

De subsidievaststelling voor de NOW-1 en de NOW-2: over termijnen, haken, ogen en herstelmogelijkheden

ArbeidsRecht 2020/41

In deze bijdrage wordt een aantal belangrijke aandachtspunten belicht die relevant zijn voor de vaststellingsaanvraag die werkgevers moeten indienen voor de subsidievaststelling van UWV voor de eerste tranche (de “NOW-1”)² en de tweede tranche (de “NOW-2”)³ van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (de “Subsidievaststelling”).⁴

1. Afbakening en belang van onderwerp

De besluitvorming van UWV over de NOW-subsidie verloopt via (i) de subsidieverlening waarbij het voorschot op de subsidie wordt verleend en (ii) de Subsidievaststelling. Ten aanzien van de subsidieverlening is de huidige inschatting dat tot en met 12 juni 2020 een bedrag aan subsidievoorschotten voor de NOW-1 is verstrekt van € 6,2 miljard en voor de NOW-2 een (aanzienlijk lager) bedrag van € 2,1 miljard.⁵

Nu de fase van subsidieverlening op basis van de NOW-1 en de NOW-2 is afgerond, moeten werkgevers zich voorbereiden op de Subsidievaststelling door indiening van een vaststellingsaanvraag bij UWV. Vanaf 7 oktober 2020 is het voor werkgevers mogelijk de Subsidievaststelling bij UWV aan te vragen voor de NOW-1; vanaf 16 november 2020 voor de NOW-2. Bij de Subsidievaststelling toetst UWV of de werkgever aan alle subsidieverplichtingen heeft voldaan. Bij niet-naleving hiervan kan dit (afhankelijk van de overtreding) leiden tot korting, nihilstelling, wijziging of intrekking van de Subsidievaststelling. Voorafgaand aan de

indiening van de vaststellingsaanvraag zullen werkgevers zich er dus zorgvuldig van moeten vergewissen of aan alle subsidieverplichtingen is voldaan.

Voor de vaststellingsaanvraag is van belangom de laatste wijzigingen in ogenschouw te nemen die zijn aangebracht in de NOW-1 en de NOW-2 en die vanaf 1 oktober 2020 van kracht zijn (de “Gewijzigde Regeling”).⁶ De Gewijzigde Regeling is relevant voor de vaststellingsaanvraag die werkgevers moeten indienen voor de subsidievaststelling van UWV op grond van de NOW-1 en de NOW-2.

De kern van de Gewijzigde Regeling is dat deze een herstelmogelijkheid biedt voor werkgevers om alsnog bij de Subsidievaststelling een subsidieaanvraag te doen op het niveau van de werkmaatschappij (de “**Concernuitzondering**”) waar dit voor die werkgevers eerder niet mogelijk was (de “**Herstelmogelijkheid**”). De Concernuitzondering is sinds 5 mei 2020 van kracht (de “**Inwerkingtredingsdatum**”) en houdt – kort gezegd – in dat een werkmaatschappij die ten minste 20%⁷ omzetverlies lijdt terwijl het concern waarvan de werkmaatschappij deel uitmaakt minder dan 20% omzetzaling heeft, toch een beroep kan doen op de NOW-subsidie. De Herstelmogelijkheid is van essentieel belang voor de vaststellingsaanvraag van die werkgevers die geen rekening konden houden met de Concernuitzondering en vóór de Inwerkingtredingsdatum al een aanvraag voor subsidieverlening hadden ingediend en aan wie op basis hiervan een voorschot is toegekend. Voor hen biedt de Herstelmogelijkheid uitkomst doordat deze werkgevers alsnog bij de aanvraag voor de Subsidievaststelling een beroep op de Concernuitzondering kunnen doen en hiervoor in aanmerking komen op grond van de hieraan gestelde voorwaarden. Het belang hiervan is groot: indien op de verkeerde grondslag een NOW-subsidie is aangevraagd, zal dit bij de Subsidievaststelling tot nihilstelling en terugbetaling van het gehele subsidiebedrag leiden. Naast de Herstelmogelijkheid voorziet de Gewijzigde Regeling ook in enkele andere wijzigingen in de NOW-1 en de NOW-2 die relevant zijn voor de Subsidievaststelling en toetsing door UWV.

De achtergrond en de betekenis van de Gewijzigde Regeling moeten in de bredere NOW-context worden geduid:

1 Mr. drs. A.M. Helstone is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Zie voor een eerste verkennende bijdrage van de auteur over de NOW-1 in dit tijdschrift A.M. Helstone, ‘Van WTV naar NOW: van werktijdverkorting naar loonkostensubsidie’, *ArbeidsRecht* 2020/22. De tekst van deze bijdrage is door de auteur afgesloten op 5 oktober 2020. Geen rekening is gehouden met ontwikkelingen en wijzigingen van na deze datum. De tekst van de regeling van de NOW-3 zal naar verwachting medio oktober 2020 in de Staatscourant worden gepubliceerd en blijft om die reden, mede gelet op de reikwijdte van het onderwerp van deze bijdrage, volledig buiten beschouwing. De NOW-3 zal in drie achtereenvolgende tranches van kracht worden en de hiervoor geldende aanvraagperiode zal lopen vanaf 1 oktober 2020 (met terugwerkende kracht) tot 1 juli 2021. Zie voor een verkennende beschouwing van de NOW-3: J.P.M. van Zijl, ‘NOW-3’, *AR-commentaar* 2020, week 35 en voor de voorwaarden van de NOW-3: de Kamerbrief Tijdelijke noodmaatregelen voor werkbehoud 3, vaststellingsproces NOW 1 en wijzigingsregeling NOW 1 en 2 van 30 september 2020: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-950722> (*Kamerstukken II* 2019/20, 35420, 142).

2 Zie voor de NOW-1 en de bijbehorende toelichting: *Stcrt.* 2020, 19874, zoals gewijzigd door *Stcrt.* 2020, 20561, *Stcrt.* 2020, 25372, *Stcrt.* 2020, 29256 en *Stcrt.* 2020, 50202.

3 Zie voor de NOW-2 en de bijbehorende toelichting: *Stcrt.* 2020, 34308, zoals gewijzigd door *Stcrt.* 2020, 50202.

4 Zie voor de Subsidievaststelling artikel 14 NOW-1 en artikel 18 NOW-2.

5 Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2019/20, 35420, 108.

6 Zie voor de Gewijzigde Regeling: Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) van 25 september 2020, nr. 2020-0000127109, tot wijziging van de Eerste tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid en van de Tweede tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid in verband met het bieden van een herstelmogelijkheid voor het aanvragen van subsidie op het niveau van een werkmaatschappij en enkele andere wijzigingen (*Stcrt.* 2020, 50202).

7 De uitkomst van de berekening van de omzetzaling van 20% wordt uitgedrukt in hele procenten en naar boven afgerond. Zie hiervoor de laatste volzin van respectievelijk artikel 6 NOW-1 en artikel 6 NOW-2.

de ratio en het doel van de Herstelmogelijkheid en de Gewijzigde Regeling zijn gelegen in een tegemoetkoming van enkele onbedoelde knelpunten van de NOW-1 en de NOW-2. Deze knelpunten zijn omvangrijk en hoofdzakelijk toe te rekenen aan het generieke karakter van de NOW als loonkostensubsidie waarbij het doel was om na het uitbreken van de coronacrisis werkgevers snel te voorzien van voorschotten op basis van de subsidieverlening. Die snelheid en het grofmazige karakter van de opzet en omvang van de NOW-regelingen kennen een belangrijke keerzijde aangezien niet alle gevolgen bij de oorspronkelijke inwerkingtreding goed doordacht zijn en de uitvoering bepaald geen sinecure is. Deze keerzijde wordt geïllustreerd door de achtereenvolgende wijzigingen van de NOW-1 en de knelpunten die zijn gesignaleerd. Dat leidt in de praktijk tot schrijnende gevallen bij ondernemingen die vastlopen in de NOW-procedure, terwijl deze regeling wel voor hen bedoeld is.

De minister van SZW heeft inmiddels erkend dat er knelpunten en schrijnende gevallen zijn en heeft aangekondigd te voorzien in aanvullende herstelmogelijkheden.⁸ Deze herstelmogelijkheden zijn echter niet opgenomen in de Gewijzigde Regeling en zullen dus later volgen. Al deze herstelmogelijkheden zijn relevant omdat de NOW-1 en de NOW-2 vanwege het generieke en op snelheid gerichte karakter geen hardheidsclausule kennen en individueel maatwerk voor UWV om die reden niet (ook niet in schrijnende gevallen) mogelijk is. Dit uitgangspunt is inmiddels in een aantal uitspraken van de bestuursrechter over afwijzingen van de NOW-subsidieverlening in geschillen tussen werkgevers en UWV bevestigd. Gelet op de complexe issues die zich kunnen voordoen bij de Subsidievaststelling en omdat de NOW-1 en de NOW-2 geen hardheidsclausule kennen, is voorzienbaar dat dit zal leiden tot omvangrijke bezwaar- en beroepsprocedures tegen de besluiten van UWV ten aanzien van de Subsidievaststelling. Het is dus van belang de wijze van toetsing door de bestuursrechter te kunnen doorgronden om deze procedures adequaat te kunnen voeren.

Ik behandel in deze bijdrage uitsluitend⁹ (i) de Gewijzigde Regeling en de Herstelmogelijkheid en (ii) de aanvraag- en beslistermijn voor de Subsidievaststelling en de rechtsgevolgen ingeval de subsidieverplichtingen van de NOW-1 en de NOW-2 niet zijn nageleefd. Tot slot besteed ik aandacht aan rechtsbescherming en het gebrek aan een hardheidsclausule in de NOW-1 en NOW-2 en de vraag naar ruimte voor exceptieve toetsing in schrijnende gevallen op basis van de tot nu toe gepubliceerde NOW-jurisprudentie.¹⁰ Ik

veronderstel dat de lezer bekend is met de onderliggende systematiek van de voorwaarden en de kern van de subsidieverplichtingen op grond van de NOW-1 en de NOW-2. In dit verband verwijs ik naar de relevante literatuur.¹¹

Doel van deze bijdrage is om arbeidsrechtbeoefenaars enkele belangrijke gezichtspunten aan te reiken die relevant zijn voor de aanvraag van de Subsidievaststelling. Hoewel de reikwijdte van deze bijdrage zich beperkt tot de NOW-1 en de NOW-2 zijn de kern en onderliggende systematiek van de hierin genoemde aandachtspunten in beginsel ook relevant voor de Subsidievaststelling op grond van ieder van de (aankomende drie) tranches van de NOW-3.

2. De gewijzigde regeling

Voor een goed begrip en om de niet geheel in de Concernuitzondering ingevoerde lezer in staat te stellen de Herstelmogelijkheid te duiden, belicht ik eerst kort de ratio, de plaats en de context van de Concernuitzondering in de NOW-1 en de NOW-2.

Concernuitzondering

Een van de kerneisen voor een geslaagd beroep op de NOW-subsidie is dat sprake moet zijn van ten minste 20% omzetverlies. De hoofdregel voor concerns, als bedoeld in artikel 2:24b BW (waarbij rechtspersonen met dochtermaatschappijen in de zin van artikel 2:24a BW worden gelijkgesteld aan een concern), is dat wordt aangesloten bij de omzet op concernniveau. De gedachte hierachter is dat de omzetsdaling en de inzetbaarheid van werknemers op concernniveau samen komen.¹² Bij inwerkingtreding van de NOW-1 gold deze hoofdregel voor concerns dan ook als ingangseis. Toepassing van deze hoofdregel zou echter als ongewenst (en onbedoeld) gevolg hebben dat individuele verlieslijdende werkmaatschappijen, die voldoen aan de ingangseis van ten minste 20% omzetverlies, geen beroep zouden kunnen doen op de NOW-1 als andere concernonderdelen geen of minder dan 20% omzetverlies zouden lijden.¹³ Om die reden is de NOW-1 gewijzigd en geldt met ingang

8 Zie hiervoor de (aangenomen) motie Tielen in *Kamerstukken II 2019/20*, 35473, 13, *Kamerstukken II 2019/20*, 35420, 108 en de Kamerbrief 'Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkbehoud 3, vaststellingsproces NOW 1 en wijzigingsregeling NOW 1 en 2' van 30 september 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 35420, 142).

9 Ik streef met deze bijdrage geen volledigheid na. Daarvoor zijn de aandachtspunten voor de Subsidievaststelling, de gesignaleerde knelpunten en de voorbeelden van de uitvoeringstechnische problemen van de NOW-1 en de NOW-2 te omvangrijk.

10 Deze NOW-jurisprudentie is tot nu toe nog pril. Waar mogelijk verwijs ik in deze bijdrage tevens naar de bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht (de "Awb") die relevant zijn voor de NOW-1 en de NOW-2.

11 Zie over de NOW-1: J.M. van Slooten, 'De NOW: een loonsubsidierегeling met enkele strategische aspecten', *Ondernemingsrecht* 2020/64; A.M. Helstone, 'Van WTV naar NOW: van werktijdverkorting naar loonkostensubsidie', *ArbeidsRecht* 2020/22 en P.A. Hogewind-Wolters & S.F.H. Jellinghaus, 'De korte weg van werktijdverkorting naar NOW: speed over perfection?', *TAP* 2020/95 en de commentaren van J.P.M. van Zijl in 'O jee, de NOW', *AR-commentaar* 2020, week 16, 'Aanpassing NOW', *AR-commentaar* 2020, week 18, 'Derde wijziging NOW en verlenging NOW (NOW 2.0)', *AR-Overzichtsartikel* 2020, week 23 en 'Vierde wijziging NOW-1 en NOW-2', *AR-commentaar* 2020, week 27. Zie voor een praktijkgericht overzicht van de NOW-2 en alle subsidieverplichtingen: P.A. Hogewind-Wolters & S.F.H. Jellinghaus, 'NOW 2.0: slotakkoord of opmaat?', *TAP* 2020/159. Daarnaast verwijs ik naar G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke maatregelen in corona-tijd*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 en het commentaar op de NOW-1 en de NOW-2 van A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & F.M. Dekker, *Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid*, Den Haag: Bju 2020 (2^e druk).

12 Zie hiervoor de toelichting bij de NOW-1, p. 10-11.

13 Zie hierover ook het advies van de Stichting van de Arbeid (STAR) dat – mede – tot een wijziging van de NOW-1 en de Concernuitzondering heeft geleid: zie hiervoor de brief van de STAR aan de minister van SZW van 10 april 2020.

van de Inwerkingtredingsdatum de Concernuitzondering:¹⁴ aan een individuele verlieslijdende werkmaatschappij kan op grond hiervan een NOW-subsidie worden verstrekt mits (i) de werkmaatschappij ten minste 20% omzetverlies lijdt en (ii) het concern als geheel minder dan 20% omzetverlies heeft. In alle andere gevallen waarin het concern als geheel ten minste 20% omzetverlies lijdt, zal moeten worden teruggevallen op de hiervoor genoemde hoofdregel en kan uitsluitend een NOW-subsidie op basis van het omzetverlies op concernniveau worden aangevraagd. In die gevallen kan dus geen beroep worden gedaan op de Concernuitzondering. Doen werkgevers dit wel, dan zal dit leiden tot nihilstelling bij de Subsidievaststelling, omdat zij in dat geval niet voldoen aan de Concernuitzondering.¹⁵

Voor een beroep op de Concernuitzondering gelden daarnaast – kort gezegd – als belangrijkste voorwaarden dat (i) de werkgever een overeenkomst met vakbonden moet hebben gesloten over werkbehoud en (ii) er een verklaring moet worden afgegeven door zowel het groepshoofd (of de moedermaatschappij) en de verlieslijdende werkmaatschappij dat over 2020 geen bonussen en dividenden worden uitgekeerd (de “**Kernvoorwaarden**”).¹⁶ Aan deze twee voorwaarden moet in ieder geval op grond van de NOW-1 en de NOW-2 zijn voldaan op het tijdstip van de aanvraag voor de subsidieverlening waarbij de voorschotten worden toegekend. Zoals hiervoor reeds benoemd, heeft de subsidieverlening op grond van de NOW-1 en de NOW-2 reeds plaatsgevonden aangezien de aanvraagperiodes hiervoor zijn geëindigd.

In de praktijk bleek problematisch dat werkgevers vóór de Inwerkingtredingsdatum geen rekening konden houden met de Concernuitzondering. Gelet op de zorgen die hierover werden geuit,¹⁷ heeft de minister van SZW per 1 oktober 2020 de Herstelmogelijkheid geïntroduceerd. Voor deze werkgevers geldt dat zij alsnog bij de aanvraag voor de Subsidievaststelling een beroep op de Concernuitzondering kunnen doen, mits zij voldoen aan de hieraan gestelde voorwaarden.

Herstelmogelijkheid

De kern van de Herstelmogelijkheid biedt uitkomst voor die ondernemingen die vóór de Inwerkingtredingsdatum een aanvraag voor subsidieverlening van de NOW-1 hadden ingediend en nog niet bekend waren met deze mogelijkheid, terwijl achteraf vaststond dat zij alleen op basis van de Concernuitzondering een beroep op de NOW-1 hadden moeten

doen. De voorwaarde dat sprake is van minder dan 20% omzetverlies voor het gehele concern geldt hierbij onverkort. Ook bij een beroep op de Herstelmogelijkheid zal dit dus zorgvuldig moeten worden getoetst; is sprake van ten minste 20% omzetverlies op concernniveau, dan zal immers, zoals hiervoor toegelicht, moeten worden teruggevallen op de hoofdregel die voor concerns geldt. De Herstelmogelijkheid is dan niet in te roepen bij de Subsidievaststelling.

Een beroep op de Herstelmogelijkheid kan met ingang van 1 oktober 2020 bij de Subsidievaststelling alsnog worden gedaan; de subsidieverlening is inmiddels afgelopen. Hierbij zal ook aan de Kernvoorwaarden pas bij de Subsidievaststelling hoeven te zijn voldaan.

Dit betekent dat de werkgever in de vaststellingsaanvraag dient te verklaren dat hij voldoet aan de voorwaarden voor de Concernuitzondering. Opvallend is dat bij de vaststellingsaanvraag bij een beroep op de Herstelmogelijkheid geen onderliggende documenten of stukken hoeven te worden meegestuurd aan UWV waaruit blijkt dat aan het omzetverliescriterium is voldaan of waaruit volgt dat aan de voorwaarden voor de Concernuitzondering is voldaan. Wel moet de derdenverklaring of accountantsverklaring worden meegestuurd, indien dat vereist is.¹⁸ Dit ontslaat de werkgever er echter niet van om zorg te dragen voor deze stukken in de eigen administratie. Dat volgt uit de subsidieverplichting tot het voeren van een controleerbare administratie die nog tot vijf jaar na de Subsidievaststelling geldt.¹⁹ Achteraf zal UWV deze documenten gedurende deze vijfjaarstermijn kunnen opvragen.²⁰

Andere wijziging: verbod tot uitkering bonussen, dividenden en inkoop van eigen aandelen over 2020

Hiervoor kwam bij de Kernvoorwaarden voor de Concernuitzondering het verbod tot uitkering van bonussen, dividenden en inkoop van eigen aandelen al aan de orde. Dit verbod is opgenomen in zowel de NOW-1 als in de NOW-2 en geldt op grond van de NOW-2 niet alleen bij de Concernuitzondering, maar ook voor iedere werkgever die een beroep doet op de NOW-2 subsidie en aan wie een voorschot van minimaal € 100.000 wordt verstrekt of waarvoor de definitieve NOW-subsidie op een bedrag van minimaal € 125.000 wordt vastgesteld (het “**Uitkeringsverbod**”).²¹

Oorspronkelijk was over het Uitkeringsverbod in de NOW-1 en de NOW-2 opgenomen dat het verbod geldt tot aan en inclusief de datum van de (aandeelhouders)vergadering waarin

14 De Concernuitzondering en de voorwaarden hiervoor zijn in artikel 6a NOW-1 en artikel 7 NOW-2 verankerd. Zie voor een commentaar op (onder meer) de Concernuitzondering ook: J.P.M. van Zijl, ‘Aanpassing NOW’, AR-commentaar 2020, week 18.

15 Zie voor de nihilstelling indien niet wordt voldaan de Concernuitzondering artikel 14 lid 5 sub c NOW-1 en artikel 18 lid 6 sub c NOW-2.

16 Zie voor de Kernvoorwaarden artikel 6a lid 1 sub c en sub d NOW-1. Uiteraard moet naast de Kernvoorwaarden ook aan alle overige eisen van de Concernuitzondering worden voldaan ex artikel 6a NOW-1.

17 Zie hierover *Kamerstukken II 2019/20*, 35420, 108 en de Kamerbrief ‘Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor Werkbehoud 3, vaststellingsproces NOW 1 en wijzigingsregeling NOW 1 en 2’ van 30 september 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 35420, 142).

18 Zie voor deze eisen artikel 13 leden 2 en 3 NOW-1 en artikel 16 NOW-2.

19 Zie voor deze controleverplichting artikel 13 lid 1 sub e NOW-1 en artikel 15 sub g NOW-2. Schending van deze controleverplichting kan mogelijk ook leiden tot wijziging of intrekking van de Subsidievaststelling ex artikel 16 NOW-1 en artikel 20 NOW-2. Ik behandel deze wijzigings- en intrekingsbevoegdheid van UWV hierna in paragraaf 3.

20 Zie ook de toelichting bij de Gewijzigde Regeling, p. 4.

21 Zie hiervoor artikel 6a lid 1 sub d NOW-2 en artikel 17 NOW-2. Zie over het Uitkeringsverbod ook A.M. Helstone, ‘Het bonus- en dividendverbod bij een beroep op de NOW-subsidie’, *Ondernemingsrecht 2020/123*.

de jaarrekening wordt vastgesteld in 2021.²² De Gewijzigde Regeling voorziet erin dat deze verwijzing komt te vervallen om te verduidelijken dat het Uitkeringsverbod geldt over het jaar 2020. De verwijzing naar de jaarvergadering 2021 zou ten onrechte de suggestie kunnen wekken dat bijvoorbeeld een bonus over 2020 alsnog na de jaarvergadering 2021 zou kunnen worden uitgekeerd. Dat is volgens de minister nadrukkelijk niet de bedoeling en dit uitgangspunt wordt in de Gewijzigde Regeling bekrachtigd. Werkgevers zullen bedacht moeten zijn op hun verplichtingen op grond van het Uitkeringsverbod; handelingen in strijd hiermee leiden bij de Subsidievaststelling tot nihilstelling van het subsidiebedrag.²³ Dit komt in de hiernavolgende paragraaf ook aan de orde.

3. Aanvraag- en beslistermijn subsidievaststelling, rechtsgevolgen en rechtsbescherming

Aanvraag- en beslistermijn

De grondslag voor de Subsidievaststelling is zowel in de NOW-1 (artikel 14) als in de NOW-2 (artikel 18) verankerd. De strekking van de Subsidievaststelling is tweeledig en terug te voeren op de wettelijke grondslag ex artikel 4:42 Awb, i.e. de vaststellingsbeschikking van UWV (i) stelt het bedrag van de NOW-subsidie vast en (ii) geeft aanspraak op uitbetaling van het vastgestelde bedrag. Hiermee is de Subsidievaststelling in navolging van het besluit tot subsidieverlening en toekenning van het voorschot, te kwalificeren als het sluitstuk van de besluitvorming van de NOW-subsidieverstreking.²⁴

De Subsidievaststelling geschiedt niet op basis van een zelfstandige en automatische beoordeling door UWV in vervolg op de subsidieverlening; werkgevers moeten de subsidievaststelling zelf aanvragen bij UWV. De aanvraagtermijn hiervoor is in beginsel 24 weken. Indien een accountantsverklaring vereist is, geldt een aanvraagtermijn van 38 weken: werkgevers hebben bij een voorschotsubsidie vanaf € 100.000 of een definitieve subsidie vanaf € 125.000 een accountantsverklaring nodig. In verband met de verantwoordelijkheid voor de Subsidievaststelling van de NOW-1 zijn inmiddels een accountantsprotocol en de Beleidsregel vaststelling NOW-subsidie (de “Beleidsregel”) gepubliceerd.²⁵

Ik behandel het accountantsprotocol en de Beleidsregel slechts kort en op hoofdlijnen in deze paragraaf. Deze zijn relevant gelet op de eis van de accountantsverklaring die bij gebreke hiervan in beginsel tot een nihilstelling van de subsidie leidt. Werkgevers zullen er steeds op bedacht moeten zijn dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor de gegevens die relevant zijn voor de Subsidievaststelling, ook indien zij gebruik maken van een accountant. Dat geldt volgens de bestuursrechter voor een onjuiste invulling van de gegevens op de loonaangifte,²⁶ maar ook voor gegevens ten aanzien van de andere NOW-verplichtingen, zoals de gegevens over de omzetsdaling.

De aanvraagtermijnen voor de Subsidievaststelling zijn relevant omdat UWV de subsidieverlening intrekt indien een werkgever niet tijdig een aanvraag voor vaststelling doet. Concreet betekent dit dat het subsidievoorschot dat reeds betaald was op grond van de subsidieverleningsbeschikking van UWV onverschuldigd is betaald. In dat geval komt de grondslag voor de subsidieverlening te vervallen en zal UWV het voorschot volledig terugvorderen.²⁷

De beslistermijn voor UWV bij een besluit op de aanvraag van een werkgever voor de Subsidievaststelling is 52 weken.²⁸ Oorspronkelijk was de beslistermijn voor de subsidievaststelling op grond van de NOW-1 22 weken, maar deze termijn is verruimd naar 52 weken.²⁹ De verlenging is ingegeven door het belang van een goede en risicogerichte controle en het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik van de NOW-subsidie.³⁰ Gelet op de administratieve werkbelasting die de NOW-subsidieverstreking met zich brengt, zal deze langere beslistermijn UWV in staat moeten stellen volledig te toetsen in hoeverre de werkgever aan alle subsidieverplichtingen heeft voldaan.

22 Zie hiervoor artikel 6a lid 1 sub d NOW-1 en artikel 17 leden 1 en 3 NOW-2.
23 Zie voor de nihilstelling bij de Subsidievaststelling artikel 14 lid 5 sub c NOW-1 en artikel 18 lid 6 sub d NOW-2.

24 Artikel 4:42 Awb, zie over de algemene bestuursrechtelijke beginselen en eisen aan de Subsidievaststelling ook W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *‘Subsidierecht’*, Deventer: Kluwer 2011, p. 69 e.v.

25 Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2019/20, 35420, 107 en de Beleidsregel van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 september 2020, nr. 2020-0000128045 ten behoeve van de vaststelling van de NOW-subsidie (*Stcrt.* 2020, 51401). De Nederlandse beroepsorganisatie voor accountants (NBA) heeft in verband met het accountantsprotocol aan standaarden gewerkt voor accountants waarvoor een consultatietermijn tot 24 september 2020 liep en die in ieder geval vanaf het tijdstip van de vaststellingsaanvragen voor de NOW-1 (i.e. vanaf 7 oktober 2020) van kracht zouden moeten zijn (aangeduid als Standaard 3900N Accountantsopdracht NOW-regeling – Assurance, waaraan ook wordt gerefereerd in de Beleidsregel vaststelling NOW-subsidie. Zie over de positie van de accountant bij de NOW: A.B. Schoonbeek, ‘Alleen samen krijgen we corona onder controle? Over de kwetsbaarheid van de accountant voor betrokkenheid bij fraude en misbruik van steunmaatregelen’, *Tijdschrift voor Jaarrekeningsrecht* 2020/2, p. 71-80.

26 Zie hiervoor Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911. Het ging in deze uitspraak – kort gezegd – om een uitspraak van de voorzieningenrechter waarin een subsidieverleningsaanvraag voor de NOW-1 was afgewezen door UWV, omdat de werkgever geen loonkosten had gehad in de maanden januari 2020 of november 2019. Bij de beoordeling van de aanvraag werd uitgegaan van de gegevens uit de loonaangifte die waren ingediend op uiterlijk 15 maart 2020. Correctieberichten op de loonaangifte van na 15 maart 2020 werden niet meer meegenomen bij de bepaling van de loonsom. Door een fout van de accountant waren in de loonaangifte over januari 2020 niet de juiste gegevens ingevuld. Het beroep van de werkgever werd daarop in deze uitspraak ongegrond verklaard. Uit deze uitspraak volgt ook dat de NOW-1 geen hardheidsclausule kent; ik ga hierop nader in bij de laatste verkennende paragraaf over de NOW-rechtspraak.

27 Zie voor de terugvordering van voorschotten artikel 4:95 Awb, artikel 15 NOW-1, artikel 19 NOW-2 en de toelichting bij de NOW-2, p. 37.

28 Zie voor de beslistermijn voor de subsidievaststelling van 52 weken artikel 14 lid 6 NOW-1 en artikel 18 lid 7 NOW-2.

29 Zie hiervoor de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2020, 2020-000048664, tot wijziging van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (*Stcrt.* 2020, 20561).

30 Zie ook de toelichting bij de NOW-2, p. 38 bij de toelichting op de beslistermijn ex artikel 18 lid 7 NOW-2.

Toetsing door UWV bij de Subsidievaststelling; rechtsgevolgen bij niet-naleving van de NOW-subsidieverplichtingen

Bij de aanvraag voor de Subsidievaststelling zal (naast de overige eisen)³¹ een verklaring moeten worden ingediend dat aan alle subsidieverplichtingen is voldaan. Het gaat dan primair om de subsidieverplichtingen waaraan wordt gerefereerd in artikel 14 lid 2 sub c NOW-1 (de algemene subsidieverplichtingen van de werkgever uit hoofde van artikel 13 lid 1, onderdelen a en c tot en met i NOW-1) en artikel 18 lid 2 sub d NOW-2 (de algemene subsidieverplichtingen van de werkgever uit hoofde van artikel 15, onderdelen a, d, e en g tot en met k NOW-2), en de verplichtingen uit hoofde van het Uitkeringsverbod uit hoofde van artikel 6a lid 1 sub d NOW-1 en artikel 17 NOW-2).

Niet-naleving van de subsidieverplichtingen kan leiden tot nihilstelling,³² wijziging of intrekking van de Subsidievaststelling.³³

Voordat ik hierop in ga, wijs ik op de respectievelijke boetekortingen die op grond van de NOW-1 en de NOW-2 gelden. Op grond van de NOW-1 geldt een verlaging van het subsidiebedrag, indien de werkgever ontslagaanvragen heeft ingediend op bedrijfseconomische omstandigheden (de "a"-grond), ongeacht of UWV positief of negatief op de aanvragen heeft beslist. In ieder geval wordt 100% van de loonsom van de werknemers die zijn voorgedragen voor bedrijfseconomisch ontslag afgetrokken van de subsidie. Op grond van de NOW-1 geldt een verhoging van 50% als boetekorting dus een totaalbedrag van 150% van de loonsom van de betreffende werknemers voor wie ontslag is aangevraagd wordt in dat geval afgetrokken van de NOW-subsidie. Deze boetekorting van 50% is op grond van de NOW-2 vervallen. In de plaats hiervan geldt een boetekorting van 5% over het totale subsidiebedrag,³⁴ tenzij aan de voorwaarden voor de uitzondering hierop is voldaan.³⁵

Hierna bespreek ik de nihilstelling en de wijzigings- en intrekkingbevoegdheid van UWV.

Nihilstelling

De nihilstelling is het meest verstrekkende gevolg bij niet-naleving van de subsidievoorwaarden op grond van de NOW-1 en de NOW-2; de subsidie wordt dan door UWV op € 0 gefixeerd bij de Subsidievaststelling. Nihilstelling volgt op grond van zowel de NOW-1 als de NOW-2³⁶ in

ieder geval (i) indien geen sprake is van 20% omzetverlies (hetgeen een minimumeis is om in aanmerking te komen voor de NOW-subsidie), (ii) geen accountantsverklaring kan worden overgelegd en (iii) indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden om een beroep te doen op de Concernuitzondering. In aanvulling hierop geldt op grond van de NOW-2³⁷ de niet-naleving van het Uitkeringsverbod als vierde grond voor nihilstelling. In het geval van een nihilstelling zal UWV reeds verleende voorschotten volledig terugvorderen.³⁸

Ten aanzien van de nihilstelling heb ik de volgende observaties. In de eerste plaats geldt dat de respectievelijke nihilstellingsbepalingen in de NOW-1 en de NOW-2 nadrukkelijk bepalen dat dit de gronden zijn op basis waarvan de NOW-subsidie *in ieder geval* op nihil wordt gesteld. De afwezigheid van een accountantsverklaring zal voor UWV op zichzelf al een grondslag voor nihilstelling zijn.³⁹

In de tweede plaats zijn het accountantsprotocol voor de NOW-1 en de Beleidsregel relevant. De Beleidsregel is vanaf 6 oktober 2020 van kracht⁴⁰ en geeft een nadere duiding van de accountantsverklaring. Ook verduidelijkt de Beleidsregel de gevolgen van een niet-goedkeurende accountantsverklaring.

Uitgangspunt is dat een niet-goedkeurende accountantsverklaring tot nihilstelling leidt. Ratio hiervan is gelegen in de aard en het karakter van de NOW-subsidie: UWV moet kunnen vertrouwen op de subsidieverantwoording van de werkgever bij de Subsidievaststelling en dit zorgvuldig kunnen controleren. In de Beleidsregel wordt voor de NOW-1 voor de niet-goedkeurende accountantsverklaring onderscheid gemaakt tussen de mogelijkheid van (i) een verklaring met beperking, (ii) een verklaring van oordeelonthouding of (iii) een afkeurende verklaring. Het protocol en de Beleidsregel voorzien in een uitzondering op de nihilstelling voor schrijnende gevallen waarvoor de accountant een oordeelonthouding met beperkte mate van zekerheid geeft, maar waarbij sprake is van "inherente beperkingen". Als voorbeeld noemen de begeleidende brief bij het protocol en de Beleidsregel de onderneming waarbij als gevolg van de omvang en corona-gerelateerde omstandigheden de administratieve organisatie en interne beheersing tijdelijk ontoereikend zijn geworden ondanks de grootte van hun organisatie.⁴¹ In dat geval is dus geen sprake van andere materiële omstandigheden (bijvoorbeeld strijd met verplichtingen op grond van de NOW-1) die hebben geleid tot de oordeelonthouding en niet-goedkeuring en om die reden worden de nihilstelling en terugvordering van het voorschot niet proportioneel geacht. Een korting van 10% op de NOW-subsidie wordt in dat geval proportioneel

31 Zie voor de documentatie die in ieder geval moet worden meegezonden met de vaststellingsaanvraag artikel 14 lid 2 sub a tot en met c NOW-1 en artikel 18 lid 2 sub a tot en met d NOW-2.

32 Zie voor de gronden voor nihilstelling door UWV artikel 14 lid 5 NOW-1 en artikel 18 lid 6 NOW-2.

33 Zie voor de wijzigings- en intrekkingmogelijkheid artikel 16 NOW-1 en artikel 20 NOW-2.

34 De boetekorting geldt mits voor ten minste 20 werknemers of meer in hetzelfde UWV-werkgebied een ontslagaanvraag is ingediend bij UWV.

35 Zie voor de boetekorting van 5% en de voorwaarden waaronder deze niet wordt toegepast artikel 9 NOW-2 en de toelichting bij de NOW-2, p. 31-32.

36 Zie hiervoor artikel 14 lid 5 sub a tot en met c NOW-1 en artikel 18 lid 6 sub a tot en met c NOW-2.

37 Zie voor het Uitkeringsverbod als laatste en vierde grond voor nihilstelling artikel 18 lid 6 sub d NOW-2.

38 Zie hiervoor artikel 15 NOW-1 en artikel 19 NOW-2.

39 Zie hiervoor artikel 18 lid 6 sub b NOW-2.

40 Zie voor de Beleidsregel voetnoot 25.

41 Het gaat dan om een oordeelonthouding van de accountant op grond van inherente beperkingen op grond de Standaard 3900N. Deze standaard wordt ook genoemd in de Beleidsregel.

geacht.⁴² Deze uitzondering is opmerkelijk. Het is immers de vraag in hoeverre accountants in de praktijk bereid zullen zijn een dergelijke verklaring af te geven. Indien de administratie ontoereikend is en er sprake is van corona-gerelateerde omstandigheden (al dan niet vanwege omstandigheden die niet aan de werkgever toe te rekenen zijn), is niet goed voorstelbaar dat de accountant snel bereid is te aanvaarden dat sprake is van “inherente beperkingen”. Het is en blijft immers primair de verantwoording van de werkgever om zich rekenschap te geven van de mate waarin aan de NOW-subsidieverplichtingen is voldaan. Ik verwacht dan ook dat hiervan in de praktijk slechts terughoudend gebruik zal worden gemaakt.

Wijzigings- en intrekingsbevoegdheid van de Subsidievaststelling

Deze specifieke bevoegdheid van UWV⁴³ ziet op wijziging of intrekking van de Subsidievaststelling indien *tijdens* of *na* de NOW-subsidieperiode blijkt dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met het doel van de NOW-subsidie. Deze wijzigings- en intrekingsbevoegdheid moet worden gezien op basis van de (limitatieve) gronden voor de algemene wijzigings- en intrekingsbevoegdheid ex artikel 4:49 lid 1 sub a, b en c Awb die onverminderd geldt.⁴⁴ Voorop staat dat UWV terughoudend dient om te gaan met deze wijzigings- en intrekingsbevoegdheid en dat deze niet lichtvaardig mag worden toegepast. Ratio van deze bevoegdheid is **om** misbruik en oneigenlijk gebruik van de NOW-subsidie tegen te gaan.⁴⁵

Het gaat dan in ieder geval om de situaties waarin (a) nieuwe feiten en omstandigheden bekend worden waarvan UWV redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn en op grond waarvan de Subsidievaststelling lager zou zijn vastgesteld, (b) de Subsidievaststelling onjuist was en de werkgever dit wist of behoorde te weten of (c) indien de werkgever na de Subsidievaststelling niet heeft voldaan aan de subsidieverplichtingen. Ik geef voor ieder van deze situaties een voorbeeld. Voor de NOW-subsidie zal bijvoorbeeld in geval (a) kunnen worden gedacht aan doelbewuste vervalsing van de cijfers van het omzetverlies door de werkgever om zo te voldoen aan de door de NOW gestelde eisen. In geval (b) gaat het om een kennelijk onjuiste grondslag voor de Subsidievaststelling, bijvoorbeeld een evidente rekenfout waardoor de NOW-subsidie door UWV op een hoger bedrag is vastgesteld. In geval (c) zou kunnen worden gedacht aan handelingen in strijd met het Uitkeringsverbod.⁴⁶

42 Dit is in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel ex artikel 3:4 lid 2 Awb. Zie artikel 3 lid 2 sub a Beleidsregel. Deze Beleidsregel treedt, zoals reeds gesteld, in werking per 6 oktober 2020. De Minister wijst er in de toelichting bij de Beleidsregel op dat het standaard kortingspercentage van 10% in overeenstemming is met de gevolgen die bestuursorganen, zoals de Europese Commissie, verbinden aan het ontbreken van een juiste financiële verantwoording van subsidieregelingen.

43 Zie hiervoor artikel 16 NOW-1 en artikel 20 NOW-2.

44 Zie over artikel 4:49 lid 1 Awb ook T.C. Borman, *T&C Algemene wet bestuursrecht*, artikel 4:49 Awb, aant. 2.

45 Zie hierover ook de toelichting bij de NOW-2 bij artikel 20, p. 38.

46 Zie ook hierna, waarin ik een voorbeeld geef van het handelen in strijd met het Uitkeringsverbod na de Subsidievaststelling.

Gelet op de expliciete verwijzing naar handelen in strijd met het doel van de NOW-regeling, merk ik over de wijzigings- en intrekingsbevoegdheid nog het volgende op. Het doel van de NOW-subsidie staat zowel in de NOW-1 als in de NOW-2 in artikel 3. Het doel is gelegen in het zoveel mogelijk voorkomen van werkloosheid, die wordt veroorzaakt door acute terugval in de omzet, voor zover die omzet hierdoor daalt met ten minste 20%. Werkgevers worden met de NOW-subsidie in de gelegenheid gesteld werknemers zoveel mogelijk in dienst te houden. In de NOW-2 is vanwege de toevoeging van het Uitkeringsverbod aan dit doel toegevoegd dat het niet de bedoeling is dat er dividenden of bonussen worden uitgekeerd of eigen aandelen worden ingekocht.⁴⁷

Indachtig de formulering van het doel zou dus ook kunnen worden gedacht aan de situatie waarin achteraf blijkt dat de werkgever na het tijdstip van de Subsidievaststelling in strijd met het Uitkeringsverbod heeft gehandeld door alsnog bonussen over 2020 uit te keren aan bestuurders. Handelingen in strijd met het Uitkeringsverbod zouden bij de Subsidievaststelling tot nihilstelling hebben geleid (zie ook hiervoor). Hiermee wordt duidelijk dat de wijzigings- en intrekingsbevoegdheid van UWV ex artikel 4:49 Awb een verstrekkende mogelijkheid biedt om ook achteraf nadat de vaststellingsbeschikking is afgegeven, de Subsidievaststelling volledig in te trekken.

Tot zover de mogelijke rechtsgevolgen van de besluitvorming bij de Subsidievaststelling en bevoegdheden van UWV. De beslissing van UWV over de Subsidievaststelling kwalificeert als een besluit, meer specifiek als een beschikking (artikel 1:3 leden 1 en 2 Awb). Hiertegen staan bezwaar, beroep en hoger beroep open.

Rechtsbescherming: bezwaar, beroep en hoger beroep

Indien UWV beslist tot nihilstelling of korting bij de Subsidievaststelling omdat UWV van oordeel is dat de werkgever niet aan de voorwaarden heeft voldaan, kan de werkgever hiertegen bezwaar maken binnen zes weken nadat de beschikking aan hem is toegezonden.⁴⁸ De beslissing op het bezwaar dient in beginsel ook binnen zes weken te worden genomen. Indien UWV het besluit over de Subsidievaststelling ook in de beslissing op bezwaar handhaaft, zal de werkgever hiertegen beroep kunnen instellen bij de rechtbank.⁴⁹ Tegen de uitspraak van de rechtbank zal vervolgens hoger beroep kunnen worden ingesteld. In de literatuur is reeds door mij en andere auteurs de vraag opgeworpen of de Centrale Raad van Beroep (de “**CRvB**”) of de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de “**RvS**”) bevoegd zijn.⁵⁰ In de toelichting bij de NOW-1 is door de Minister geconcludeerd dat de CRvB het bevoegde orgaan is onder verwijzing

47 Zie hierover ook de toelichting bij de NOW-2 bij artikel 3, p. 24.

48 Zie hiervoor artikel 3:41 Awb en artikel 6:7 Awb.

49 Voor de beroepstermijn geldt ook een termijn van zes weken; zie hiervoor artikel 6:7 Awb en artikel 7:12 Awb.

50 Zie hiervoor Helstone 2020 en Hogewind Wolters & Jellinghaus 2020.

naar een uitspraak van de RvS uit 2018.⁵¹ Hoewel er goede argumenten zijn die pleiten voor de bevoegdheid van de RvS als hoger beroepsrechter voor NOW-geschillen,⁵² wordt dit standpunt van de minister in de gepubliceerde NOW-rechtspraak gevolgd en voor het hoger beroep naar de CRvB verwezen.⁵³ Uiteindelijk zal de CRvB hierover zelf een beslissing moeten nemen indien hoger beroep wordt ingesteld.

Geen hardheidsclausule NOW, ruimte voor exceptieve toetsing?

Hiervoor besprak ik de mogelijkheid van bezwaar, beroep en hoger beroep tegen besluiten van UWV ten aanzien van de Subsidievaststelling. Tegen deze achtergrond komt de vraag opop welke manier de bestuursrechter deze besluiten van UWV toetst. Deze toetsing is ook relevant vanwege het generieke karakter van de NOW en de gesignaleerde knelpunten die de minister heeft aangekondigd voor nadere herstel mogelijkheden in de NOW-1 en de NOW-2. Dergelijke wijzigingen zijn noodzakelijk omdat beide regelingen geen hardheidsclausule kennen: dit uitgangspunt is bevestigd in de gepubliceerde NOW-rechtspraak.⁵⁴ Zonder formele wijzigingen in de NOW-1 en de NOW-2 ten aanzien van gesignaleerde knelpunten ontstaat er een leemte als gevolg waarvan de Subsidievaststelling negatief kan uitpakken en de werkgever in bezwaar, beroep en hoger beroep zal willen gaan. De vraag is dan welke ruimte de bestuursrechter heeft om in schrijnende gevallen door leemtes en onbedoelde gevolgen in de NOW-1 en de NOW-2 anders en ten gunste van de werkgever te oordelen. De gepubliceerde NOW-rechtspraak is op dit moment nog pril. Ondanks het gebrek aan een hardheidsclausule, lijkt er op grond van één uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland⁵⁵ beperkte ruimte te zijn voor exceptieve toetsing voor schrijnende gevallen om een uitzondering op de NOW-bepalingen te bewerkstelligen. Een beroep hierop zal echter naar verwachting niet snel slagen, aangezien de bestuursrechter terughoudend gebruik dient te maken van de mogelijkheid tot exceptieve toetsing. Dat licht ik hierna kort toe.

De NOW is een lagere, ministeriële regeling. Uitgangspunt is dat de minister een zekere ruimte heeft om de NOW in te richten. De bestuursrechter heeft in beginsel de mogelijkheid om bepalingen buiten toepassing te laten wanneer deze in strijd zijn met hoger recht of algemene rechtsbeginselen.

Hiervoor geldt in de bestuursrechtspraak de zogenoemde exceptieve toetsing.⁵⁶

In de hiervoor aangehaalde uitspraak⁵⁷ ging het om een afwijzing van aanvragen voor subsidieverlening op grond van respectievelijk de NOW-1 en de NOW-2. Na bezwaar van de werkgever had UWV nieuwe besluiten genomen; dat leidde echter tot besluiten van nihilstelling van de subsidie die aldus op € 0 waren gesteld.

In deze zaak kwam de exceptieve toetsing aan de orde.⁵⁸ Hierbij heeft de rechtbank getoetst in hoeverre de bepalingen van de NOW-1 en de NOW-2 in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder of deze strijd opleveren met het evenredigheidsbeginsel en leiden tot onevenredige uitkomsten voor de werkgever.⁵⁹ Aangezien de hiervoor gestelde eisen in de toelichting bij de NOW-1 en in de regeling van de NOW-2 zijn opgenomen met het oog om misbruik en oneigenlijk gebruik tegen te gaan, was volgens de rechtbank in dit geval geen sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel. Om die reden is het niet mogelijk de – in deze zaak relevante – NOW-bepalingen buiten toepassing te laten en slaagt het beroep op exceptieve toetsing hier niet.

Uitgangspunt is dus in beginsel dat de NOW geen hardheidsclausule kent; een beroep op exceptieve toetsing zal steeds terughoudend worden getoetst.

4. Geen sinecure

De haken en ogen die kleven aan de Subsidievaststelling rechtvaardigen de conclusie dat het vaststellingsproces geen sinecure is: dit proces is ook aanzienlijk complexer dan de voorafgaande fase van subsidieverlening van de NOW-1 en NOW-2 die op snelheid was gericht. Gelet op de duur van de aanvraag- en beslistermijnen en de mogelijkheid van bezwaar, beroep en hoger beroep, zal rekening moeten worden gehouden met procedures die naar verwachting substantieel veel tijd in beslag zullen nemen.

Nadere wijzigingen, herstel mogelijkheden en reparaties van de in de NOW neergelegde subsidieregeling zullen zorgvuldig door werkgevers moeten worden overwogen om een deugdelijke basis te leggen voor de vaststellingsaanvraag bij UWV.

51 Zie hiervoor de toelichting bij de NOW-1, p. 27, voetnoot 10 en RvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RvS:2018:776, AB 2018/214, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.
 52 Zie voor toepassing van de hoofdregel artikel 8:105 lid 1 Awb waaruit volgt dat de RvS bevoegd is.
 53 Zie hiervoor bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813.
 54 Zie over het gebrek aan hardheidsclausule in de NOW-1 en de NOW-2 de uitspraken van de Rb. Zeeland-West-Brabant 28 juli 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:3479, Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911, Rb. Noord-Holland 7 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7267, ECLI:NL:RBNHO:2020:7268 en Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813.
 [1] Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813.
 55 Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813.

56 Zie over het toetsingskader voor exceptieve toetsing in de bestuursrechtelijke rechtspraak de uitspraak van de CRvB van 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ABkort 2019/335 en de uitspraak van de RvS van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.
 57 Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813.
 58 Deze uitspraak betreft de beroepsprocedure bij de rechtbank. De gronden voor exceptieve toetsing moeten in de bezwaarprocedure bij UWV worden aangevoerd.
 59 Strijd met hoger recht was in dit geval niet aan de orde.