

51

Voorschotregeling NOW niet in strijd met evenredigheidsbeginsel

Centrale Raad van Beroep
28 januari 2021, nr. 20/3476 NOW en 20/3499
NOW, ECLI:NL:CRVB:2021:87
(mr. Rottier, mr. Schoneveld, mr. Wijna)
Noot mr. drs. A.M. Helstone

**Subsidieaanvraag NOW-1 en NOW-2.
Startende ondernemer. Nulaangifte. Geen
voorschot. Algemene beginselen van
behoorlijk bestuur. Exceptieve toetsing.**

[NOW-1 art. 11 lid 2]

De werkgever opent op 1 februari 2020 een restaurant. Op 15 maart 2020 moet hij dit in verband met de coronamaatregelen sluiten. Op 6 april 2020 dient de werkgever een aanvraag voor een tegemoetkoming in de loonkosten in op grond van de NOW-1. De minister wijst de aanvraag af omdat geen loonaangifte is gedaan voor de maand januari 2020 of november 2019, een voorwaarde voor de NOW-1-subsidie. Op 20 april 2020 doet de belastingadviseur van de werkgever een nulaangifte over de maand maart 2020 omdat er te weinig geld is om de loonheffing te betalen. Op 23 mei 2020 wordt de aangifte gecorrigeerd. Vervolgens dient de werkgever op 6 juli 2020 een aanvraag in op grond van de NOW-2. Ook die aanvraag wordt afgewezen, omdat op grond van de gegevens die op 15 mei 2020 bekend waren de werkgever geen loonkosten had in de maand maart 2020. Hoewel de minister het besluit op grond van de NOW-1 herroept, wordt het voorschot vastgesteld op nihil omdat geen loon is betaald in november 2019 of januari 2020. De werkgever legt de zaak voor aan de rechtbank, wordt in het ongelijk gesteld en komt tegen de uitspraak op in hoger beroep.

De Raad stelt voorop dat niet in geschil is dat de werkgever op grond van art. 10 en 11 NOW-1 niet in aanmerking komt voor een voorschot. Het standpunt van de werkgever, inhoudende dat art. 11 lid 2 NOW-1 buiten toepassing moet worden gelaten, vraagt om een exceptieve toetsing. De

NOW-1 is een noodmaatregel waardoor er niet steeds ruimte is voor maatwerk. De minister heeft voldoende toegelicht waarom de alternatieve rekenmethode vanwege de uitvoerbaarheid alleen van toepassing is op de subsidievaststelling en niet op de subsidieverstrekking. Hoewel dit voor sommige werkgevers nadelig kan uitpakken, betekent dat niet dat de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel of een ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of algemeen rechtsbeginsel. Er is geen aanleiding om art. 11 lid 2 NOW-1 buiten toepassing te laten. Ten aanzien van de subsidieaanvraag op grond van de NOW-2 geldt dat op 15 mei 2020 sprake was van een nulaangifte over maart 2020 waardoor het voorschot terecht op nihil is vastgesteld. Het oordeel van de rechtbank dat de minister de keuze voor de peildatum voldoende heeft onderbouwd, wordt onderschreven.

NB. De CRvB sluit zich aan bij de in de lagere rechtspraak gevolgde lijn, waarin wel een exceptieve toetsing wordt toegepast – met name in «JAR» 2020/265 – maar vervolgens wordt geconcludeerd dat het feit dat de NOW geen maatwerk biedt, niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel of een ander beginsel van behoorlijk bestuur. Vgl. «JAR» 2021/31 en «JAR» 2021/30 (m.nt. Helstone en Boot), «JAR» 2020/265 en «JAR» 2020/246. Fouten die zijn gemaakt bij een eerdere aanvraag kunnen daardoor ook niet hersteld worden.

[Appellante B.V.] te [vestigingsplaats] (appellante) tegen de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (minister).

*Procesverloop
(...)*

Overwegingen

1.1. Appellante heeft op 1 februari 2020 een restaurant in [vestigingsplaats] geopend. Als gevolg van de coronamaatregelen heeft zij haar restaurant op 15 maart 2020 moeten sluiten.

1.2. Op 6 april 2020 heeft appellante een aanvraag ingediend voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW-1) voor de periode van maart tot en met mei 2020 voor vijf werknemers die sinds 1 fe-

bruari 2020 bij haar in dienst zijn. Bij besluit van 9 april 2020 heeft de minister deze aanvraag afgewezen, omdat geen loonaangifte is gedaan over de maand januari 2020 en er ook over november 2019 geen loongegevens in de polisadministratie beschikbaar zijn. Appellante heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Bij beslissing op bezwaar van 27 mei 2020 heeft de minister het bezwaar ongegrond verklaard. Appellante heeft tegen dat besluit beroep ingesteld.

1.3. Op 6 juli 2020 heeft appellante een aanvraag ingediend voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de Tweede tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW-2) voor de periode van juni tot en met september 2020 voor de vijf werknemers die bij haar in dienst zijn. Bij besluit van 9 juli 2020 heeft de minister deze aanvraag afgewezen, omdat appellante op grond van de gegevens die op 15 mei 2020 bekend waren geen loonkosten had in de maand maart 2020. Appellante heeft ook tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Bij beslissing op bezwaar van 16 juli 2020 heeft de minister dit bezwaar gegrond verklaard, het besluit van 9 juli 2020 herroepen en het voorschot op nihil gesteld. Appellante heeft ook tegen dat besluit beroep ingesteld.

1.4. Tijdens de procedure in beroep heeft de minister op 28 juli 2020 ten aanzien van het besluit over de aanvraag om subsidie op grond van de NOW-2 een nieuwe beslissing op bezwaar genomen en daarbij de beslissing op bezwaar van 27 mei 2020 gewijzigd. De minister heeft het bezwaar tegen het besluit van 9 april 2020 alsnog gegrond verklaard en beslist dat appellante, gelet op een wijziging van de NOW-1, mogelijk wel recht heeft op een loonkostensubsidie, maar dat het voorschot op nihil is gesteld vanwege het ontbreken van loongegevens over de maand januari 2020 dan wel maart 2020 in de polisadministratie. Omdat het nieuwe besluit niet volledig tegemoet komt aan het beroep van appellante, heeft de rechtbank het beroep, gelet op artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), van rechtswege mede gericht geacht tegen dit besluit.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank, voor zover hier van belang, het beroep van appellante tegen het besluit van 27 mei 2020 niet-ontvankelijk verklaard en het beroep tegen de besluiten van 16 juli 2020 en 28 juli 2020 ongegrond verklaard. Daartoe heeft de rechtbank samengevat het volgende overwogen.

2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellante tegen het besluit van 27 mei 2020 niet-ontvankelijk verklaard vanwege het ontbreken van procesbelang.

2.2.1. Met betrekking tot het besluit van 28 juli 2020 (NOW-1) heeft de rechtbank vastgesteld dat bij de derde wijziging van de NOW-1 (Scrt. 2020, 29256) de loonsombepaling in artikel 7 van de NOW-1 is gewijzigd, dat deze wijziging alleen geldt voor de berekening van de hoogte van de subsidievestiging en dat het daarover in deze procedure niet gaat. Appellante wil dat de verruiming met betrekking tot de loonsom ook van toepassing wordt verklaard op de subsidieverlening en dat artikel 10 van de NOW-1 met betrekking tot de peildatum voor de subsidieverlening buiten toepassing wordt verklaard, zodat zij in aanmerking kan komen voor een voorschot. Dit komt er volgens de rechtbank in feite op neer dat appellante verzoekt artikel 11, tweede lid, van de NOW-1 buiten toepassing te laten, waardoor de voorschotberekening niet meer hoeft te worden gebaseerd op de formules en het bepaalde in artikel 10. Dat vergt naar het oordeel van de rechtbank een exceptieve toetsing.

2.2.2. Daarover heeft de rechtbank vooropgesteld dat uit de toelichting bij de NOW-1 volgt dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om in de regeling geen hardheidsclausule op te nemen. Verder heeft de rechtbank overwogen dat uit de toelichting bij de derde wijziging van de NOW-1 en de Kamerbrief over deze wijziging blijkt dat het eveneens een bewuste keuze van de wetgever is geweest om de verruiming van de loonsombepaling niet van toepassing te laten zijn op de voorschotberekening. De rechtbank heeft hieruit afgeleid dat de wetgever de negatieve gevolgen van de keuze om de wijze van voorschotberekening met de derde wijziging van de NOW-1 onveranderd te laten onder ogen heeft gezien en in de afweging heeft betrokken, maar daaraan geen doorslaggevend belang heeft toegekend. Met de NOW-1 wordt beoogd om op een zo kort mogelijke termijn met behulp van financiële steun zoveel mogelijk bedrijven overeind te houden om werkgelegenheid te behouden, maar de NOW-1 heeft niet als doel om een allesomvattende regeling te bieden om alle bedrijven te redden, noch om maatwerk te bieden. Hoewel het nadelig is voor appellante dat zij geen voorschot krijgt, is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel. Gelet hierop is

de rechtbank niet meer toegekomen aan de beoordeling van het verzoek om de bepaling met betrekking tot de peildatum van 15 mei 2020 uit artikel 7, negende lid, van de NOW-1 buiten toepassing te laten. De rechtbank heeft het beroep van appellante tegen het besluit van 28 juli 2020 ongegrond verklaard.

2.3. Met betrekking tot het besluit van 16 juli 2020 (NOW-2) heeft de rechtbank vastgesteld dat aan dat besluit ten grondslag ligt dat de loonsom over maart 2020 op de peildatum 15 mei 2020 nul euro bedroeg. Naar het oordeel van de rechtbank is de keuze voor de peildatum 15 mei 2020 voldoende onderbouwd. Er is bewust voor gekozen om ter voorkoming van fraude een datum te kiezen die is gelegen voor de aankondiging van de NOW-2. De rechtbank heeft erop gewezen dat de NOW-2 op 25 juni 2020 is gepubliceerd, maar al eerder door de overheid is aangekondigd. Dit is gebeurd op 20 mei 2020. De rechtbank heeft daarom geen aanleiding gezien om artikel 8, zevende lid, van de NOW-2 in strijd met het evenredigheidsbeginsel te achten en om die reden buiten toepassing te laten. Omdat op de peildatum van 15 mei 2020 een nul-aangifte bekend was, heeft de minister het voorschot terecht op nihil gesteld. Daarom is het beroep tegen het besluit van 16 juli 2020 ongegrond verklaard.

3.1.1. Met betrekking tot het besluit van 28 juli 2020 (NOW-1) heeft appellante aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat zij heeft verzocht om artikel 11, tweede lid, van de NOW-1 buiten toepassing te laten. Appellante is het niet eens met de wijze waarop de hoogte van de subsidieverlening wordt berekend. Zij stelt zich op het standpunt dat het voorschot ten onrechte is vastgesteld op basis van de loongegevens over het eerste tijdvak van het jaar 2020 (januari) dan wel over de maand november 2019. Volgens appellante zou het derde aangiftetijdvak (maart) voor de berekening van het voorschot bepalend moeten zijn. Dit is immers ook het geval bij de berekening van de subsidievaststelling. Ter zitting heeft appellante toegelicht dat voor de berekening van het voorschot eventueel ook zou kunnen worden gekozen voor het tweede aangiftetijdvak van 2020. In elk geval moet volgens appellante artikel 10, eerste, tweede, derde en vijfde lid van de NOW-1, wat betreft de daarin opgenomen tijdvakken voor de referentieloonsom voor de berekening van de hoogte van de subsidieverlening, buiten toepassing worden verklaard.

3.1.2. Met betrekking tot het besluit van 16 juli 2020 (NOW-2) heeft appellante zich op het standpunt gesteld dat de in artikel 8, zevende lid, van de NOW-2 vastgestelde peildatum, 15 mei 2020, in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en buiten toepassing moet worden gelaten. Appellante heeft aangevoerd dat de wetgever het ten onrechte doet voorkomen alsof werkgevers eenvoudig de loonsom kunnen verhogen middels correctieberichten. Volgens appellante is het risico op fraude en misbruik verwaarloosbaar. Ter zitting heeft appellante daarnaast een beroep gedaan op buitenwettelijk begunstigend beleid van de minister, waarbij in bepaalde gevallen wel wordt afgeweken van de peildatum 15 mei 2020.

3.1.3. Ten slotte heeft appellante aangevoerd dat de rechtbank de minister ten onrechte niet heeft veroordeeld in de proceskosten, nu de minister op 28 juli 2020 een nieuw besluit op het bezwaar heeft genomen waarbij de beslissing op bezwaar van 27 mei 2020 is gewijzigd.

3.2. De minister heeft bevestiging van de aangevallen uitspraak bepleit.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

Absolute competentie

4.1. De Raad acht zich bevoegd om in hoger beroep te oordelen over het voorliggende geschil. De NOW is niet opgenomen in Hoofdstuk 4 van de bij de Awb behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (Bevoegdheidsregeling), noch is er een andere regeling waaruit volgt dat de Raad bevoegd is om van het hoger beroep kennis te nemen. De grondslag van de NOW is gelegen in de Wet SUWI en de Kaderwet SZW-subsidies. De Raad is in artikel 9 van de Bevoegdheidsregeling aangewezen als de hogerberoepsrechter ten aanzien van de Wet SUWI. In de toelichting bij de NOW-1 heeft de regelgever gesteld dat naar analogie met eerdere rechtspraak – waarbij is verwezen naar ECLI:NL:RVS:2018:776 – de Raad de meest aangewezen hogerberoepsrechter voor deze subsidieregeling lijkt te zijn (Stcrt. 2020, 19874, p. 19). Die conclusie wordt onderschreven. In dat verband wordt nog gewezen op artikel 32d van de Wet SUWI waarin de bevoegdheidsgrondslag is gelegen voor het Uvw om de NOW uit te voeren.

NOW-1

4.2. De voor dit geding relevante wettelijke bepalingen uit de NOW-1 luiden ten tijde van het

besluit van 9 april 2020 en het bestreden besluit van 16 juli 2020 als volgt:

Artikel 3. Doel van de subsidie

Het doel van deze regeling is om werkgevers tegevoet te komen in de betaling van de loonkosten, indien sprake is van een acute terugval in de omzet met ten minste 20% gedurende een periode van drie maanden, vanwege een vermindering in bedrijvigheid door buitengewone omstandigheden die in redelijkheid niet tot het normale ondernemersrisico kunnen worden gerekend, zodat zij werknemers in dienst kunnen houden voor de uren die zij werkten voordat sprake was van deze terugval.

Artikel 4. Voorwaarden voor subsidieverlening

De Minister kan aan een werkgever, die gedurende een aaneengesloten periode van drie kalendermaanden in de periode van 1 maart tot en met 31 juli 2020 verwacht te worden geconfronteerd met een daling van de omzet van ten minste 20%, per loonheffingsnummer een subsidie verlenen over de loonsom in de periode van 1 maart tot en met 31 mei 2020.

Artikel 10. Berekening van de hoogte van het bedrag van de subsidieverlening

1. De hoogte van het bedrag van de subsidieverlening is de uitkomst van:

$$A^* \times B^* \times 3 \times 1,3 \times 0,9$$

Hierbij staat:

A* voor het percentage van de door de werkgever verwachte omzetzaling;

B* voor de loonsom waarbij wordt uitgegaan van de totale loonsom van werknemers waarvoor de werkgever het loon heeft uitbetaald in het tijdvak, bedoeld in het tweede, derde of vierde lid, met dien verstande dat het in aanmerking te nemen loon per werknemer niet meer bedraagt dan € 9.538.

2. Voor de loonsom, bedoeld in de omschrijving van de constante B*, bedoeld in het eerste lid, wordt uitgegaan van het loon over het eerste aangiftetijdvak van het jaar 2020, met dien verstande dat indien er sprake is van een aangiftetijdvak van vier weken, de loonsom in dat aangiftetijdvak wordt verhoogd met 8,33 procent.

3. Indien er geen loongegevens zijn over het tijdvak, bedoeld in het tweede lid, wordt uitgegaan van het loon over de maand november van het jaar 2019. Indien er sprake is van een aangiftetijdvak van vier weken, wordt uitgegaan van het loon over het twaalfde aangiftetijdvak van het jaar

2019, waarbij de loonsom in dat aangiftetijdvak wordt verhoogd met 8,33 procent.

[..]

5. De in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte van de werkgever ten behoeve van de bepaling van constante B*, bedoeld in het eerste lid, worden beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 maart 2020 is ingediend, alsmede de aanvullingen daarop die uiterlijk op die datum hebben plaatsgevonden.

Artikel 11. Voorschot

1. De Minister verstrekt de werkgever bij de beschikking tot subsidieverlening een voorschot.

2. De hoogte van het voorschot bedraagt 80% van het bedrag van de verlening, bedoeld in artikel 10. [...]

4.3. De NOW-1 is na inwerkingtreding enkele keren gewijzigd en aangevuld. Op 26 mei 2020 is de derde wijziging van de NOW-1 vastgesteld en op 28 mei 2020 gepubliceerd (Stcrt. 2020, 29256). Hierbij is artikel 7 van de NOW-1, dat gaat over de subsidie vaststelling, voor zover hier van belang, als volgt gewijzigd:

“Er worden drie leden toegevoegd, luidende:

7. Indien de loonsom, bedoeld onder de constante E, hoger is dan driemaal de loonsom als bedoeld onder de variabele B, bedoeld in het eerste lid, wordt de subsidie verhoogd met $A \times (E-B) \times 1,3 \times 0,9$

Hierbij staat:

A en B voor de variabelen, bedoeld in het eerste lid, E voor de loonsom van 1 maart 2020 tot en met 31 mei 2020, met dien verstande dat:

[...]

b. de gehanteerde aangiftetijdvakken het derde tot en met het vijfde aangiftetijdvak van het jaar 2020 zijn; en

[...]

9. In afwijking van het achtste lid worden de in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte van de werkgever ten behoeve van de bepaling van de maximale hoogte van constante E, met betrekking tot het derde aangiftetijdvak van het jaar 2020 beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 is ingediend en met betrekking tot het vierde en vijfde aangiftetijdvak van het jaar 2020 beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 19 juli 2020 is ingediend, alsmede de aanvullingen daarop die uiterlijk op 15 mei 2020, respectievelijk 19 juli 2020 hebben plaatsgevonden.”

4.4. Niet in geschil is dat appellante op basis van de artikelen 10 en 11 van de NOW-1 niet in aanmerking komt voor een voorschot, omdat het loon in het eerste aangiftetijdvak van 2020 (januari 2020) en het loon over de maand november 2019 nihil was.

4.5. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het standpunt van appellante erop neer komt dat artikel 11, tweede lid, van de NOW-1 buiten toepassing moet worden gelaten. Dat artikellid verwijst immers naar artikel 10 van de NOW-1 waarin de berekening van de hoogte van het bedrag van de subsidieverlening is vastgelegd, waaruit volgt dat januari 2020 dan wel november 2019 als referentieloon dient te worden aangehouden. De hoogte van het voorschot is daarop gebaseerd. Het standpunt van appellante vraagt om een exceptieve toetsing.

4.6. Een algemeen verbindend voorschrift dat geen wet in formele zin is, kan door de rechter in een zaak over een besluit dat op zo'n voorschrift berust, worden getoetst op rechtmatigheid. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of het voorschrift niet in strijd is met hogere regelgeving. De rechter komt tevens de bevoegdheid toe te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit. Bij die indirecte toetsing van het algemeen verbindend voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer, waarbij de toetsing wordt verricht op de wijze als door de Raad is uiteengezet in zijn uitspraak van 1 juli 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2016). Zoals in die uitspraak is overwogen, kan de enkele strijd met formele beginselen als het beginsel van zorgvuldige besluitvorming (artikel 3:2 van de Awb) en het motiveringsbeginsel niet leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift. Als de bestuursrechter als gevolg van een gebrekkige motivering of onzorgvuldige voorbereiding van het voorschrift niet kan beoordelen of er strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of het evenredigheidsbeginsel, kan hij het voorschrift wel buiten toepassing laten en een daarop berustend besluit vernietigen.

4.6.1. Volgens de toelichting bij de NOW-1 (Stcrt. 2020, 19874, p. 8-9) is de NOW zodanig ingericht dat werkgevers en werknemers snel worden bediend, terwijl wordt voldaan aan de doelstelling van de subsidie, namelijk het dempen van de ge-

volgen van buitengewone omstandigheden die het de werkgever onmogelijk maken om de loonkosten van zijn werknemers te blijven voldoen. Het aanvraag- en verwerkingsproces is losgekoppeld van de concrete vermindering van werkbare uren en van de Werkloosheidswet (WW). Daardoor is het aanvraagproces sterk vereenvoudigd ten opzichte van de regeling van de werktijdverkorting. De NOW is een noodmaatregel en in korte tijd tot stand gebracht, zodat aan werkgevers snel duidelijkheid gegeven kon worden over aard en inhoud van de maatregel. De minister heeft aangekondigd dat de werking van de regeling nauwlettend gemonitord zal worden. Bezien zal worden of de in de regeling gehanteerde voorwaarden voor subsidie leiden tot het daarmee beoogde doel. Indien dat niet of in te beperkte mate het geval blijkt, kan overwogen worden de regeling aan te passen, mits dat geen belemmering vormt voor de uitvoering.

4.6.2. In de brief van 22 april 2020, 2020-0000057033, aan de voorzitter van de Tweede Kamer hebben de minister en de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met betrekking tot seizoensarbeid het volgende opgemerkt:

“Uw Kamer heeft aandacht gevraagd voor seizoenswerk. Het kabinet onderkent dat voor sommige sectoren of bedrijven de NOW weinig of geen soelaas biedt, vanwege seizoenspatronen in de omzet of de loonkosten. De NOW is zo vormgegeven dat op zeer korte termijn een robuuste regeling kan worden uitgevoerd waarbij snelle ondersteuning van bedrijven voorop staat. De regeling is bedoeld voor een zeer groot aantal ondernemers. Dit grote aantal kent een grote diversiteit in soorten, samenstellingen en sectoren van bedrijven. Deze elementen maken dat er niet altijd ruimte is om rekening te houden met bedrijfs-specifieke kenmerken of gedetailleerde voorwaarden te stellen. Dit betekent ook dat seizoenswerk adresseren maatwerk vraagt en een aparte regeling. Om te kunnen komen tot een uitvoerbare optie met een goede afbakening, is een complexe uitdaging. Het kabinet zoekt hard naar een oplossing.”

4.6.3. Vervolgens zijn in de, hiervoor onder 4.3 vermelde, derde wijziging van de NOW-1 (Stcrt. 2020, 29256) aan artikel 7 over de subsidievaststelling drie leden toegevoegd. In de brief van 20 mei 2020 aan de voorzitter van de Tweede Kamer (Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 35

420, nr. 39) heeft de minister met betrekking tot deze wijziging het volgende opgemerkt:

“1. Loonsombepaling voor seizoensbedrijven

Zoals ook aangekondigd in de brief over de verlenging van het steunpakket Economie en banen zullen ondernemingen die gedurende de winterperiode veel minder personeel in dienst [hebben] via de NOW accurater ondersteund worden door in de regeling een alternatieve rekenmethode voor de subsidiehoogte op te nemen. Deze houdt in dat een stijging van de loonsom in maart t/m mei mee kan worden genomen in de hoogte van de subsidie bij vaststelling, mits de loonsom in de periode maart t/m mei 2020 hoger is dan driemaal de loonsom van januari. In deze rekenmethode wordt de hoogte van de loonsom in de maanden april en mei altijd gemaximeerd op het niveau van maart. Deze maatregel werkt ook begunstigend voor andere aanvragers met een hogere loonsom in maart t/m mei dan in januari.

In aanvulling op bovenstaande wijs ik erop dat aanvragers met een 0-loonsom in januari 2020 of geen loonsom in januari 2020 en november 2019, die een loonsom in maart t/m mei 2020 hebben mogelijk alsnog voor de NOW in aanmerking kunnen komen. Indien zij eerder een afwijzende beschikking hebben ontvangen, zullen zij door het UWV worden benaderd. De alternatieve rekenmethode voor de loonsom ziet op de subsidie zoals die vastgesteld wordt op grond van artikel 7 van de regeling. De bevoorschotting blijft onveranderd, ook voor nieuwe aanvragers. Dit betekent dat een aanvrager enkel bij vaststelling (aanvullende) tegemoetkoming op grond van de NOW kan ontvangen via voornoemde alternatieve rekenmethode voor de loonsom. Vaststelling vindt voor iedere aanvrager plaats na afloop van de subsidieperiode(s), de aanvraag om vaststelling zal dus in geen geval eerder dan 7 september kunnen worden ingediend bij UWV.”

4.6.4. De minister heeft ter zitting toegelicht waarom de alternatieve rekenmethode voor de loonsom uitsluitend betrekking heeft op de subsidievestiging en niet op de subsidieverlening. De reden hiervan is dat de uitvoeringslasten anders onevenredig zouden zijn. Indien de alternatieve rekenmethode ook van toepassing zou zijn verklaard op de subsidieverlening, zouden de besluiten tot het verlenen van een voorschot op basis van de NOW-1 opnieuw moeten worden beoordeeld. Het gaat daarbij om ongeveer 150.000 werkgevers. Ook zou een nieuwe rekenapplicatie

moeten worden gebouwd. Uiteindelijk is gebleken dat enkele honderden werkgevers ten gevolge van de bedoelde wijziging van artikel 7 van de NOW-1 alsnog voor een (aanvullende) tegemoetkoming in aanmerking komen in het kader van een subsidievestiging. De betreffende categorie werkgevers is actief benaderd en de aanvragen tot subsidievestiging van deze categorie bedrijven worden met voorrang behandeld.

4.7. Uit 4.6.1 tot en met 4.6.4 volgt dat de NOW-1 een noodmaatregel is waarbij snel een zeer groot aantal werkgevers duidelijkheid moest worden verschaft over de aard en de inhoud van de regeling. Hierdoor heeft de NOW-1 noodgedwongen een generiek karakter en kan er niet steeds maatwerk worden geboden. De minister heeft dat aanstonds onderkend en de regeling gaandeweg meerdere keren aangepast waarbij de voorwaarden op onderdelen zijn gewijzigd teneinde het met de NOW-1 beoogde doel, zoals omschreven in artikel 3 van de NOW-1, zoveel mogelijk te bereiken. Een van deze aanpassingen betrof de loonsombepaling voor seizoensbedrijven en andere bedrijven waarbij de loonsom over de maanden maart tot en met mei hoger is dan in de maand januari 2020. Voldoende is toegelicht waarom met het oog op de uitvoerbaarheid van de regeling deze wijziging is beperkt tot de subsidievestiging. Daarbij is getracht de betreffende werkgevers zoveel mogelijk tegemoet te komen door deze categorie werkgevers actief te benaderen en hun aanvragen tot subsidievestiging met voorrang te behandelen. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen heeft de NOW niet als doel om een alomvattende regeling te bieden om alle bedrijven te redden. Hoewel de NOW voor sommige werkgevers, zoals startende ondernemers als appellante, nadelig kan uitpakken doordat zij geen voorschot kunnen ontvangen, wordt niet geoordeeld dat toepassing van artikel 11, tweede lid, van de NOW-1 in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Evenmin is toepassing van deze bepaling in strijd met enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of algemeen rechtsbeginsel. Er bestaat dan ook geen aanleiding om in dit geval artikel 11, tweede lid, van de NOW-1 buiten toepassing te laten.

4.8. Aan het vorenstaande wordt nog het volgende toegevoegd. Indien appellante zou worden gevolgd in haar standpunt dat, in afwijking van artikel 11, tweede lid, in samenhang met artikel 10, eerste, tweede en derde lid, van de NOW-1, (ook)

bij de subsidieverlening moet worden uitgegaan van de loonsom in het derde loonbetalingstijdvak van het jaar 2020, dan zou dat niet betekenen dat zij alsnog in aanmerking komt voor een voorschot. Op grond van de loonaangifte zoals die op de peildatum 15 mei 2020 namens appellante was ingediend, bedroeg de loonsom namelijk nul euro. In dat geval zou artikel 11, tweede lid, in samenhang met artikel 10, vijfde lid, van de NOW-1 aan toekenning van een voorschot in de weg staan. Voor het standpunt van appellante, om bij de subsidieverlening eventueel uit te gaan van de loonsom in het tweede loonbetalingstijdvak van 2020, is in de NOW-1 geen aanknopingspunt te vinden.

NOW-2

4.9. De voor dit geding relevante wettelijke bepalingen uit de NOW-2 luiden ten tijde hier in geding als volgt:

Artikel 3. Doel van de subsidie

Het doel van deze regeling is om werkgevers tegemoet te komen in de betaling van de loonkosten, indien sprake is van een acute terugval in de omzet met ten minste 20% gedurende een periode van vier maanden, vanwege een vermindering in bedrijvigheid door buitengewone omstandigheden die in redelijkheid niet tot het normale ondernemersrisico kunnen worden gerekend, voor zover geen winst of bonussen worden uitgekeerd of eigen aandelen worden aangekocht, zodat werkgevers zoveel mogelijk werknemers in dienst kunnen houden voor de uren die zij werkten voordat sprake was van deze terugval.

Artikel 4. Voorwaarden voor subsidieverlening

1. De Minister kan aan een werkgever, die gedurende een aaneengesloten periode van vier kalendermaanden in de periode van 1 juni 2020 tot en met 30 november 2020 verwacht te worden geconfronteerd met een daling van de omzet van ten minste 20%, per loonheffingnummer een subsidie verlenen over de loonsom in de periode van 1 juni 2020 tot en met 30 september 2020. [...]

Artikel 8. Hoogte van de subsidie

1. De hoogte van de subsidie is de uitkomst van:
 $A \times B \times 4 \times 1,4 \times 0,9$

Hierbij staat:

A voor het percentage van de omzetsdaling;

B voor de loonsom waarbij wordt uitgegaan van de totale loonsom van werknemers waarvoor de werkgever het loon heeft uitbetaald in het tijdvak, bedoeld in het tweede, derde of vierde lid [...].

2. Voor de loonsom, bedoeld in het eerste lid, wordt uitgegaan van loon over het derde aangiftetijdvak van het jaar 2020, met dien verstande dat indien er sprake is van een aangiftetijdvak van vier weken, de loonsom in dat aangiftetijdvak wordt verhoogd met 8,33 procent.

[...]

7. De in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte van de werkgever ten behoeve van bepaling van de letter B, bedoeld in het eerste lid, worden beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 is ingediend, alsmede de aanvullingen daarop die uiterlijk op die datum hebben plaatsgevonden.

[...]

Artikel 12. Berekening van de hoogte van het bedrag van de subsidieverlening

De hoogte van het bedrag van de subsidieverlening is de uitkomst van:

$$A * x B \times 4 * 1,4 * 0,9$$

Hierbij staat:

A* voor het percentage van de door de werkgever verwachte omzetsdaling;

B voor de loonsom, zoals berekend op grond van artikel 8, eerste tot en met vierde lid.

Artikel 13. Voorschot

1. De Minister verstrekt de werkgever bij de beschikking tot subsidieverlening een voorschot.

2. De hoogte van het voorschot bedraagt 80% van het bedrag van de verlening, bedoeld in artikel 12. [...].

4.10. Uit de gedingstukken komt naar voren dat de belastingadviseur van appellante op 20 april 2020 loonaangifte heeft gedaan over de maand maart 2020. Dit betrof een zogenoemde nul-aangifte. Uit een brief van de belastingadviseur van 14 juli 2020 blijkt dat hiervoor is gekozen omdat er te weinig geld was om de loonheffing te betalen. Vervolgens heeft de Belastingdienst op 23 mei 2020 een gecorrigeerde loonaangifte van appellante ontvangen. Bij de subsidieverlening geschiedt de bepaling van de loonsom op dezelfde wijze als bij de subsidievestiging. Gelet op artikel 8, zevende lid, van de NOW-2 wordt uitgegaan van de loonaangifte zoals die op 15 mei 2020 is ingediend. Aangezien op dat moment sprake was van een nul-aangifte over maart 2020 is het voorschot terecht op nihil vastgesteld.

4.11. Het oordeel van de rechtbank dat de minister de keuze voor de peildatum 15 mei 2020 voldoende heeft onderbouwd, wordt onderschreven. De rechtbank heeft er terecht op gewezen dat de

NOW-2 op 25 juni 2020 is gepubliceerd, maar al eerder door de betrokken bewindslieden is aangekondigd, namelijk bij brief van 20 mei 2020 aan de voorzitter van de Tweede Kamer (Tweede Kamer, 2019-2020, 35 420, nr. 38). Ter voorkoming van fraude is bewust gekozen voor een peildatum die is gelegen voor de aankondiging van de NOW-2. Om die reden worden correctieberichten op de loonaangifte van na 15 mei 2020 niet meer meegenomen in de bepaling van de loonsom (Stcrt. 2020, 34308, p. 30). Er is daarom geen aanleiding om artikel 8, zevende lid, in samenhang met artikel 8, eerste lid, en de artikelen 12 en 13, tweede lid, van de NOW-2, in strijd te achten met het evenredigheidsbeginsel of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of algemeen rechtsbeginsel en om deze bepaling om die reden buiten toepassing te laten.

4.12. Naar aanleiding van de stelling van appellante dat de minister ter zake van de peildatum 15 mei 2020 een buitenwettelijk begunstigend beleid voert, heeft de minister toegelicht dat in incidentele gevallen bij de subsidieverlening is afgeweken van de peildatum 15 mei 2020. Dit betreft gevallen waarbij de aanvrager wegens een calamiteit buiten staat was om uiterlijk op 15 mei 2020 een loonaangifte over de maand maart 2020 te doen en gevallen waarbij de Belastingdienst de aanvrager uitstel heeft verleend voor het doen van de loonaangifte over maart 2020 tot ná 15 mei 2020. Beide situaties doen zich hier niet voor. Daarom was er voor de minister ook om die reden geen aanleiding om in het geval van appellante af te wijken van de peildatum 15 mei 2020.

Proceskosten

4.13. Appellante heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat de rechtbank haar verzoek om vergoeding van proceskosten ten onrechte heeft afgewezen. De minister heeft immers met het besluit van 28 juli 2020 de onrechtmatigheid van het bestreden besluit van 27 mei 2020 erkend. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal de Raad de minister alsnog veroordelen in de proceskosten.

Conclusie

4.14. Uit dat wat onder 4.1 tot en met 4.13 is overwogen volgt dat het hoger beroep van appellante slaagt voor zover de rechtbank het verzoek om vergoeding van proceskosten heeft afgewezen. De aangevallen uitspraak dient in zoverre te worden

vernietigd. Voor het overige slaagt het hoger beroep niet. Dit betekent dat de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten in hoger beroep, voor het overige dient te worden bevestigd. Er bestaat aanleiding de minister te veroordelen in de proceskosten van appellante in beroep en in hoger beroep. Deze kosten worden begroot op € 1.068,- in beroep en € 1.068,- in hoger beroep, in totaal € 2.136,-.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep

- vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover daarbij het verzoek om vergoeding van proceskosten is afgewezen;
- bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten, voor het overige;
- veroordeelt de minister in de proceskosten van appellante in beroep en in hoger beroep tot een bedrag van € 2.136,-;
- bepaalt dat de minister aan appellante het in beroep en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 886,- vergoedt.

NOOT

Deze eerste uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) over de toepassing van de NOW bevestigt de rechterlijke lijn die reeds was ingezet in de lagere NOW-jurisprudentie. Hierin is uitgemaakt dat NOW-bepalingen die nadelig kunnen uitpakken voor een groep ondernemers niet in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel en daarom niet buiten toepassing moeten worden gelaten. In deze zaak ging het om een werkgever die vlak voor de corona-uitbraak (in februari 2020) een restaurant was gestart en vanwege de in de NOW opgenomen eisen niet in aanmerking kwam voor een voorschot bij subsidieverlening maar zal moeten wachten op de definitieve subsidievestiging.

Deze uitspraak van de CRvB onderstreept dat het UWV voor de uitvoering van de NOW slechts beperkte ruimte heeft voor maatwerk door toepassing van een hardheidsclausule in schrijvende individuele gevallen. In dergelijke gevallen biedt het bestuursprocesrecht beperkte ruimte om een beroep te doen op exceptieve toetsing door te stellen dat de NOW-bepaling die onevenredig uitpakt in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie over exceptieve toet-

sing CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016 en de toepassing hiervan in deze zaak in beroep door de rb. Midden-Nederland van 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813, «JAR» 2020/265, m.nt. Helstone en Boot). In deze zaak slaagt het beroep van de werkgever op het evenredigheidsbeginsel echter niet. De beleidskeuzes die de minister van SZW (de minister) heeft gemaakt (i) om de alternatieve rekenmethode voor de loonsom uit de derde wijziging van NOW-1 (*Stcrt.* 2020, 29256) te beperken tot de subsidievaststelling en niet ook te laten gelden voor de subsidieverlening en (ii) voor de peildatum van 15 mei 2020 voor de bepaling van de loonsom (*Stcrt.* 2020, 34308, p. 30) worden hiermee gerespecteerd en in stand gelaten.

Hierna bespreek ik de belangrijkste haken en ogen die kleven aan exceptieve toetsing voor de NOW. Hierbij betrek ik de recente uitlatingen van de minister over de beperkte mogelijkheden voor maatwerk onder de NOW in de Kamerbrief van 3 december 2020 (NOW-dilemma brief) (*Kamerstukken II* 2020/21, 35420, nr. 199).

Het belang van exceptieve toetsing is dat de bestuursrechter een ministeriële regeling, zoals de NOW-regeling, mag toetsen aan hogere nationale regelgeving en internationale verdragen. Als uitgangspunt geldt hierbij dat strijd met formele beginselen niet kan leiden tot het buiten toepassing laten van bepalingen uit een dergelijke regeling. Met andere woorden: een zekere mate van beleidsvrijheid van het bestuursorgaan wordt gerespecteerd; de bestuursrechter moet terughoudend toetsen. De bestuursrechter kan wel toetsen of toepassing van de regeling strijd oplevert met de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel. Concreet betekent dit dat als de negatieve gevolgen voor een bepaalde groep door het bestuursorgaan 'uitdrukkelijk' zijn betrokken en het bestuursorgaan de 'afweging deugdelijk heeft gemotiveerd' deze beleidskeuze geacht wordt te voldoen aan het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel (zie voor al deze gezichtspunten ten aanzien van exceptieve toetsing de uitspraak van de CRvB van 1 juli 2019, zoals hiervoor aangehaald, r.o. 7.5.2.). In dat geval is de toetsing beperkt tot de vraag of de regeling in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, i.e. of sprake is van een niet-evenredige belangenafweging. In de onderhavige uitspraak valt met name de beoordeling van het beroep op

exceptieve toetsing voor het buiten toepassing laten van de alternatieve rekenmethode voor de loonsom op. Deze bepaling pakt nadelig uit voor startende ondernemers aangezien deze er feitelijk op neerkomt dat ondernemers bij gebreke aan een voorschot voor een lange periode geen baat hebben bij de NOW omdat zij moeten wachten op de definitieve subsidievaststelling. Kijkend naar de toelichting die de minister bij de derde wijziging van de NOW-1 gaf (zie voor de afwegingen, zoals aangehaald in r.o. 4.6.3.) doemt de vraag op of dit nadelige gevolg destijds bij de totstandkoming van de NOW is onderkend bij deze beleidskeuze. Doel was immers om startende ondernemingen tegemoet te komen. Aangezien het aanvraagloket voor de definitieve subsidievaststelling van de NOW-1 pas vanaf 7 oktober 2020 werd geopend (waarbij het UWV een beslistermijn van 52 weken in acht mag nemen) en het vaststellingsloket voor de NOW-2 pas vanaf 15 april 2021 geopend wordt, is het de vraag of dit gevolg wel zo nadrukkelijk is doordacht. Weliswaar heeft de minister ter zitting bij de CRvB toegelicht dat hiervoor is gekozen omdat de uitvoeringslasten voor het UWV anders onevenredig zijn (r.o. 4.6.4.); in het licht van het doel van de NOW is het de vraag of deze negatieve gevolgen voor startende werkgevers destijds nadrukkelijk in de overwegingen zijn betrokken. Exceptieve toetsing strekt echter volgens de CRvB niet zover dat de inhoudelijke belangenafweging ook ter discussie kan worden gesteld. Op zichzelf is dit niet onbegrijpelijk; zou exceptieve toetsing ruimer zijn, dan zou iedere (politieke) beleidskeuze van de minister bij de NOW steeds kunnen worden aangevallen met een beroep op onevenredigheid. Tegelijkertijd onderstreept deze uitspraak dat een summierere enkele toelichting blijkbaar al voldoende is; de toetsing is dus restrictief.

De strenge benadering van de CRvB in deze specifieke zaak ziet op het beroep van de werkgever om bepaalde NOW-bepalingen volledig buiten toepassing te laten. Dat neemt niet weg dat het nog steeds mogelijk is om een besluit van het UWV op grond van de andere NOW-knelpunten te laten toetsen; het instellen van bezwaar, beroep en hoger beroep tegen subsidiebesluiten onder de NOW is dus door deze uitspraak niet in één klap volstrekt kansloos geworden. Het voorgaande volgt ook uit de NOW-dilemma brief: de minister houdt de deur op een kier door erop te

wijzen dat in procedures in bezwaar nader kan worden bekeken of 'binnen de NOW-regeling en de bedoeling van de regeling' maatwerk geleverd kan worden.

Tegen deze achtergrond roept de begrenzing van de rechterlijke toetsing nog wel een geheel andere vraag op, namelijk of, en in hoeverre er een juridische grondslag bestaat voor nadeelcompensatie voor werkgevers die onevenredig zwaar zijn getroffen door de huidige lockdown-maatregelen (bijvoorbeeld in sectoren zoals de horeca). Het gaat dan om een vergoeding van schade die wordt veroorzaakt door rechtmatig overheids-handelen (in dit geval de lockdown-maatregelen en gedwongen sluitingen). Gelet op het langdurige karakter van de coronacrisis lijkt deze vraag naar nadeelcompensatie (en de voorwaarden die hiervoor gelden) mij, geheel los van de NOW, gerechtvaardigd en een onderwerp voor nader onderzoek.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

52

Hoge Raad verwerpt beroep tegen niet aannemen arbeidsovereenkomst (art. 81 lid 1 RO)

Hoge Raad
22 januari 2021, nr. 20/01340,
ECLI:NL:HR:2021:101
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Snijders, mr. Ter Heide)
(Concl. A-G De Bock)

Inwerkdagen. Geen gerechtvaardigd vertrouwen. Hof hoefde niet te beoordelen of inwerkdagen separate arbeidsovereenkomst vormden.

[BW art. 3:35, 7:610, 7:652; RO art. 81 lid 1]

De werknemer heeft bij de werkgever, die een poppodium exploiteert, gesolliciteerd naar de functie van floormanager. Na het sollicitatiegesprek heeft de werknemer op 4 december 2018 per e-mail nog enkele vragen gesteld over de arbeidsovereenkomst en de werktijden. De werknemer

heeft op 14, 15 en 19 december 2018 werkzaamheden verricht. Die laatste dag heeft het hoofd horeca tegen de werknemer gezegd dat hij niet terug hoefde te komen omdat er 'geen match' was en hij onvoldoende 'hands on' was. De werknemer heeft daarna de kantonrechter verzocht om toekenning van onder meer een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding. Deze verzoeken zijn afgewezen. In hoger beroep heeft het hof de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof heeft geoordeeld dat de werknemer er niet op mocht vertrouwen dat per 14 december 2018 een arbeidsovereenkomst was aangegaan voor de duur van een jaar of voor onbepaalde tijd. De werknemer gaat in cassatie.

De A-G concludeert ten aanzien van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel dat het hof uitsluitend heeft beoordeeld of de werknemer erop mocht vertrouwen dat per 14 december 2018 een arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de duur van een jaar of voor onbepaalde tijd en niet of de dagen in december 2018, waarop is proefgedraaid, als een separate arbeidsovereenkomst zijn aan te merken. De werknemer heeft die tweede stelling ook niet aan zijn hoger beroep ten grondslag gelegd. Het hof behoeft daarom ook niet te beoordelen of een separate arbeidsovereenkomst was aangegaan voor de werkzaamheden in december, zodat zijn oordeel op dat punt ook niet onvoldoende gemotiveerd of anderszins onjuist is. Het tweede onderdeel van het cassatiemiddel kan ook niet slagen, omdat ook dit onderdeel vooronderstelt dat het hof heeft geoordeeld dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben gesloten met betrekking tot de 'proefperiode' in december 2018, terwijl het hof hierover niet heeft geoordeeld. De motiveringsklacht van het onderdeel slaagt niet, omdat daarin niet duidelijk wordt gemaakt, met vermelding van vindplaatsen in de gedingstukken, welke aangevoerde feiten en omstandigheden het hof niet zou hebben meegevoerd in zijn oordeel. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan, met toepassing van art. 81 lid 1 RO.

NB. Zie «JAR» 2020/65 voor de uitspraak van het hof. Deze uitspraak heeft kritiek opgeroepen, omdat, door een werknemer een aantal dagen te laten proefdraaien voordat een arbeidsovereenkomst wordt gesloten, in feite de regeling inzake de proeftijd wordt omzeild. Vgl. de noot van