

De NOW: enkele subsidierechtelijke aspecten van de noodmaatregel

mr. J.R. van Angeren en mr. S. Putting¹

1. Inleiding

Om de economische gevolgen van de coronacrisis te beperken, heeft de regering sinds maart 2020 een aantal financiële steunmaatregelen in het leven geroepen, waaronder de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (hierna: NOW). Met de NOW worden werkgevers gecompenseerd in de loonkosten van werknemers. Dit gebeurt door middel van een subsidie, waarbij subsidieverplichtingen worden opgelegd die werkgevers beperken in hun bedrijfsvoering. De NOW is van een eerste tranche in de eerste regeling (hierna: NOW-1), uitgebreid naar een tweede tranche in de tweede regeling (hierna: NOW-2) en een derde, vierde en vijfde tranche in de derde regeling (hierna: NOW-3).² De noodmaatregel omvat aldus een omvangrijk pakket van drie aparte subsidieregelingen met vijf tranches, ook wel subsidieperiodes genoemd.

Omdat de NOW is gericht op werkgevers en ziet op een tegemoetkoming in de loonkosten van werknemers, is het verleidelijk om te denken dat de NOW een puur arbeidsrechtelijke aangelegenheid is. Dat is onjuist, omdat het een subsidie betreft en titel 4.2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing is. In dit artikel bespreken wij een aantal aspecten van het subsidierecht en gaan we in op een aantal bestuursrechtelijke onderwerpen die een rol spelen bij de NOW. Wij gaan in het bijzonder in op bepalingen in de NOW die de Awb aanvullen of hiervan afwijken. Wij bespreken eerst het subsidiebepaling (paragraaf 2) en de gevolgen van het feit dat de tegemoetkoming een subsidie is (paragraaf 3). Vervolgens zullen wij ingaan op de verschillende subsidiebeschikkingen onder de NOW (paragraaf 4). Daarna behandelen wij de subsidieverplichtingen (paragraaf 5), het lager vaststellen

van de subsidie (paragraaf 6) en het intrekken van de subsidievaststelling (paragraaf 7).

2. Wat is een subsidie?

Een subsidie is een aanspraak op financiële middelen, verstrekt door een bestuursorgaan met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.³ Het subsidiebepaling in de Awb is een materieel begrip: is hieraan voldaan, dan is er sprake van een subsidie, ongeacht de naam die een bestuursorgaan aan het verstrekken van gelden geeft.⁴ Dat de tegemoetkoming onder de NOW een subsidie is, volgt dus uit de Awb.

Het feit dat de steunmaatregel als subsidie is vormgegeven, kan leiden tot enige frictie met de bepalingen in titel 4.2 Awb, omdat het doel van de regeling en de activiteiten die worden gesubsidieerd afwijken van 'klassieke' subsidieregelingen. Een subsidie wordt verleend om bepaalde, wenselijk geachte activiteiten te stimuleren. Voorbeelden zijn het organiseren van een kunsttentoonstelling, het aanschaffen van zonnepanelen of het opstarten van innovatieve startups. De activiteiten zijn in dat geval duidelijk en concreet. De NOW bevat geen bepaling met een omschrijving van de subsidieactiviteiten. Dat is op zichzelf gezien opmerkelijk omdat een subsidie – zo volgt ook uit art. 4:21 Awb – *met het oog op bepaalde activiteiten* wordt verleend. Het had dus voor de hand gelegen dat de NOW expliciet zou bepalen voor welke activiteiten de subsidie wordt verleend. De subsidieactiviteit kan worden afgeleid uit het doel waarvoor de subsidie volgens de NOW wordt verstrekt. Het doel dat in de NOW is opgenomen, is het behouden van werkgelegenheid.⁵ Gelet op dit doel is de activiteit het in dienst houden van werknemers. Het doel van de regeling is onder de NOW-2 en de NOW-3 deels gewijzigd. De NOW-2 is gericht op het in dienst houden van *zoveel mogelijk* werknemers. De NOW-3 bevat als doel het in dienst houden van *zoveel mogelijk* werknemers én aanpassing aan de nieuwe economische situatie

1. Jan Reinier van Angeren en Sandra Putting zijn beiden advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, *Stcrt.* 2020, 19874; Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2020, *Stcrt.* 2020, 34308; Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 oktober 2020, *Stcrt.* 2020, 52209.

3. Art. 4:21 Awb.

4. *Kamerstukken II* 199/94, 23 700, p. 30 (MvT).

5. Art. 3 NOW-1.

door werkgevers en werknemers samen. Op basis hiervan kan worden geoordeeld dat ook de subsidieactiviteit is uitgebreid: niet alleen het in dienst houden van zoveel mogelijk werknemers maar ook het aanpassen aan de nieuwe situatie is de activiteit waarvoor de subsidie wordt verstrekt. Het vaststellen van het doel en de subsidieactiviteiten van de NOW is van belang voor de subsidieverplichtingen die kunnen worden opgelegd.

3. Gevolgen voor tegemoetkoming als subsidie in de zin van de Awb

Het feit dat de tegemoetkoming een subsidie is, heeft een aantal belangrijke gevolgen. Ten eerste moet een subsidie op een wettelijk voorschrift berusten (art. 4:23 Awb). Onder een wettelijk voorschrift als bedoeld in art. 4:23, eerste lid, Awb wordt verstaan een regeling van een orgaan dat aan de Grondwet of een wet in formele zin regelgevende bevoegdheid ontleent.⁶ De NOW-1, 2 en 3 zijn wettelijke voorschriften als bedoeld in art. 4:23, eerste lid, Awb. De wet in formele zin is er in dit geval ook, namelijk art. 3, eerste lid, van de Kaderwet SZW-subsidies (hierna: Kaderwet). Dat artikel bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur of bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Minister) terzake van de verstrekking van subsidie, regels worden gesteld met betrekking tot de in de onderdelen a tot en met i genoemde onderwerpen. Dit zijn vrij ruim omschreven onderwerpen, zoals de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verstrekt en wie daarvoor in aanmerking komt, het bedrag van de subsidie, verplichtingen van de subsidieontvanger etc. De NOW-1, 2 en 3 zijn regelingen van de Minister als bedoeld in art. 3, eerste lid van de Kaderwet.

Het tweede gevolg is dat titel 4.2 van de Awb van toepassing is op het proces van subsidieverstrekking. Deze titel (hierna ook: de subsidietitel) bevat algemene bepalingen over subsidies. Van titel 4.2 kan alleen bij wet in formele zin worden afgeweken, tenzij titel 4.2 Awb zelf de mogelijkheid biedt om in bepaalde gevallen af te wijken. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als in een artikel staat dat de regeling geldt, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Art. 4:24 Awb bepaalt bijvoorbeeld dat indien de subsidie op een wettelijk voorschrift berust ten minste éénmaal in de vijf jaren een verslag wordt gepubliceerd over de doeltreffendheid en de effecten van de subsidie in de praktijk “tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald”. Belangrijke bepalingen om mee rekening te houden zijn art. 4:35 Awb met daarin de weigeringsgronden, de artikelen 4:37 tot en met 4:39 Awb die aanvullende bepalingen bevatten over de subsidieverplichtingen en de artikelen 4:46 tot en met 4:49 Awb die bepalingen

bevatten over het lager vaststellen van de subsidie en het intrekken van de subsidiebeschikkingen. Het derde gevolg is dat de uitvoering van de regeling geschiedt door middel van besluiten in de zin van art. 1:3 Awb: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Het bestuursorgaan is de Minister en de publiekrechtelijke regeling is de NOW-1, 2 of 3. De Minister heeft zijn bevoegdheden gemandateerd aan de Raad van Bestuur van het UWV.⁷ De Raad van Bestuur van het UWV, die op zijn beurt ook bestuursorgaan is, beslist dus namens de Minister, maar formeel is het bevoegde bestuursorgaan de Minister. Wij zullen in dit artikel gemakshalve naar het UWV verwijzen als het bestuursorgaan dat de subsidiebesluiten neemt. Tegen besluiten van bestuursorganen staan bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open zoals het instellen van beroep bij de bestuursrechter (art. 8:1 Awb) nadat eerst een bezwaarschrift is ingediend (art. 7:1 Awb). De hoofdstukken 6, 7 en 8 Awb bevatten de bepalingen over bezwaar en beroep.

4. De verschillende subsidiebeschikkingen van de NOW

Omdat het een subsidie betreft moet voor de subsidie een aanvraag worden ingediend (art. 4:29 Awb). Afdeling 4.1.1 Awb bevat algemene bepalingen over de aanvraag. Zo bepaalt art. 4:1 Awb dat de aanvraag schriftelijk moet worden ingediend bij het bestuursorgaan dat bevoegd is om op de aanvraag te beslissen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. De NOW is een wettelijk voorschrift. Art. 8, zevende lid, NOW-1 bepaalt dat een aanvraag elektronisch moet worden gedaan en niet schriftelijk. Op grond van art. 4:3a Awb dient de Minister de ontvangst van de elektronisch ingediende aanvraag wel te bevestigen.

Art. 4:2 Awb bepaalt wat de aanvraag ten minste moet bevatten. Art. 8 NOW-1, art. 10 NOW-2 en art. 7 NOW-3 bepalen specifiek wat de aanvraag op grond van de NOW moet bevatten. De aanvrager van de subsidie is de werkgever. De werkgever is dus in elk geval belanghebbende (art. 1:3, derde lid, Awb). De status van belanghebbende is relevant omdat alleen de belanghebbende gebruik kan maken van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zoals bezwaar en beroep (art. 8:1 jo. 7:1 Awb). Een aanvraag leidt tot een beschikking. Na de aanvraag om subsidieverlening volgt een beschikking waarbij de subsidie wordt verleend (“verleningsbeschikking”). Hiermee heeft de aanvrager een voorwaardelijke aanspraak op gelden. Om onvoorwaardelijk recht op de gelden te krijgen moet de werkgever een aanvraag om subsidievaststelling indienen (art. 4:44, eerste lid, Awb). Op die aanvraag volgt een beschikking tot subsidievaststelling (“vaststellings-

6. ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3327, AB 2010/214, m.nt. W. den Ouden.

7. Op grond van art. 17 NOW-1, art. 21 NOW-2 en art. 27 NOW-3.

beschikking”). Dient hij geen aanvraag in, dan kan de subsidie ambtshalve worden vastgesteld (art. 4:44, vierde lid, Awb). Om te beschikken over gelden tussen de periode van verlening en vaststelling kan een aanvraag om bevoorschotting worden ingediend, waarop een bevoorschottingsbeschikking volgt (art. 4:95 Awb). Het systeem van meerdere beschikkingen sluit aan bij de klassieke subsidie voor het organiseren van bepaalde activiteiten. De organisator van de kunsttentoonstelling vraagt subsidie aan en krijgt een voorschot om de tentoonstelling te financieren. Nadat de tentoonstelling heeft plaatsgevonden vraagt de organisator de vaststelling aan. Nu de activiteit heeft plaatsgevonden wordt de subsidie, in het geval is voldaan aan alle subsidieverplichtingen, vastgesteld conform de verlening.

Onder de NOW volgt na de eerste aanvraag een verleningsbeschikking. In afwijking van het systeem van een klassieke subsidie verstrekt het UWV bij de verleningsbeschikking ook meteen een voorschot, zodat daarvoor niet apart een aanvraag behoeft te worden ingediend.⁸ Wanneer de werkgever het oneens is met de verleningsbeschikking, kan hij daartegen een bezwaarschrift indienen (art. 7:1 Awb). Ruim na de subsidieperiode dient de werkgever een verzoek tot vaststelling van de subsidie in.⁹ Nu het UWV een termijn van 52 weken heeft om de subsidie vast te stellen, kan het nog lang duren voor werkgevers definitief weten of zij onvoorwaardelijk aanspraak maken op de NOW-subsidies. Tot die tijd moeten werkgevers er rekening mee houden dat zij de verleende voorschotten onder de NOW-1, 2 en 3 mogelijk gedeeltelijk of volledig moeten terugbetalen. De subsidie kan namelijk lager worden vastgesteld dan het bedrag van verlening. De lagere vaststelling bespreken wij in paragraaf 6. In het geval de werkgever het niet eens is met de vaststellingsbeschikking kan hij ook hiertegen een bezwaarschrift indienen. Dit betekent dat er twee aparte bezwaarprocedures tegen de NOW-subsidie kunnen lopen: tegen de verlening en tegen de vaststelling. Het is voor de praktijk van belang om bezwaren tegen de verleningsbeschikking niet te bewaren voor de bezwaarprocedure tegen de vaststellingsbeschikking. Verstrikt de bezwaartermijn tegen verleningsbeschikking dan wordt deze onaantastbaar en wordt in beginsel van de rechtmatigheid daarvan uitgegaan. In dat geval wordt bij het vaststellen van de subsidie uitgegaan van de rechtmatigheid van de onderdelen uit de verleningsbeschikking.

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

9. De periode om een vaststellingsaanvraag in te dienen onder de NOW-1 is opgenomen in art. 14 en loopt van 7 oktober 2020 tot en met 23 maart 2021, of 30 juni 2021 in het geval een accountantsverklaring nodig is. Voor de NOW-2 is dit 16 april 2021 tot en met 30 september 2021, of 6 januari 2022 in het geval een accountantsverklaring nodig is, zie art. 18. Voor de NOW-3 is dit 2 september 2021 tot en met 16 februari 2022, of 26 mei in het geval een accountantsverklaring nodig is, zie art. 24.

5. De subsidieverplichtingen

De verplichtingen die aan de subsidieontvanger worden opgelegd nemen een belangrijke plaats in binnen het subsidierecht.¹⁰ De NOW bevat een groot aantal subsidieverplichtingen, die bovendien verschillen tussen de NOW-1, 2 en 3. Veel aandacht gaat uit naar de verplichtingen ten aanzien van het gelijk houden van de loonsom, het behouden van werknemers en het verbod op dividend en bonusuitkeringen. Onder de NOW-1 en 2 zijn werkgevers verplicht de loonsom zoveel mogelijk gelijk te houden en geen ontslagaanvraag in te dienen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden.¹¹ Deze verplichtingen zijn onder de NOW-3 vervallen. Onder de NOW-2 en NOW-3 zijn werkgevers verplicht geen dividend of bonussen uit te keren, of eigen aandelen in te kopen, over het jaar 2020, en voor de vierde en vijfde tranche, over het jaar 2021.¹² Bovendien geldt onder de concernuitzondering een bredere verplichting.¹³ Onder de concernuitzondering geldt de verplichting om geen dividend uit te keren en geen eigen aandelen in te kopen, voor alle rechtspersonen binnen de groep en de moedermaatschappij. De verplichting om geen bonussen uit te keren ziet bij de concernuitzondering alleen op de Raad van Bestuur, bestuur en directie (i) van het groepshoofd of de moedermaatschappij en (ii) de werkgever die de aanvraag doet voor loonkostensubsidie. Onder de NOW-1 geldt het dividend- en bonusverbod alleen wanneer de werkgever een beroep doet op de concernuitzondering.¹⁴ Wanneer een werkgever op grond van de hoofdregel NOW-1 heeft aangevraagd, geldt dit verbod dus niet. Wij behandelen hier twee relevante aspecten uit het subsidierecht ten aanzien van de verplichtingen die bij de subsidieverlening kunnen worden opgelegd.

5.1. Mogelijkheid opleggen subsidieverplichtingen

De subsidieverplichtingen die kunnen worden opgelegd volgen uit art. 4:37 Awb. Dit zijn, onder andere, verplichtingen met betrekking tot de aard en omvang van de subsidieactiviteiten, administratieplichten en plichten over de verantwoording van de subsidieactiviteiten. Verplichtingen die niet onder art. 4:37 Awb vallen kunnen alleen worden opgelegd als ze strekken tot het doel van de subsidie (art. 4:38 Awb) of als ze betrekking hebben op de wijze waarop, of de middelen waarmee, de gesubsidieerde activiteit wordt verricht (4:39 Awb). Het gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten om hier ten aanzien van alle subsidieverplichtingen de mogelijkheid tot oplegging van die verplichtingen te be-

10. In afdeling 4.2.4. Awb zijn de bepalingen ten aanzien van subsidieverplichtingen opgenomen.

11. Art. 13, eerste lid, onderdeel a en b, NOW-1 en art. 15, onderdeel a en b, NOW-2.

12. Art. 17, eerste lid, NOW-2 en art. 14, eerste lid, NOW-3.

13. Art. 17, derde lid, NOW-2 en art. 14, derde lid, NOW-3.

14. Art. 6a, eerste lid, onderdeel c, NOW-1.

spreken. Op hoofdlijnen zien de verplichtingen op het gelijk houden van de lonen en in dienst houden van werknemers, het informeren van de ondernemingsraad, het verantwoorden van de omzet en de loonkosten en het voorkomen van het onttrekken van vermogen van de werkgever of groep. Wij merken op dat het doel van de NOW tussen de NOW-1, 2 en 3 is gewijzigd. Deze wijziging is relevant voor de beoordeling of het opleggen van verplichtingen in overeenstemming is met de artikelen 4:38 en 4:39 Awb. In de NOW-3 zijn bijvoorbeeld subsidieverplichtingen opgenomen die zien op de begeleiding van werk-naar-werk voor werknemers bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹⁵ Omdat het doel van de NOW-3 is uitgebreid naar het voorbereiden van werknemers op de nieuwe economische situatie, achten wij het opleggen van dergelijke verplichtingen in overeenstemming met art. 4:38 Awb.

5.2. Gevolgen niet naleven subsidieverplichtingen

Wanneer subsidieverplichtingen niet worden nageleefd, kan de subsidie op grond van de Awb lager worden vastgesteld (art. 4:46, tweede lid, Awb) of de subsidieverlening worden ingetrokken dan wel gewijzigd (art. 4:48 Awb). Art. 4:46, tweede lid, Awb ziet op de situatie waarin de subsidieontvanger een aanvraag om vaststelling heeft ingediend en het bestuursorgaan de subsidie lager dan het bedrag van verlening vaststelt. Art. 4:48 Awb ziet op de situatie waarin het bestuursorgaan onregelmatigheden ontdekt en het de verleningsbeschikking wil intrekken of wijzigen voordat een aanvraag om vaststelling is ingediend.¹⁶ In paragraaf 6 bespreken wij het lager vaststellen van de subsidie. Omdat art. 4:48 Awb een aanvulling is op art. 4:46 Awb en beide artikelen dezelfde gronden bevatten, gaan wij hier slechts in op art. 4:46 Awb.¹⁷

6. Het lager vaststellen van het subsidiebedrag

Een subsidie wordt in beginsel vastgesteld overeenkomstig het bedrag van de verlening.¹⁸ Op grond van art. 4:46, tweede lid, Awb, kan een subsidie lager worden vastgesteld wanneer sprake is van een van de in dat artikel opgenomen gevallen. Hiervan is sprake als a) de activiteiten waarvoor subsidie is verleend niet of niet geheel hebben plaatsgevonden, b) de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen, c) de subsidieontvanger onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt en de verstrekking van juiste of volledige gegevens tot een andere beschikking op de

aanvraag tot subsidieverlening zou hebben geleid, of d) de subsidieverlening anderszins onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten. De Awb verplicht niet tot lagere vaststelling in de hiervoor genoemde situaties, maar geeft een bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid om dit te doen.

6.1. Discretionaire bevoegdheid UWV

Het UWV heeft beslissingsruimte bij het invullen van de discretionaire bevoegdheid en kan aldus zelf bepalen met welk bedrag de subsidie wordt verlaagd. De lagere vaststelling, wanneer niet aan de verplichtingen is voldaan, hoeft niet proportioneel te zijn aan de omvang van de schending van de verplichting. Ook bij een relatief kleine schending van de verplichtingen is het mogelijk dat de subsidie, voor een groter deel dan waartoe de schending aanleiding gaf, lager wordt vastgesteld.¹⁹ Het UWV moet zich, als bestuursorgaan, echter ook houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat zijn in de eerste plaats de beginselen zoals neergelegd in de artikelen 3:2 Awb (het zorgvuldigheidsbeginsel), 3:3 Awb (het verbod van détournement de pouvoir), 3:4, eerste lid, Awb (het afwegen van alle belangen), 3:4, tweede lid, Awb, (het evenredigheidsbeginsel), dat inhoudt dat een besluit niet onevenredig mag zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen en 3:46 Awb (het motiveeringsbeginsel). Verder betreft dit de beginselen die volgen uit de Grondwet, zoals het gelijkheidsbeginsel, en de ongeschreven beginselen, zoals het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Als het UWV dus een subsidie lager wenst vast te stellen moet het art. 3:4 Awb in acht nemen, waarbij het UWV het belang van het lager vaststellen moet afwegen tegen het belang van de ontvanger. Bij die belangenafweging is de ernst van de tekortkoming en de mate van verwijtbaarheid van belang.²⁰ Het UWV zal de belangenafweging voldoende moeten motiveren in de vaststellingsbeschikking.²¹

Wij benadrukken dat binnen het subsidierecht veel belang wordt gehecht aan het afleggen van verantwoording over de besteding van het subsidiebedrag.²² De in de NOW opgenomen plicht om een controleerbare administratie te voeren wordt door werkgevers mogelijk gezien als een aanvullende verplichting, naast de hoofdverplichting de loonsom gelijk te houden en geen ontslaaanvraag in te dienen. De hoogste bestuursrechter ziet dit anders. Uit de jurisprudentie volgt dat de administratieve verplichtingen als hoofdverplichting worden

15. Art. 12 onderdeel d en e NOW-3.

16. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, p. 77 (MvT).

17. Art. 4:48 Awb bevat één extra grond, die wij in dit artikel buiten beschouwing laten. De andere gronden komen overeen met de gronden in art. 4:46 Awb.

18. Art. 4:46, eerste lid, Awb.

19. ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2121.

20. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, p. 74 (MvT); zie ook ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2402, AB 2017/197, m.nt. J.E. van den Brink.

21. Awb 3:46 Awb.

22. Zie bijv. ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7478, AB 2013/161, m.nt. W. den Ouden; CRvB 16 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2408; CBB 18 december 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD8478.

beschouwd en dat het niet nakomen van die verplichting rechtvaardigt dat de subsidie op nihil wordt vastgesteld.²³ In de NOW is de verantwoordingsplicht overigens specifiek vastgelegd door de verplichting een accountantsverklaring mee te sturen bij de vaststellingsaanvraag.²⁴ De accountantsverklaring wordt opgesteld conform het accountantsprotocol, dat voor NOW-1 door de Minister is vastgesteld en als bijlage bij de regeling is gevoegd.²⁵ Hierin is opgenomen welke aspecten de accountant dient te controleren. Dit omvat onder andere een verantwoording van de omzet en de loonsom gedurende de subsidieperiode. Door het voldoen aan deze subsidieverplichting legt de werkgever verantwoording van de besteding van het subsidiebedrag af. Wanneer de werkgever geen accountantsverklaring indient wordt de subsidie op grond van de NOW op nihil vastgesteld.²⁶ Wij bespreken hierna de bepalingen in de NOW die een nihilstelling voorschrijven.

6.2. Vaste kortingspercentages

Uit de jurisprudentie volgt dat het mogelijk is ter invulling van de discretionaire bevoegdheid om de subsidie lager vast te stellen vaste kortingspercentages te hanteren, mits er in het kader van het evenredigheidsbeginsel ruimte bestaat om af te wijken van die kortingspercentages.²⁷ In de uitspraken waar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) tot dit oordeel kwam ging het om kortingspercentages die waren vastgelegd in beleidsregels. Ook voor de NOW is inmiddels een beleidsregel vastgesteld waarin kortingspercentages zijn opgenomen.²⁸ Dit betreft de Beleidsregel vaststelling NOW-subsidie (hierna: Beleidsregel). Anders dan de algemene naam doet vermoeden is hierin slechts opgenomen wat het gevolg is voor het vast te stellen subsidiebedrag bij een accountantsverklaring met beperking of een accountantsverklaring van oordeelonthouding. Uit de Beleidsregel volgt dat het UWV de omzetzaling lager, namelijk conform de pro forma berekening van de accountant, zal vaststellen in het geval hij een verklaring met beperking overlegt. Dit leidt tot een lagere subsidievestiging dan verlening. Wanneer de accountant een verklaring van oordeelonthouding overlegt wordt de subsidie ofwel met 10% lager vastgesteld in het geval de oordeelonthouding uitsluitend het gevolg is van inherente beperkingen ofwel met 100% in andere gevallen die reden zijn voor de oordeelonthouding. De account-

tant geeft een verklaring van oordeelonthouding af wanneer hij de omzetzaling in de meetperiode niet voldoende kan vaststellen. Volgens de toelichting bij de Beleidsregel is sprake van inherente beperkingen wanneer de administratie van een onderneming als gevolg van de omvang van de onderneming of corona gerelateerde omstandigheden ontoereikend is geworden.²⁹ Een voorbeeld van een inherente beperking is het geval waarin de accountant bij start of einde van de meetperiode de inventarisatie van de voorraad niet heeft kunnen bijwonen en voor de volledigheid van de gerapporteerde netto-omzet ook niet voldoende kan steunen op onderbouwingen van de aanvrager.³⁰ Wanneer de oordeelonthouding uitsluitend het gevolg is van inherente beperkingen zal de accountant dit expliciet in de verklaring moeten opnemen.³¹ Het is mogelijk af te wijken van de in de Beleidsregel opgenomen kortingspercentages. Uit art. 4:84 Awb volgt dat bestuursorganen van beleidsregels moet afwijken in het geval dit onder bijzondere omstandigheden tot onevenredige gevolgen leidt bij belanghebbenden. Ook omstandigheden die al in beleidsregels zijn verdisconteerd kunnen aanleiding geven om van die beleidsregels af te wijken.³²

In de NOW zelf zijn ook vaste kortingspercentages opgenomen, zowel expliciet als verwerkt in de loonsomformule. Onder de NOW-1 wordt 150% van het loon van de werknemers voor wie bedrijfseconomisch ontslag wordt aangevraagd in mindering gebracht op de totale loonsom, waardoor het uiteindelijk vast te stellen subsidiebedrag lager wordt.³³ Onder de NOW-2 is dit 100% van de loonsom en wordt het subsidiebedrag met 5% gekort wanneer de werkgever een melding doet op grond van de Wet melding collectief ontslag en voor 20 of meer werknemers een ontslagaanvraag indient bij het UWV, tenzij hierover overeenstemming is bereikt met de werknemersvertegenwoordiging.³⁴ Onder de NOW-3 wordt een korting van 5% toegepast als de werkgever geen contact opneemt met het UWV wanneer hij een ontslagaanvraag indient vanwege bedrijfseconomische redenen.³⁵ Bovendien is art. 14 NOW-1, art. 18 NOW-2 en art. 24 NOW-3 opgenomen in welke gevallen de subsidie in ieder geval op nihil wordt vastgesteld. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de werkgever geen accountantsverklaring overlegt of dividend- of bonussen heeft uitgekeerd terwijl

23. Zie uitspraken in voetnoot 18.

24. Art. 13, tweede lid, NOW-1, art. 16 NOW-2 en art. 23 NOW-3.

25. *Stcrt.* 2020, 53089.

26. Art. 14, tweede lid, onderdeel b, NOW-1, art. 18, zesde lid, onderdeel b, NOW-2 en art. 24, vijfde lid, onderdeel b, NOW-3.

27. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:928, AB 2019/537, m.nt. W. den Ouden.

28. *Stcrt.* 2020, 51401.

29. *Stcrt.* 2020, 51401.

30. Voorbeelden van inherente beperkingen zijn opgenomen in de Standaard 3900N – Accountantsopdracht bij de NOW-regeling - assurance. De standaard is vastgesteld door het bestuur van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie voor Accountants (NBA); *Stcrt.* 2020, 53072.

31. Art. 3, derde lid, Beleidsregel vaststelling NOW-subsidie.

32. ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

33. Art. 7, vijfde lid, NOW-1.

34. Art. 8, negende lid, en art. 9 NOW-2.

35. Art. 16, negende lid, art. 19, negende lid en art. 22, negende lid, NOW-3.

dit op grond van de NOW was voorgeschreven dan wel verboden.³⁶ In feite omvatten deze bepalingen een kortingspercentage van 100% voor het niet voldoen aan een van de subsidieverplichtingen.

De hiervoor besproken bepalingen beperken de discretionaire bevoegdheid van het UWV om de subsidie lager vast te stellen, omdat ze vooraf bepalen hoe het UWV de subsidie in bepaalde gevallen moet vaststellen. Het UWV is gehouden de wettelijke voorschriften in de NOW toe te passen en heeft geen mogelijkheid hiervan af te wijken.³⁷ Dit betekent dat het UWV de subsidie lager moet vaststellen wanneer de hiervoor genoemde kortingspercentages uit de NOW van toepassing zijn. Uit de eerste uitspraken over de NOW volgt bovendien dat de NOW geen hardheidsclausule bevat en uitzonderingen van de bepalingen aldus niet mogelijk zijn.³⁸ Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot de discretionaire bevoegdheid zoals opgenomen in art. 4:46, tweede lid, Awb.

De Afdeling heeft zich (nog niet binnen het kader van de NOW maar binnen het algemeen subsidierecht) over die vraag uitgelaten en geoordeeld dat de discretionaire bevoegdheid uit art. 4:46, tweede lid, Awb kan worden beperkt door een (bijzondere) subsidieregeling.³⁹ Die beperking is niet onbegrensd en moet volgens de Afdeling rusten op gronden die verband houden met de aard en het doel van de daarin voorziene subsidie. De Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) zit op een andere koers. Het CRvB heeft in zijn uitspraak van 30 januari 2008 geoordeeld dat een bepaling in de subsidieregeling, waaruit volgt dat het bestuursorgaan in bepaalde situaties gehouden is de subsidie lager vast te stellen, in strijd is met de Awb en daarmee onverbindend.⁴⁰ Het is nog niet duidelijk welke appelrechter de bevoegde rechter wordt in hoger beroep ten aanzien van besluiten onder de NOW: de CRvB of de Afdeling. De toelichting bij de NOW verwijst naar een uitspraak van de Afdeling waaruit af te leiden is dat de CRvB bevoegd zal zijn.⁴¹ De rechters in eerste instantie hebben in de eerste uitspraken over de NOW in de rechtsmiddelenverwijzing opgenomen dat de CRvB bevoegd is, zonder dit overigens te motiveren.⁴² De CRvB zal hierover zelf een beslissing

nemen wanneer hoger beroep wordt ingesteld. Het is dus nog de vraag hoe de hoogste bestuursrechter zal oordelen over de vaste kortingspercentages in de NOW.

Wanneer de lijn van de Afdeling wordt gevolgd, zou die ten aanzien van bepaalde bepalingen in de NOW kunnen worden verdedigd. Bijvoorbeeld de in de NOW-2 opgenomen korting van 100% van het loon van de werknemers voor wie bedrijfseconomisch ontslag wordt aangevraagd. Het doel van de NOW is het behouden van werkgelegenheid door de werkgever tegemoet te komen in de loonkosten. Wanneer de loonsom daalt, doordat de werkgever werknemers ontslaat, zou het vaststellen van de subsidie op grond van de loonsom zoals gehanteerd bij de subsidieverlening, niet meer in overeenstemming zijn met het doel van de NOW. De Minister heeft om die reden vastgelegd dat het UWV de subsidie in dat geval lager vast moet stellen. Het feit blijft echter dat de Minister hiermee in een materiële wet een discretionaire bevoegdheid beperkt die is vastgelegd in een formele wet. Wij menen dat de Minister niet met de NOW kan afwijken van de Awb, die een wet in formele zin is. Wij zitten daarom meer op de lijn van de CRvB en vinden dat bepalingen in de NOW die de discretionaire bevoegdheid van het UWV beperken, onverbindend zijn. Wij begrijpen dat de Minister naleving van bepaalde verplichtingen van groot belang acht en dat een lagere vaststelling van het niet nakomen van die verplichtingen nodig is om het doel van de NOW te behalen. Wij menen echter dat de Minister dergelijke bepalingen beter in beleidsregels had kunnen vastleggen, waar het UWV aan gebonden is maar waar het UWV van kan afwijken in bijzondere omstandigheden.

6.3. Geen boete bij niet nakomen activiteiten of verplichtingen

Wij bespraken hiervoor in welke gevallen een subsidie lager of zelfs op nihil kan worden vastgesteld. Een vraag die in het kader van de NOW veel wordt gesteld, is of de werkgever een boete kan krijgen voor het niet naleven van de subsidieverplichtingen. Dit is niet mogelijk. Binnen het subsidierecht kan er geen boete of last onder dwangsom worden opgelegd. Er is aldus geen mogelijkheid voor het UWV om een boete op te leggen wanneer bijvoorbeeld een werkgever tijdens de subsidieperiode toch een ontslaaanvraag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden heeft ingediend. De correctie van 150% (NOW-1) en 100% (NOW-2) op de totale loonsom na het indienen van een ontslaaanvraag wordt in de politiek en de media wel "ontslagboete" genoemd.⁴³ Dit is echter geen bestraffende sanctie als bedoeld in art. 5:2, onder c, Awb omdat nooit een

36. Art. 14, vijfde lid, onderdeel b en c, NOW-1, art. 18, zesde lid, onderdeel b en d, NOW-2 en art. 24, vijfde lid, onderdeel b en d, NOW-3.

37. Art. 4:84 Awb is slechts van toepassing op beleidsregels, niet op ministeriële regelingen.

38. Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911; Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813, *JAR* 2020/265, m.nt. A.M. Helstone en T.O. Boot.

39. ABRvS 12 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4100, *AB* 2009/237, m.nt. W. den Ouden.

40. CRvB 30 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4315, *AB* 2008/222, m.nt. W. den Ouden.

41. *Stcrt.* 2020, 19874, p. 19.

42. Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911; Rb. Noord-Nederland 7 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7267; Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813, *JAR* 2020/265, m.nt. A.M. Helstone en T.O. Boot.

43. Antwoord op Kamervragen van het lid Gijs van Dijk (PvdA) aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over het bericht '181.000 banen weg bij bedrijven die coronasteun kregen' (2020Z18151); *Aanhangsel Handelingen II*, 2020/21, 779.

bedrag hoger dan de verlening kan worden teruggevorderd en het UWV op grond van art. 5:4 Awb ook geen bevoegdheid heeft om een bestraffende sanctie op te leggen. Art. 5:2, eerste lid, onderdeel a Awb omschrijft de bestuurlijke sanctie, die is onderverdeeld in een herstelsanctie (onderdeel b) en een bestraffende sanctie (onderdeel c). Bestuurlijke sancties kunnen op grond van art. 5:4 Awb alleen worden opgelegd wanneer dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.

In het subsidierecht wordt overigens wel de term “subsidiesancties” gebruikt.⁴⁴ Subsidiesancties zijn het weigeren, lager vaststellen, intrekken en terugvorderen van de subsidie als reactie op een overtreding van de normen opgenomen in de subsidieregeling. Wij menen dat de term subsidiesanctie enigszins misleidend kan zijn omdat het suggereert dat het bestuurlijke sancties zijn in de zin van art. 5:2 Awb. Dat is niet het geval. Uit de jurisprudentie volgt dat de vaststelling, intrekking of terugvordering van de subsidieverlening vrijwel nooit als punitief wordt gekwalificeerd door de Afdeling.⁴⁵ Hoewel binnen het bestuursrecht onderscheid wordt gemaakt tussen punitieve en reparatoire sancties, zoals hiervoor besproken, kan de term sanctie in algemene zin het idee oproepen dat de subsidieontvanger wordt bestraft. Om die reden hanteren wij liever niet de term sanctie, maar spreken wij van een lagere vaststelling van, of eventueel een korting op, de subsidieverlening.

Het UWV kan ook geen nakoming vorderen van het uitvoeren van de subsidieactiviteit (het in dienst houden van werknemers) of het nakomen van de subsidieverplichtingen. De subsidieverlening is immers een begunstigende, eenzijdige rechtshandeling, die de subsidieontvanger niet bindt.⁴⁶ De subsidieontvanger kan ervoor kiezen hiervan gebruik te maken. Doet de subsidieontvanger dit echter niet, of niet conform de verplichtingen, dan wordt de subsidieverlening op nihil of lager vastgesteld en wordt het (teveel ontvangen) subsidiebedrag teruggevorderd. Het terug te vorderen bedrag mag bovendien niet worden vermeerderd met de wettelijke rente over de periode tussen de onverschuldigde betaling en de terugbetaling.⁴⁷ De bevoegdheid om het onverschuldigd betaalde bedrag terug te vorderen omvat volgens de bestuursrechter niet tevens de bevoegdheid rente over dat bedrag te vorderen. Die bevoegdheid kan wel in de subsidieregeling worden opgenomen. Had de Minister dit willen re-

gelen, dan had hij dit expliciet in de NOW moeten vastleggen. Dit is niet het geval.

Ten slotte willen wij benadrukken dat uiteraard wel sancties kunnen volgen in het geval er (mogelijk) sprake is van fraude. Wanneer het UWV bij het vaststellen van de subsidie een redelijk vermoeden heeft dat er een strafbaar feit is gepleegd – bijvoorbeeld door valsheid in geschrifte of andere frauduleuze handelingen bij de aanvraag – kan het aangifte doen bij het Openbaar Ministerie (OM).⁴⁸ De Minister benadrukt dit expliciet in de toelichting bij de NOW, maar die mogelijkheid volgt vanzelfsprekend uit het Wetboek van Strafrecht.

7. Intrekken van de subsidievaststelling

Het UWV heeft naast de mogelijkheid om de subsidie lager vast te stellen, waardoor het subsidiebedrag bij de subsidievaststelling lager is dan bij de subsidieverlening, ook de mogelijkheid om de subsidievaststelling in te trekken of te wijzigen. Dit houdt in dat het subsidiebedrag mogelijk ook nog kan wijzigen nadat het is vastgesteld. Omdat een subsidievaststelling een onvoorwaardelijke aanspraak op financiële middelen vestigt, dienen de gronden waarop deze kan worden gewijzigd of ingetrokken beperkt te zijn. De intrekking van een onvoorwaardelijke aanspraak op gelden is immers een forse inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel. De gronden voor het intrekken en wijzigen van de subsidievaststelling zijn opgenomen in art. 4:49 Awb. Het artikel omvat een opsomming van drie limitatieve gronden te weten: a) feiten en omstandigheden waarvan het bestuursorgaan niet op de hoogte kon zijn bij de vaststelling, maar die tot een lagere vaststelling zouden hebben geleid, b) het geval dat de vaststelling onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten en c) het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen na de vaststelling. De laatste grond ziet op doorlopende subsidieverplichtingen die ook na het verkrijgen van de subsidie blijven gelden. Het artikel voorziet niet in een mogelijkheid om bij wettelijk voorschrift andere gronden op te nemen (zoals wel mogelijk gemaakt in art. 4:50, eerste lid, sub c Awb).

Art. 16 NOW-1, art. 20 NOW-2 en art. 26 NOW-3 zien op het intrekken of het wijzigen van de subsidievaststelling. Volgens deze bepaling heeft het UWV de bevoegdheid de subsidievaststelling in te trekken of te wijzigen wanneer een werkgever door zijn handelen of nalaten tijdens of na de subsidieperiode niet heeft voldaan aan het doel van de subsidieregeling, zoals opgenomen in art. 3 NOW-1, NOW-2 en NOW-3. De vraag is hoe deze bepaling zich verhoudt met art. 4:49 Awb, waarin de limitatieve gronden voor het intrekken of wijzigen van de subsidievaststelling zijn opgenomen. In het geval de Minister hier daadwerkelijk beoogt om een extra grondslag voor het achteraf intrekken en wijzigen van de sub-

44. W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, ‘Subsidierecht’, *Mastermonografieën staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 181.

45. ABRvS 18 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9812, AB 2007/349, m.nt. Barkhuysen en Den Ouden; ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2121; In één uitspraak oordeelt de Afdeling dat er in een specifiek geval sprake is van een punitieve sanctie, deze uitspraak zullen wij hier verder niet bespreken.

46. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, 3, p. 25 (MvT).

47. ABRvS 10 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5070, AB 2003/123, m.nt. N. Verheij.

48. *Stcrt*, 2020, 19874, p. 17.

sidie mogelijk te maken is dit in strijd met art. 4:49 de Awb en is de desbetreffende bepaling onverbindend. Bovendien leidt de bewoording in het artikel tot een verstrekkende verruiming van de handhavingsmogelijkheden van het UWV waarvan men zich kan afvragen of dit niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Uit het artikel volgt dat al het handelen en nalaten in strijd met het doel van de regeling *tijdens of na de subsidieperiode* kan leiden tot intrekking van de subsidievaststelling. Onder de NOW-2 en NOW-3 is in het doel opgenomen dat de werkgever geen bonussen of dividend mag uitkeren, zonder dat hierin is opgenomen ten aanzien van welke periode. Omdat de naleving van het doel van de NOW in art. 20 NOW-2 en 26 NOW-3 niet is beperkt tot de subsidieperiode, zou uit de tekst van dit artikel in samenhang met de tekst in art. 3, kunnen worden afgeleid dat er een eeuwigdurend verbod op het uitkeren van dividend en bonussen ontstaat. Dit kan uiteraard niet de bedoeling zijn.⁴⁹ Uit de toelichting bij art. 16 NOW-1 volgt dat de bepaling met name is opgenomen om misbruik van de NOW te voorkomen.⁵⁰ De Minister wil voorkomen dat subsidiebedragen terecht komen bij werkgevers die bewust handelingen hebben verricht om in aanmerking te komen voor de subsidie, of grotere bedragen aan subsidie dan waar ze zonder die handelingen voor in aanmerking gekomen zouden zijn. Het is de vraag welk handelen de Minister aanmerkt als misbruik. Is het opsparen van dividend of bonussen, om dit in een later (dan in de verplichtingen opgenomen) boekjaar uit te keren, een vorm van misbruik en handelen in strijd met het doel? De subsidieverplichtingen sluiten dergelijk handelen niet uit. Mogelijk kan de Minister oordelen dat de werkgever hiermee handelt in strijd met het doel van de regeling, maar tot hoeveel jaren na de subsidieperiode kan de Minister dit argument voeren? Bovendien zal de Minister, zoals wij hiervoor betogen, moeten kunnen aantonen dat sprake is van een van de gronden in art. 4:49 Awb. Wij verwachten dat over de desbetreffende bepaling veel discussie kan ontstaan en dat de bestuursrechter zich waarschijnlijk over deze vraagstukken zal moeten buigen.

8. Tot slot

De NOW is als tegemoetkoming in de loonkosten van werknemers een subsidie voor werkgevers. De NOW wijkt echter af van klassieke subsidieregelingen en bevat bovendien bepalingen die de subsidietitel in de Awb aanvullen of van de Awb afwijken. In dit kader bespraken wij de vaste kortingspercentages in de NOW die de discretionaire bevoegdheid

tot lager vaststellen van het UWV beperken en de bepaling die de mogelijkheid om de subsidievaststelling in te trekken, verruimt. Wij menen dat de Minister dergelijke bepalingen niet in strijd met de Awb kan vaststellen en die bepalingen mogelijk onverbindend zijn. Het is voor eenieder die te maken krijgt met de NOW daarom van belang een goed begrip te hebben van titel 4.2 van de Awb en de leerstukken van het subsidierecht.

49. Uit de bewoording in art. 17, eerste lid, NOW-2 en art. 14, eerste lid, NOW-3 volgt bovendien ook dat het dividend- en bonusverbod ten aanzien van het jaar 2020, dan wel 2021, eeuwigdurend zou zijn. Het is zeer de vraag of dit evenredig is.

50. *Stcrt*, 2020, 19874, p. 29.