

4.24. Juist omdat (een deel van) de cliënten op de locatie Wijnkoperstraat veel rookten en Yulius er bekend mee was dat deze cliënten afspraken over hun rookgedrag niet nakwamen vanwege hun problematiek, had het op de weg van Yulius gelegen om een deugdelijke rookruimte te creëren met voldoende ruimte, waarin de cliënten konden roken zonder dat de medewerkers van Yulius hier last van hadden en om er nog meer op toe te zien dat de cliënten alleen in deze rookruimte zouden roken en niet op hun kamers en in de sanitaire ruimte. De rookruimten die Yulius heeft gebouwd, voldeden echter niet, zowel wat betreft omvang als wat betreft isolatie en afzuiging. Medewerkers hebben hier jarenlang over geklaagd, zonder dat er voortvarend adequate maatregelen werden getroffen.

4.25. Dit alles leidt dan ook tot de conclusie dat Yulius niet heeft aangetoond dat zij de op haar rustende zorgplicht is nagekomen en zij jegens [eiser] aansprakelijk is voor zijn schade, als het causaal verband tussen de arbeidsomstandigheden en de gezondheidsschade komt vast te staan.

#### *Proportionele aansprakelijkheid*

4.26. Yulius voert aan dat als wordt geoordeeld dat zij tekort is geschoten in haar zorgplicht maar wel onzekerheid bestaat/blijft bestaan over het conditio sine qua non-verband, toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid (vooralnog) niet aan de orde is.

4.27. Op dit moment kan nog niet worden beoordeeld of toepassing van dit leerstuk aan de orde is, omdat nog geen duidelijkheid bestaat over de mogelijke oorza(a)k(en) van de COPD van [eiser]. Ook is nog niet duidelijk, voor zover de schade kan zijn veroorzaakt door zowel het tekortschieten van Yulius in haar zorgplicht als door omstandigheden die voor risico van [eiser] komen, in hoeverre met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van [eiser] door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan. Dit deel van de beslissing wordt daarom aangehouden.

#### *5. De beslissing*

De kantonrechter:

verwijst de zaak naar de rolzitting van 24 december 2020 voor het nemen van een akte door beide partijen waarin zij zich uitlaten als bedoeld in punten 4.13 tot en met 4.15; houdt iedere verdere beslissing aan.

#### NOOT

Onder «JAR» 2021/21.

mr. M.W. Koole  
advocaat bij HDK Advocaten

## 30

### **Correctie van foutief opgegeven aanvangsperiode NOW-subsidieaanvraag niet mogelijk**

Rechtbank Den Haag  
3 december 2020, nr. SGR 20/3724,  
ECLI:NL:RBDHA:2020:12268  
(mr. Harms, mr. Van der Meer, mr. Schotte)  
Noot mr. drs. A.M. Helstone, mr. T.O. Boot,  
deze noot heeft betrekking op «JAR» 2021/30  
en «JAR» 2021/31.

### **Aanvangsdatum meetperiode omzetzaling. Administratiekantoor maakt een fout. Geen ruimte voor correctie achteraf. Hardheidsclausule ontbreekt in NOW 1.0.**

[NOW 1.0 art. 4, 8]

*De ondernemer doet op 8 april 2020 een aanvraag op grond van de NOW 1.0. Op 11 april 2020 kent het UWV de tegemoetkoming toe. De ondernemer gaat in bezwaar tegen het besluit en stelt uiteindelijk beroep in. De reden is dat de boekhouder bij het invullen van het aanvraagformulier abusievelijk 1 april 2020 als aanvangsdatum heeft genoteerd terwijl het restaurant al op 15 maart 2020 haar deuren moest sluiten. Het omzetverlies van de maand maart is daardoor niet meegenomen in de berekening voor de hoogte van de tegemoetkoming. Bij ontdekking van de fout heeft de ondernemer direct contact opgenomen met het UWV en een verzoek tot aanpassing van de aanvraag gedaan omdat sprake is van een kennelijke vergissing. Het UWV stelt zich op het standpunt dat het aanvullen of wijzigen van een aanvraag nadat het primaire besluit is genomen niet mogelijk is. Een correctie moet daarom gelijk worden gesteld met het doen van een nieuwe aanvraag. De regeling biedt daartoe geen ruimte nu het een noodmaatregel betreft.*

*De bestuursrechter overweegt dat een ondernemer onder de NOW 1.0-regeling slechts eenmaal per loonheffingsnummer een subsidieaanvraag kan indienen. Het geschil spitst zich toe op de aanvangsdatum die is gekozen voor de meetperiode voor de omzetzaling. De wetgever heeft beoogd ondernemers flexibiliteit te geven doordat zij tussen twee meetperiodes kunnen kiezen. Het is aan de ondernemer een juiste aanvangsdatum te kiezen. In de toelichting van de regeling is expliciet opgenomen dat het karakter van een noodmaatregel betekent dat onvoorziene consequenties achteraf mogelijk niet gerepareerd kunnen worden. Verder geldt dat de NOW 1.0 een strenge regeling is zonder hardheidsclausule. Dat in een bezwaarfase altijd een volledige heroverweging dient plaats te vinden, maakt dit niet anders. Alleen als sprake is van een puur administratieve belemmering die buiten de risicosfeer van de ondernemer ligt, kan worden afgeweken van de bepalingen uit de NOW 1.0. Als een administratiekantoor abusievelijk een onjuiste datum opgeeft bij de aanvraag, is geen sprake van een puur administratieve belemmering in de zin van de NOW 1.0. Een dergelijke fout blijft voor rekening en risico van de ondernemer.*

*NB. Ook in «JAR» 2020/246 en «JAR» 2021/31 werd overwogen dat de NOW geen hardheidsclausule kent en dat er daarom geen ruimte is voor een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. In «JAR» 2020/265, m.nt. Helstone en Boot, werd wel enige ruimte geboden voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel als zijnde één van de beginselen van behoorlijk bestuur, maar leidde dat niet tot vernietiging van het besluit van het UWV om geen voorschot toe te kennen.*

*Chinees Indisch Restaurant [eiseres] V.O.F. te [vestigingsplaats],*

*eiseres,*

*gemachtigde: mr. M.P. de Witte,*

*tegen*

*de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, namens deze de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv),*

*verweerder,*

*gemachtigden: mr. J.J. Grasmeijer en mr. M.C. Puister.*

*Procesverloop*

*(...)*

#### *Overwegingen*

1.1. Op 8 april 2020 heeft eiseres een aanvraag gedaan op grond van de NOW 1.0 in verband met een verwacht omzetverlies van 100% vanaf 1 april 2020. Bij de aanvraag heeft eiseres een kopie van de bankafschriften van de ondernemersrekening van eiseres over de periode van 1 januari 2019 tot en met 3 januari 2019 gevoegd.

1.2. Bij het primaire besluit heeft verweerder aan eiseres een tegemoetkoming toegekend van € 18.227,-. Hiervan wordt € 14.583,- als voorschot uitbetaald. Voornoemde bedragen zijn berekend op basis van het verwachte omzetverlies over de periode van 1 april 2020 tot en met 30 juni 2020. Verweerder is daarbij uitgegaan van de loonsom in het aangiftetijdvak januari 2020. Eiseres heeft tegen het primaire besluit bezwaar gemaakt.

2. Bij het bestreden besluit heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat het niet mogelijk is om een aanvraag na afgifte van het primaire besluit aan te vullen of te wijzigen. Het nadien wijzigen van de periode waarover verzocht is om een tegemoetkoming, wordt gelijkgesteld met het indienen van een nieuwe aanvraag. De NOW 1.0 biedt deze mogelijkheid niet. De NOW 1.0 is immers een noodmaatregel die opgesteld is om verweerder de mogelijkheid te bieden om in korte tijd een grote hoeveelheid aanvragen te beoordelen. De mogelijkheid om een aanvraag later te wijzigen of aan te vullen zou de uitgangspunten van de NOW 1.0 in gevaar brengen. Het is daarom niet mogelijk om af te wijken van de regeling. Dit betekent dat de aanvangsdatum van de meetperiode naar aanleiding van het bezwaar niet wijzigt en 1 april 2020 blijft.

3. In beroep herhaalt eiseres dat in de aanvraag abusievelijk 1 april 2020 als aanvangsdatum van de meetperiode is vermeld in plaats van 1 maart 2020. De boekhouder heeft bij het invullen van het aanvraagformulier over het hoofd gezien dat over de maand maart 2020 ook al sprake was van fors omzetverlies, omdat het restaurant op last van de overheid op 15 maart 2020 is dichtgegaan. Nadat eiseres kennisnam van het primaire besluit heeft zij direct contact opgenomen met verweerder om aan te geven dat de gekozen meetperiode april tot en met juni niet juist is en dat het de bedoeling was om een tegemoetkoming aan te vragen over de meetperiode maart tot en met mei. Er is daarmee geen sprake van het achteraf kiezen voor een voordelige(re) meetperiode. Toen het verzoek tot aanpassing in april werd ingediend,

moest immers nog blijken wat de omzetzaling over de desbetreffende maanden zou zijn. Er is ook geen sprake van een verzoek tot wijziging dat gelijkgesteld moet worden met het indienen van een nieuwe aanvraag. Het is slechts een verzoek tot aanpassing als gevolg van een vergissing. De NOW 1.0 is bedoeld om werkgevers te compenseren voor een aantoonbare omzetzaling. Uit de regeling volgt niet dat het niet mogelijk is om een tijdig gemelde kennelijke vergissing te herstellen. Het betreft namelijk enkel een administratieve wijziging. Ter onderbouwing van haar beroep heeft eiseres twee berekeningen van de hoogte van de tegemoetkoming verstrekt. In de eerste berekening is de periode maart tot en met mei als meetperiode gehanteerd en in de tweede berekening de periode april tot en met juni. De eerste berekening resulteert in een hogere tegemoetkoming. Ter zitting heeft de gemachtigde van eiseres tegen die achtergrond benadrukt dat het belang van haar beroep dan ook is gelegen in de gunstiger uitkomst voor de uiteindelijke toekenning, indien bij de berekening een aanvangsdatum van 1 maart 2020 wordt gehanteerd.

4. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

5. Ingevolge artikel 4 van de NOW 1.0, voor zover hier van belang, kan de Minister aan een werkgever, die gedurende een aaneengesloten periode van drie kalendermaanden in de periode van 1 maart 2020 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. Ingevolge artikel 8, derde lid, van de NOW 1.0 kan de werkgever eenmaal per loonheffingsnummer een subsidieaanvraag indienen.

Uit het vierde lid, sub c, volgt dat in de subsidieaanvraag in ieder geval vermeld wordt in welke aaneengesloten periode van drie kalendermaanden binnen de periode van 1 maart tot en met 31 juli 2020 de werkgever een omzetzaling verwacht.

6. De rechtbank stelt vast dat het geschil enkel betrekking heeft op de aanvangsdatum van de meetperiode. Partijen houdt verdeeld de vraag of deze aanvangsdatum naderhand nog gewijzigd kan worden.

7.1. In het verweerschrift geeft verweerder aan dat het een bewuste keuze van de wetgever is geweest om de aanvrager per loonheffingsnummer een-

malig de mogelijkheid te bieden een aanvraag in te dienen. Volgens verweerder is het aan de aanvrager om de juiste gegevens op de aanvraag te vermelden en is het niet mogelijk om deze later te corrigeren.

7.2. De rechtbank volgt verweerder hierin. Uit de toelichting bij de NOW 1.0 volgt immers dat de wetgever aan werkgevers flexibiliteit heeft geboden bij het kiezen van de meetperiode waarover de omzetzaling zich moet voordoen vanwege het zogenoemde na-ijleffect (het effect dat een terugval in de vraag of productie niet onmiddellijk in een terugvallende omzet tot uitdrukking komt).<sup>1</sup> De keuze voor de meetperiode moet bij de aanvraag gemaakt worden; bij de definitieve afrekening kan de meetperiode niet meer worden aangepast.<sup>2</sup> Ook in de toelichting bij artikel 4 wordt benadrukt dat het aan de werkgever is om bij de aanvraag aan te geven welke drie aaneengesloten kalendermaanden als meetperiode gebruikt moeten worden.<sup>3</sup> Voorts blijkt uit de toelichting dat bij de NOW 1.0 ervoor gekozen is om de eenvoud en de controleerbaarheid als prioriteit te stellen.<sup>4</sup> Ten slotte wordt in de toelichting aangegeven dat de snelheid waarmee de noodmaatregel tot stand is gekomen, impliceert dat mogelijk zaken over het hoofd zijn gezien en dat de regeling onvoorziene consequenties kan hebben die achteraf niet gerepareerd kunnen worden. Dit hangt samen met de noodzaak van het op zeer korte termijn beschikbaar stellen van voorschotten en de consequentie daarvan dat de definitieve subsidie achteraf wordt vastgesteld door het Uvw.<sup>5</sup>

7.3. Uit het voorgaande volgt dat de NOW 1.0 een strenge regeling is die geen ruimte biedt om een aanvraag achteraf te corrigeren. De ter zitting door de gemachtigde van eiseres naar voren gebrachte stelling, namelijk dat in de bezwaarfase altijd een volledige heroverweging dient plaats te vinden, maakt dit niet anders. Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder namelijk toegelicht dat er enkel ruimte is om af te wijken van de bepalingen uit de NOW 1.0 wanneer sprake is van een puur administratieve belemmering, die buiten de risicosfeer valt van de ondernemer die de aan-

1 Zie Stcrt. 2020, 19874, p. 12.

2 Idem.

3 Zie Stcrt. 2020, 19874, p. 20-21.

4 Stcrt. 2020, 19874, p. 12.

5 Stcrt. 2020, 19874, p. 16.

vraag heeft ingediend. In dit geval is geen sprake van een dergelijke belemmering maar veeleer van voortschrijdend inzicht, aldus verweerder. De rechtbank ziet geen aanleiding om verweerder op dit punt niet te volgen. Daarbij neemt de rechtbank mede in aanmerking dat eiseres zelf verantwoordelijk is voor een juiste invulling van het aanvraagformulier, ook wanneer zij daarbij gebruikt maakt van een administratiekantoor. De door het administratiekantoor gemaakte fout komt dan ook voor rekening en risico van eiseres. Voorts is in dit verband terecht door verweerder benadrukt dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen geen hardheidsclausule op te nemen in de NOW 1.0. De rechtbank stelt vast dat een dergelijke clausule ook naderhand niet alsnog in de regeling is opgenomen, ondanks het feit dat de NOW 1.0 reeds meermaals is gewijzigd. De rechtbank ziet in hetgeen in beroep is aangevoerd dan ook geen aanleiding te oordelen dat verweerder in de besluitvorming onjuiste toepassing heeft gegeven aan de onderhavige regeling.

8. Het beroep is dan ook ongegrond.

9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

#### *Beslissing*

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

#### **NOOT**

Deze noot heeft betrekking op «JAR» 2021/30 en «JAR» 2021/31.

Het oordeel van de rechtbank in beide zaken illustreert scherp dat fouten bij de aanvraag van een subsidie onder de NOW achteraf niet gecorrigeerd kunnen worden en, behoudens administratieve belemmeringen, niet verschoonbaar zijn. Een beroep op verschoonbaarheid wordt dus ook niet gehonoreerd in de gevallen waarin geen sprake is van fraude of oneigenlijk gebruik. Zo leidt een kennelijke vergissing of abusievelijk verkeerde invulling van de aanvangsdatum van de meetperiode (de periode waarover de werkgever omzetverlies verwacht) tot een lagere subsidie (zie hiervoor de uitspraak van 3 december 2020) en een correctie op de loonsom ná de door de NOW vereiste peildatum tot een volledige afwijzing van de subsidieaanvraag (zie hiervoor de uitspraak van 8 december 2020). De belangrijkste

oorzaak hiervan is dat de NOW geen hardheidsclausule kent en dus geen ruimte biedt voor maatwerk.

Deze uitspraken passen binnen de bestaande lijn in de tot nu toe gewezen uitspraken over de aanvragen voor verlening van een NOW-subsidie (zie over de peildatum voor de loonsom die in geschil was in de uitspraak van 8 december 2020 bijvoorbeeld rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, «JAR» 2020/246). Deze strikte toepassing van de NOW staat in schrill contrast met de beoogde eenvoud die oorspronkelijk door de regering werd beoogd.

Tegen deze achtergrond is een fundamentele herbezinning noodzakelijk over de argumenten die pleiten voor (i) een alternatieve benadering die nog steeds strookt met het doel van de NOW en (ii) het wél toestaan van een hardheidsclausule met inachtneming van waarborgen tegen fraude en oneigenlijk gebruik. Dit klemt temeer omdat de COVID-19 maatregelen door de regering verder zijn aangescherpt en hierdoor naar verwachting nog meer gebruik zal worden gemaakt van de laatste twee tranches van de NOW (NOW-3).

Aangezien een hardheidsclausule ontbreekt en de bestaande rechterlijke lijn zich verder bestendigt, is aannemelijk dat een substantieel aantal NOW-aanvragen zal resulteren in een afwijzing door het UWV, gevolgd door een rechterlijke procedure. Opvallend is dat de minister van SZW de knelpunten in de uitvoering erkent en het risico op een groot aantal afwijzingen door het UWV heeft ingecalculeerd: uit een recente Kamerbrief van 3 december 2020 (*Kamerstukken II 2020/21, 35420, nr. 199*) blijkt namelijk dat de minister voor de definitieve afrekening bij de subsidievestiging van de NOW-1 al rekening houdt met terugvordering van de verleende subsidie in 60% van de gevallen. Kennelijk acht de minister het ontbreken van een hardheidsclausule nog steeds gerechtvaardigd vanwege de door hem genoemde redenen van eenvoud, uitvoerbaarheid en controleerbaarheid. Deze redenen zijn op zichzelf begrijpelijk aangezien de NOW oorspronkelijk is geconstrueerd als een tijdelijke noodmaatregel. Het is verdedigbaar dat het behoud van werkgelegenheid als belangrijkste doel bij inwerkingtreding van de NOW-1 destijds alleen mogelijk was door middel van een eenvoudige regeling met een generieke opzet, waarbij geen rekening kon worden gehouden met specifieke sectoren (zoals

luchtvaart, horeca of detailhandel) of de omvang van de onderneming (de groep versus de kleine onderneming). Al deze argumenten doen volgens ons echter niet af aan de mogelijkheid om in uitzonderlijke gevallen de toepassing van een hardheidsclausule bij de beoordeling van de NOW-subsidieverlening wel toe te staan, ervan uitgaande dat geen sprake is van fraude, misbruik of oneigenlijk gebruik.

Hierbij valt te denken aan de volgende uitzonderingssituatie die zich zou kunnen voordoen bij het invullen van de aanvangsdatum van de meetperiode voor het te verwachten omzetverlies (dit was in geschil in de uitspraak van 3 december 2020, in deze uitspraak ging het om de meetperiode bij een aanvraag onder de NOW-1) bij een aanvraag op basis van de NOW-3. Aanvragen voor de eerste tranche van de NOW-3 waren in eerste instantie mogelijk in de periode van 16 november 2020 tot en met 13 december 2020. Werkgevers moesten op dat moment dus kiezen voor een aaneengesloten periode van drie maanden met een aanvangsdatum van 1 oktober, 1 november of 1 december 2020. Vanaf 15 december 2020 geldt echter als gevolg van nieuwe COVID-19 maatregelen voor de detailhandel dat alle niet-essentiële winkels gedwongen waren hun ondernemingen te sluiten. Om die reden is een extra aanvraagtijdvak opengesteld voor de NOW-3 tot en met 27 december 2020 (*Stcrt.* 2020, 67954). Het is aannemelijk dat een winkel bij aanvraag van de eerste tranche van de NOW-3 in de oorspronkelijke aanvraagperiode geen rekening heeft kunnen houden met deze nieuwe COVID-19 maatregelen aangezien deze vooraf niet (volledig) voorzienbaar waren op het tijdstip van de aanvraagperiode. In dit geval is voorstelbaar dat de winkel-aanvrager de aanvangsdatum op basis van voortschrijdend inzicht zal willen wijzigen (vanaf 1 december 2020 in plaats van 1 oktober 2020 of 1 november 2020) om de periode van de gedwongen sluiting vanaf 15 december 2020 te overbruggen. Ervan uitgaande dat geen sprake is van fraude of misbruik, valt niet in te zien waarom een correctie van de aanvangsdatum van de meetperiode binnen de aanvraagperiode niet kan worden gerechtvaardigd. In de eerste plaats moet het argument van controleerbaarheid worden gerelativeerd vanwege de bevoegdheid van het UWV om het subsidievoorschot ingeval van misbruik ingevolge de NOW en de Awb terug te vorderen en de subsidievaststelling te wijzigen of

in te trekken (zie hiervoor art. 4:95 lid 4 en art. 4:49 lid 1 Awb). Ten tweede zou het in dit geval mogelijk moeten zijn voor een werkgever om de aanvraag binnen de aanvraagperiode in te trekken en een geheel nieuwe gecorrigeerde aanvraag in te dienen. Naar ons oordeel levert dit geen strijd op met de NOW en moet deze situatie worden onderscheiden van de situatie waarin de werkgever, wanneer het UWV de subsidieverlening weigert, niet nogmaals op basis van hetzelfde loonheffingnummer een nieuwe aanvraag mag indienen.

Alles afwegende zien wij daarom zeker mogelijkheden voor de minister van SZW om voor uitzonderingsgevallen de toepassing van een hardheidsclausule in de NOW mogelijk te maken. Dat zou in ieder geval voor de laatste tranches van de NOW-3 kunnen worden toegestaan met inachtneming van de waarborgen tegen fraude en misbruik. Deze meer genuanceerde benadering doet naar ons oordeel beter recht aan het oorspronkelijke doel van de NOW.

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

mr. T.O. Boot  
advocaat bij Stibbe

## 31

### Terechte afwijzing subsidie NOW 2.0 vanwege nulaangifte door accountant

Rechtbank Den Haag  
8 december 2020, nr. SGR 20/5323,  
ECLI:NL:RBDHA:2020:12419  
(mr. Van der Meer, mr. Harms, mr. Schotte)  
Noot mr. drs. A.M. Helstone, mr. T.O. Boot,  
onder «JAR» 2021/30.

### Loonaangifte maanden na peildatum gecorrigeerd. Eigen accountant maakt fout. Hardheidsclausule ontbreekt in NOW 2.0.

[Awb art. 4:84; NOW 2.0 art. 5 sub c, 8]

*De ondernemer ontvangt op grond van de NOW 1.0 subsidie voor de loonkosten. Op 16 april 2020 mailt de ondernemer een spreadsheet met de te*