden gehanteerd als referentieloosom wanneer die loosom (driemaal) hoger is dan de loosom in januari 2020.⁹¹ Van belang is dat deze alternatieve referentieloosom alleen van toepassing is bij de subsidievaststelling. De wijziging is opgenomen in het artikel over de hoogte van het subsidiebedrag bij vaststelling. De bepaling over de hoogte van het subsidiebedrag bij verlening wijzigt niet en hanteert nog steeds de maand januari 2020, of eventueel november 2019, als referentiemaand. Dit betekent dat werkgevers met een lage referentieloosom in januari, ondanks de wijziging, nog steeds een laag voorschot ontvangen (of zelfs een voorschot op nul als de loosom in januari nul euro bedroeg). Het voorschot is immers gebaseerd op de subsidieverlening.⁹² Het is positief dat de wijziging leidt tot een representatiever subsidiebedrag voor seizoensbedrijven of andere werkgevers met een lage loosom in januari, zoals startende ondernemingen. Het feit dat zij dit echter pas bij de vaststelling ontvangen, en niet bij het voorschot, roept de vraag op of deze wijziging volledig recht doet aan het doel van de NOW. De NOW is juist bedoeld om werkgevers snel financiële steun te verlenen zodat zij werknemers in dienst kunnen houden. Als werkgevers moeten wachten op de vaststellingsbeschikking, kan het – gerekend vanaf het moment van de aanvraag tussen april en juni 2020 – nog anderhalf jaar duren voor zij die steun ontvangen.⁹³ Het is daarom niet verwonderlijk dat meerdere werkgevers in bezwaar en beroep zijn gegaan tegen de subsidieverlening ter hoogte

91 Art. 7 lid 7 NOW-1.

92 Art. 11 lid 2 NOW-1; het voorschot is 80% van het bedrag van verlening.

93 De vaststellingsaanvraag voor de NOW-1 was mogelijk vanaf 20 oktober 2020; het UWV heeft 52 weken om te beslissen op de aanvraag.

van een bedrag van nul euro.⁹⁴ Dit heeft geresulteerd in de eerste NOW-uitspraak van de CRvB.⁹⁵ Een interessante uitspraak, omdat de bestuursrechter overgaat tot een exceptieve toets en beoordeelt of de voorschotbepaling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. De CRvB oordeelt dat dit niet het geval is en er geen aanleiding is om de voorschotbepaling buiten toepassing te laten. De minister heeft volgens de CRvB voldoende gemotiveerd waarom ervoor is gekozen om een alternatieve referentiemaand enkel bij de vaststelling en niet bij de verlening van de subsidie toe te passen. Deze motivering is enkel gelegen in de hoge uitvoeringslasten bij het UWV. Ik meen dat er een en ander is in te brengen tegen dit oordeel. De minister had de loosom van maart 2020 als alternatieve referentieloosom kunnen opnemen in de NOW en werkgevers de mogelijkheid kunnen bieden om op verzoek een herbeoordeling van de verleningsbeschikking te kunnen ontvangen. Het is te verwachten dat in dat geval met name werkgevers voor wie de wijziging is bedoeld (seizoensbedrijven of startende ondernemingen) gebruik zullen maken van die mogelijkheid, wat volgens de minister 'enkele honderden' werkgevers betreft. De uitvoeringslasten zullen in dat geval een stuk beperkter zijn dan wanneer ambtshalve alle verleningsbeschikkingen en voorschotten waren heroverwogen. Naar mijn mening had de bestuursrechter de motivering van de minister dan ook kritischer kunnen toetsen, vooral omdat de keuze van de minister voor bepaalde

94 CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87, AB 2021/110, m.nt. J.R. van Angeren & S. Putting; Rechtbank Midden-Nederland 28 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:358; Rb. Amsterdam 17 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:711. In de uitspraak Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2021:4821 komt de werkgever ook op tegen het voorschot op nihil, maar de kern van dit geschil betrof de vraag of de loonaangifte was gedaan voor de peildatum.

95 CRvB 28 januari 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:87, AB 2021/110, m.nt. J.R. van Angeren & S. Putting.

werkgevers evident in strijd is met het doel van de NOW: snelle financiële steun.⁹⁶

De onwil van de minister om de alternatieve referentieloosom bij subsidieverlening toe te passen is een aanwijzing dat een hardheidsclausule voor deze gevallen wellicht niet veel uitkomst had geboden. Anderzijds baseert de minister zich daarbij slechts op de hogere uitvoeringslasten bij een volledige herziening van alle primaire besluiten, een argument dat niet meer opgaat als werkgevers in bezwaar aanspraak maken op een hardheidsclausule.⁹⁷ Wat daar ook van zij, naar mijn mening had de bestuursrechter in dit geval voldoende redenen om de desbetreffende bepaling buiten toepassing te laten en had de minister de NOW hierop moeten aanpassen.

Dertiende maand kan uit de referentieloosom worden gefilterd

De minister voegt nog een andere wijziging aan de NOW-1 toe, waardoor een dertiende maand-uitkering uit de referentieloosom wordt gefilterd.⁹⁸ Uit de toegevoegde bepaling volgt dat de loosom wordt verminderd met 'een extra periode salaris' dat naast de reguliere loon- en vakantiebijslag wordt uitbetaald.⁹⁹ Dit extra loon moet volgen uit afspraken in de indi-

viduele of collectieve arbeidsovereenkomsten. Extra loon dat afhankelijk is van bedrijfsresultaten of prestaties van de werknemer valt niet onder deze uitzondering. Uit de toelichting volgt dat de minister met een extra periode salaris doelt op de dertiende maand.¹⁰⁰ De minister benadrukt dat het niet mogelijk is om andere incidentele betalingen, zoals eenmalige bonussen, uit de loosom te filteren. Daarom dit niet mogelijk is, laat de toelichting in het midden. Later bespreekt de minister in een Kamerbrief dat de uitzondering enkel voor de dertiende maand en vakantiegeld mogelijk is, aangezien deze componenten apart door de werkgever worden verantwoord.¹⁰¹ Voor zover mij bekend kunnen ook bonussen apart worden verantwoord bij de loonaangifte en is dit argument van de minister dus makkelijk te weerleggen. De minister kiest er echter voor deze componenten niet op te nemen in de wijziging, zonder uitgebreide motivering. In dit licht deed de minister later een opvallende uitspraak in antwoorden op Kamervragen over de behandeling van bezwaren tegen vaststellingsbesluiten.¹⁰² De minister verklaart dat het UWV de componenten die ertoe leiden dat de referentieloosom niet representatief is, uit de loosom kan filteren. Voor de dertiende maand kan dit al direct bij beoordeling van de vaststellingsaanvraag, omdat dit in de NOW-1 is opgenomen. Volgens de minister kan het UWV in bezwaar nu ook incidentele uitbetalingen uit de loosom filteren, zoals de uitbetaling van vakantiedagen, overuren, gratificaties en bonussen. Dit is een duidelijke koerswijziging ten opzichte van de eerdere opmerkingen van de minister. Interessant is ook de algemene toevoeging van de minister dat in bezwaar kan worden teruggekomen op primaire subsidiebesluiten die achteraf onterecht blijken, door in de *'geest van de regeling te handelen'*. Hier biedt de minister voorzichtig een bredere mogelijk-

96 Zie voor een uitgebreide toelichting op deze uitspraak de annotatie die ik samen met J.R. van Angeren schreef in de AB 2021/110.

97 In de hier besproken uitspraak ging het om de vraag of het evenredig is dat de alternatieve referentiemaand (die was ingevoerd om bepaalde bedrijven tegemoet te komen) enkel bij subsidievaststelling en niet bij subsidieverlening wordt toegepast. Inmiddels zijn er ook uitspraken over de referentiemaand in de NOW-3, waarin werkgevers betogen dat de referentiemaand maart 2020 niet representatief is. De bestuursrechter oordeelt onder verwijzing naar de motivering van de minister dat de referentiemaand in de NOW-3 niet onevenredig is en er geen aanleiding is deze buiten toepassing te laten, zie Rb. Den Haag 5 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7216.

98 *Stcr.* 2020, 29256.

99 Zie art. 7 lid 1 onder d NOW-1.

100 *Stcr.* 2020, 29256.

101 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 420, nr. 199.

102 *Aanhangselen Handeling II* 2020/21, nr. 2950.

heid voor maatwerk door het UWV. De opmerking van de minister dat het UWV in bezwaar niet alleen de letter maar ook het doel van de regeling meeweegt, is overigens niet nieuw. In eerdere antwoorden op Kamervragen merkt de minister hetzelfde op, maar lijkt die mogelijkheid enkel te zijn bedoeld voor puur administratieve belemmeringen.¹⁰³

Om de incidentele componenten uit de referentieloosom te laten filteren, moet de werkgever eerst in bezwaar. Een en ander is namelijk niet in de NOW aangepast en zal niet automatisch door het UWV worden meegenomen bij vaststelling van de subsidie. Hoewel het positief is dat de minister mogelijkheden biedt voor het aanpassen van een niet-representatieve loonsom, is deze gang van zaken weinig transparant. Werkgevers moeten in bezwaar om gebruik te kunnen maken van deze uitzondering, zonder dat zij weten dat deze uitzondering bestaat. In de toelichting bij de NOW-1 staat zelfs uitdrukkelijk dat dit niet mogelijk is. Werkgevers die hun bezwaarkansen laag inschatten en niet opkomen tegen een lagere vaststelling vallen hierdoor buiten de boot, terwijl zij mogelijk een (hoger) subsidiebedrag hadden ontvangen wanneer zij in bezwaar waren gegaan. Het gevolg hiervan is dat deze werkgevers ongelijk behandeld worden ten opzichte van werkgevers die wel in bezwaar gaan. Ten aanzien van dit geschilpunt meen ik dat een hardheidsclausule uitkomst had kunnen bieden en de rechtszekerheid ten goede was gekomen.

5. Ten slotte

Uit de hiervoor besproken discussiepunten en geschillen over de NOW volgt dat de minister in bepaalde gevallen uitzonderingen op de NOW mogelijk maakt. Uit recente ontwikkelingen volgt bovendien dat het UWV steeds meer mogelijkheden heeft om in bezwaar maatwerk te bieden in lijn met het doel en de geest van de regeling. Gelet op deze mogelijkheden zou men kunnen oordelen dat de vraag

naar een hardheidsclausule in de NOW overbodig is, omdat de minister ook zonder die bepaling uitzonderingen maakt voor specifieke gevallen. De hiervoor besproken ontwikkelingen laten echter ook zien dat die uitzonderingen op dit moment niet transparant zijn en mogelijk strijd opleveren met de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel. De boodschap naar buiten toe is immers nog steeds dat geen maatwerk kan worden geboden, terwijl er meer mogelijk is dan in de tekst van de NOW is opgenomen.

In het licht van deze ontwikkelingen lag het op de weg van de minister om in de NOW een hardheidsclausule op te nemen. Werkgevers zouden er dan beter van op de hoogte zijn dat het UWV bij (bepaalde) onevenredige gevallen de bevoegdheid heeft om van de NOW af te wijken. De hardheidsclausule had zodanig kunnen worden geformuleerd dat afwijken van de NOW mogelijk is in bijzondere gevallen waarbij het toepassen van een bepaling leidt tot onevenredige uitkomsten, die niet expliciet door de minister zijn voorzien, doordat zij in strijd zijn met het doel en de ratio van de regeling. Een hardheidsclausule hoeft bovendien niet direct te leiden tot hogere uitvoeringslasten, zoals de minister beweert.¹⁰⁴ Wanneer sprake is van een discretionaire bevoegdheid zal het UWV een afweging of beoordeling moeten maken, waardoor de uitvoeringslasten in het stadium van de primaire besluitvorming inderdaad hoger zijn. In het geval van een gebonden bevoegdheid kan de primaire besluitvorming geautomatiseerd plaatsvinden, zoals bij de NOW. Een hardheidsclausule verzet zich naar mijn mening niet tegen deze werkwijze. In beginsel zal het systeem van automatische besluitvorming leiden tot evenredige besluiten. Een hardheidsclausule maakt mogelijk dat onevenredige uitkomsten kunnen worden rechtgezet. Dit leidt uiteindelijk niet tot meer werk voor het UWV, in bezwaar vindt immers

¹⁰³ *Aanhangselen Handelingen II 2019/20*, nr. 4111.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 6 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2791.

al een volledige heroverweging van het primaire subsidiebesluit plaats. Bij het betoog voor een hardheidsclausule geldt de kanttekening dat dit niet voor alle besproken geschilpunten een oplossing had kunnen bieden. Een hardheidsclausule betekent nu eenmaal niet dat elke uitzondering mogelijk is.¹⁰⁵

Ten slotte volgt uit dit artikel dat de minister de NOW op een aantal onderdelen heeft aangepast nadat bleek dat werkgevers in strijd met het doel van de NOW werden benadeeld door bepalingen in de regeling. Het aanpassen van een wettelijke regeling bij onrechtmatige uitkomsten verdient naar mijn mening de voorkeur boven het hanteren van een hardheidsclausule. Ik besprak echter ook gevallen waarin de NOW aangepast had kunnen worden, of naar mijn mening zelfs had moeten worden, terwijl dit niet is gedaan. Deze voorbeelden laten zien dat de bestuursrechter de NOW kritischer zou mogen toetsen op rechtmatigheid en op eventuele uitzonderingsmogelijkheden, juist omdat uit de praktijk volgt dat de minister meer mogelijk maakt dan aanvankelijk gedacht.

Over de auteur

Mr. S. (Sandra) Putting

Advocaat bij Stibbe bij de praktijkgroep bestuursrecht en onder andere gespecialiseerd in het subsidierecht. Als onderdeel van het Stibbe NOW-team is Sandra betrokken bij verschillende NOW-zaken.

¹⁰⁵ Zie ook ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3500.

Online cursusreeks Omgevingswet



november & december 2021



Online cursus
**Energietransitie en
Omgevingswet**

8 november 2021
13.00 - 16.30 uur
3 NOvA

Online cursus
**Omgevingsplan
en bruidsschat**

15 november 2021
13.00 - 16.30 uur
3 NOvA

Online cursus
**Toezicht en
handhaving met de
Omgevingswet**

22 november 2021
13.00 - 15.15 uur
2 NOvA

Online cursus
**Toepasbare regels
en Omgevingswet**

29 november 2021
13.00 - 16.30 uur
3 NOvA

Online cursus
**Natuur en de
Omgevingswet**

6 december 2021
13.00 - 16.30 uur
3 NOvA

Online cursus
**Belangrijkste
milieuthema's en
Omgevingswet**

13 december 2021
13.00 - 16.30 uur
3 NOvA

Nieuwsgierig naar de cursussen?

Scan de QR-code

Sdu