

verzoek ontvankelijk is. Dat is in casu niet het geval, nu MariPharm haar verzoek baseert op de a-grond (bedrijfseconomische omstandigheden) en de uitzondering van artikel 7:671b lid 2 sub c BW zich niet voordoet. Een en ander betekent derhalve dat MariPharm in haar verzoek niet ontvankelijk is.

5.6. Gelet op de aard van de procedure en de gebleken omstandigheden worden de proceskosten gecompenseerd.

6. De beslissing

De kantonrechter:

verklaart MariPharm in haar verzoek niet ontvankelijk;

compenseert de kosten van het geding in die zin dat iedere partij de eigen kosten van deze procedure draagt.

265

Weigering voorschot NOW niet in strijd met evenredigheidsbeginsel

Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht

9 september 2020, nrs. UTR 20/1815, UTR 20/2485 en UTR 20/2685,

ECLI:NL:RBMNE:2020:3813

(mr. Veldman-Gielen, mr. Stijnen, mr.

Wolbrink)

Noot mr. drs. A.M. Helstone, mr. T.O. Boot

Toetredingsvoorwaarden NOW 1.0 en NOW 2.0. Aanvraag tegemoetkoming in de loonkosten. Voorschot vastgesteld op nihil. Evenredigheidsbeginsel.

[NOW1.0 art. 7, 11 lid 2; NOW 2.0 art. 12]

De werkgever opent op 1 februari 2020 een restaurant en heeft vijf werknemers in dienst. Op 15 maart 2020 sluit het restaurant in verband met de coronamaatregelen. Een aanvraag voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de NOW1.0 wordt door SZW afgewezen omdat er over de tijdvakken januari 2020 en november 2019 geen loongegevens bekend zijn. Op 28 juli 2020 neemt SZW een nieuw besluit omdat de werkgever op grond van gewijzigde toetredingsvoor-

waarden mogelijk toch recht heeft op NOW. De hoogte van het voorschot wordt evenwel vastgesteld op nihil, omdat die berekening geschiedt aan de hand van de loonkosten van januari 2020 of november 2019. Ook een aanvraag voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de NOW2.0 wordt afgewezen. De loonsom over maart 2020 bedroeg op peildatum 15 mei 2020 nul euro. De werkgever tekent bezwaar aan tegen de afwijzing van een voorschot voor de loonkostensubsidie op grond van de NOW1.0 en de NOW2.0.

De bestuursrechter stelt voorop dat de werkgever in feite verzoekt art. 11 lid 2 NOW1.0 buiten toepassing te laten, zodat de berekening van het voorschot niet meer hoeft plaats te vinden aan de hand van art. 10 NOW1.0. Daarvoor moet in het kader van een exceptieve toetsing worden beoordeeld of de regeling met betrekking tot het voorschot in strijd is met het algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in dit geval het evenredigheidsbeginsel. Volgens SZW zijn de gevolgen van de beslissing om de wijziging van de loonsombepaling uitsluitend te laten gelden bij de subsidievaststelling meegewogen. De beslissing is ondanks de mogelijke negatieve gevolgen bewust genomen. Dat volgt ook uit verschillende nota's en kamerbrieven. De regeling heeft niet tot doel alle bedrijven te redden of maatwerk te bieden. Alles overwegende is geen sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel. Ook het verzoek de peildatum uit de NOW2.0 buiten toepassing te laten wordt niet gehonoreerd. De keuze voor de peildatum is bewust gekozen ter voorkoming van fraude en voldoende onderbouwd. SZW hoeft geen rekening te houden met latere correcties op de nulaangifte.

NB. Zoals ook blijkt uit «JAR» 2020/246 is de NOW bedoeld als eenvoudige noodmaatregel die in korte tijd moet kunnen worden uitgevoerd, zodat er weinig tot geen ruimte is voor afwijking van de regeling. De NOW kent ook geen hardheidsclausule. Uit de hier opgenomen zaak blijkt dat afwijking in principe wel mogelijk is als sprake is van strijd met het evenredigheidsbeginsel, maar dat de beoordeling of daarvan sprake is, strikt is. Uitgangspunt blijft dat er weinig ruimte is voor maatwerk.

[Eiseres/verzoekster] B.V. te [vestigingsplaats], eiseres/verzoekster, gemachtigde: mr. R.J. Hoogeveen, tegen
de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, namens deze de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, verweerder,
 gemachtigden: V.A.R. Kali en M.J.H. Maas.

Procesverloop
 (...)

Waar gaan deze zaken over?

1. Eiseres heeft op 1 februari 2020 een restaurant in [vestigingsplaats] geopend. Als gevolg van de coronamaatregelen heeft zij haar restaurant op 15 maart 2020 moeten sluiten. Op 6 april 2020 heeft zij bij verweerder een aanvraag ingediend voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de NOW1.0 voor de periode maart tot en met mei voor de vijf werknemers die sinds 1 februari 2020 bij haar in dienst zijn. Verweerder heeft deze aanvraag afgewezen, omdat er over de tijdvakken januari 2020 en november 2019 geen loongegevens bekend zijn.
2. Eiseres heeft op 6 juli 2020 een aanvraag ingediend voor een tegemoetkoming in de loonkosten op grond van de NOW2.0 voor de periode juni tot en met september. Verweerder heeft deze aanvraag afgewezen, omdat op de peildatum 15 mei 2020 de loonsom over maart 2020 nul euro bedroeg. Verweerder heeft het bezwaar daartegen gegrond verklaard en het voorschot op nul vastgesteld. Eiseres is het er niet mee eens dat zij voor zowel de NOW1.0 als de NOW2.0 geen voorschot heeft gekregen. Zij stelt de financiële steun van de overheid hard nodig te hebben.
3. Het gaat in deze zaken om de vraag of eiseres in aanmerking kan komen voor een voorschot voor loonkostensubsidie op grond van de NOW1.0 en de NOW2.0. Dit betreft de subsidieverlening en het gaat in deze procedure niet over de subsidievestiging.
4. De rechtbank heeft de beroepszaken gevoegd en versneld behandeld. Hierna zal de rechtbank eerst het beroep tegen de afwijzing op grond van de NOW1.0 beoordelen. Daarna komt het beroep tegen de NOW2.0 aan de orde. Tot slot zal de voorzieningenrechter een beslissing nemen op het verzoek om een voorlopige voorziening te treffen.

NOW1.0

Nieuwe besluitvorming

5. Eiseres heeft beroep ingesteld tegen het besluit van 27 mei 2020, waarmee de afwijzing van de aanvraag in stand is gebleven. Tijdens de beroepsprocedure heeft verweerder een nieuw besluit op bezwaar genomen. Met dit nieuwe besluit op bezwaar van 28 juli 2020 heeft verweerder het besluit van 27 mei 2020 gewijzigd. Verweerder heeft het bezwaar van eiseres alsnog gegrond verklaard en aan eiseres laten weten dat zij gelet op een wijziging van de NOW1.0 mogelijk recht heeft op een loonkostensubsidie, maar dat het voorschot op nihil wordt gesteld. Eiseres heeft kenbaar gemaakt dat zij zich hierin niet kan vinden, omdat zij van mening is dat zij recht heeft op een voorschot. Omdat het nieuwe besluit niet volledig tegemoet komt aan het beroep van eiseres, is het beroep van rechtswege mede gericht tegen dit nieuwe besluit. Dit volgt uit artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

Procesbelang bij het bestreden besluit van 27 mei 2020

6. De rechtbank moet ambtshalve de vraag beantwoorden of eiseres procesbelang heeft bij de beoordeling van het beroep tegen het besluit op bezwaar van 27 mei 2020. Het procesbelang is het belang dat eiseres heeft bij de uitkomst van de procedure, dus wat zij in concreto met haar beroep wil bereiken. De rechtbank stelt vast dat het nieuwe besluit op bezwaar van 28 juli 2020 in de plaats is gekomen van het besluit op bezwaar van 27 mei 2020. Eiseres heeft niet gesteld dat zij nog belang heeft bij een beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit op bezwaar van 27 mei 2020. Hiervan is ook niet gebleken. De rechtbank zal het beroep tegen dat besluit daarom niet-ontvankelijk verklaren vanwege het ontbreken van procesbelang.

Beoordeling van het beroep tegen het bestreden besluit van 28 juli 2020

7. Wat houdt het bestreden besluit van 28 juli 2020 in? In dit bestreden besluit heeft verweerder uiteengezet dat eiseres als gevolg van de derde wijziging van de NOW1.0 voldoet aan de toetredingsvoorwaarden voor de NOW. Als startende ondernemer voldoet eiseres aan de voorwaarde dat er voor maart 2020 een referentiemaand voor omzet voorhanden is die afgezet kan worden te-

gen de omzetperiode waarover een tegemoetkoming kan worden ontvangen. Verder staat in het bestreden besluit dat de wijziging van de NOW1.0 ervoor zorgt dat de loonsom van maart tot en met mei 2020 gehanteerd kan worden bij de definitieve subsidievaststelling als de loonsom in deze periode hoger is dan driemaal de loonsom van januari 2020. Het voorschot wordt nog steeds berekend aan de hand van de loonkosten over januari 2020 of november 2019 en daarom is het voorschot op nul gezet.

8. Eiseres voert aan dat zij in aanmerking dient te komen voor een voorschot, nu is vastgesteld dat zij aan de toetredingsvoorwaarden voldoet. Op de zitting heeft eiseres toegelicht dat op grond van de derde wijziging van de NOW1.0 voor de loonsom, naast de tijdvakken januari 2020 en november 2019, ook van een derde tijdvak uitgegaan kan worden bij de subsidievaststelling. Dit werkt vreemd genoeg niet door bij het bepalen van het voorschot. Eiseres vindt dat de regeling hiermee zijn doel voorbij schiet, omdat ondernemers zoals zij hiermee niet zijn geholpen omdat het wachten op de subsidievaststelling mogelijk te lang duurt waardoor toch banen verloren gaan. Zij heeft op de zitting verzocht om de wijziging met betrekking tot het derde tijdvak ook toe te passen op de voorschotverlening zoals geregeld in artikel 10 van de NOW1.0 en om de peildatum van 15 mei 2020 buiten toepassing te verklaren, zodat zij in aanmerking kan komen voor een voorschot.

9. Artikel 11 van de NOW1.0 gaat over de subsidieverlening van een voorschot. In het eerste lid van dit artikel staat dat de minister de werkgever bij de beschikking tot subsidieverlening een voorschot verstrekt. Het tweede lid bepaalt dat de hoogte van het voorschot 80% bedraagt van het bedrag van de verlening, bedoeld in artikel 10.

10. In artikel 10, eerste lid, van de NOW1.0 staat een formule waarmee de hoogte van het bedrag aan subsidieverlening wordt berekend. Eén van de variabelen in de formule is de loonsom (B^*). Op grond van artikel 10, tweede lid, van de NOW1.0 wordt voor de loonsom uitgegaan van het loon over het eerste aangiftestijdvak van het jaar 2020. Dat is dus januari 2020. Op grond van het derde lid van dit artikel wordt uitgegaan van het loon over de maand november 2019, als er geen loongegevens zijn over het eerste aangiftestijdvak van 2020. Het vijfde lid van artikel 10 bepaalt dat de gegevens uit de loonaangifte van de werkgever ten behoeve van de bepaling van de

loonsom worden beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 maart 2020 is ingediend en de aanvullingen daarop die uiterlijk op die datum hebben plaatsgevonden.

11. Op 26 mei 2020 is de derde wijziging van de NOW1.0 vastgesteld en op 29 mei 2020 gepubliceerd. Eén van de wijzigingen ziet op de loonsom die gehanteerd kan worden bij de subsidievaststelling. Artikel 7 van de NOW1.0 bepaalt hoe de hoogte van de subsidie wordt berekend. Dit artikel wordt verruimd in die zin dat een werkgever onder voorwaarden de loonsom van maart tot en met mei kan hanteren bij de subsidievaststelling. Aan artikel 7 is ook nog een lid toegevoegd waarin peildata zijn vastgelegd. In het negende lid van artikel 7 is geregeld dat de loonsom met betrekking tot het derde aangiftestijdvak van het jaar 2020 wordt gebaseerd op loongegevens en de aanvullingen daarop zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 zijn ingediend. Voor het vierde en vijfde aangiftestijdvak van het jaar 2020 is de peildatum op 19 juli 2020 vastgesteld.

12. De rechtbank stelt vast dat de hiervoor beschreven wijziging van de loonsombepaling in artikel 7 van de NOW1.0 alleen geldt voor de berekening van de hoogte van de subsidievaststelling. Daar gaat het in deze procedure niet over. Eiseres wil dat de verruiming met betrekking tot de loonsom ook van toepassing wordt verklaard op de subsidieverlening en dat het artikel met de peildatum buiten toepassing wordt verklaard, zodat zij in aanmerking kan komen voor een voorschot. Dit komt er in feite op neer dat eiseres verzoekt om artikel 11, tweede lid, van de NOW1.0 buiten toepassing te laten, waardoor de voorschotberekening niet meer hoeft te worden gebaseerd op de formule en het bepaalde in artikel 10. Als deze beroepsgrond slaagt, dan heeft het buiten toepassing laten van dit artikel echter niet direct tot gevolg dat de wijzigingen van artikel 7 ook gaan gelden voor de voorschotberekening. Het kan er slechts toe leiden dat voor de berekening van het voorschot geen regels meer gelden en dat het voorschot op een andere wijze berekend moet gaan worden. De gevolgen hiervan gaan de omvang van dit geding te buiten omdat het in dat geval aan verweerder is de gevolgen van buiten toepassing verklaring voor de subsidieverlening af te wegen.

13. Wat eiseres aanvoert over het buiten toepassing laten van artikel 11, tweede lid, van de NOW1.0, vergt een exceptieve toetsing. De ex-

ceptieve toetsing houdt in dat algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn, door de rechter kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. De rechter komt tevens de bevoegdheid toe te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag biedt voor het in geding zijnde besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel, een belangrijk richtsnoer. Dit volgt uit de uitspraak Centrale Raad van Beroep van 1 juli 2019, ECLI:NL:CVRB:2019:2016 en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

14. De rechtbank zal het aangevoerde beoordelen in het kader van de vraag of de regeling met betrekking tot de voorschotberekening in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Daartoe overweegt zij dat verweerder ter zitting heeft toegelicht dat de voorschotregeling in de NOW1.0 een grofmazige regeling is die in snel tempo in elkaar is gezet, zodat op korte termijn veel aanvragen behandeld kunnen worden. Gaandeweg zijn er wijzigingen gekomen op de regelgeving om tegemoet te komen aan de problemen die bepaalde groepen werkgevers ondervonden, zoals de startende ondernemers en in geval van overgang van onderneming. Volgens verweerder zijn de gevolgen van de keuze om de wijziging van de loonsombepaling alleen te laten gelden bij de subsidie vaststelling meegewogen door de wetgever.

15. De nota van toelichting bij de derde wijziging van de NOW1.0 vermeldt dat de aanpassing van de loonsombepaling expliciet alleen geldt voor de berekening van de subsidiehoogte bij de vaststelling, na afloop van de subsidieperiode. In de Kamerbrief over derde wijziging staat onder het kopje loonsombepaling het volgende: "In aanvulling op bovenstaande wijs ik erop dat aanvragers met een 0-loonsom in januari 2020 of geen loonsom in januari 2020 en november 2019, die een loonsom in maart t/m mei 2020 hebben mogelijk alsnog voor de NOW in aanmerking kunnen komen. Indien zij eerder een afwijzende beschikking hebben ontvangen, zullen zij door het UWV worden benaderd. De alternatieve rekenmethode voor de loonsom ziet op de subsidie zoals die vastgesteld wordt op grond van artikel 7 van de

regeling. De bevoorschotting blijft onveranderd, ook voor nieuwe aanvragers. Dit betekent dat een aanvrager enkel bij vaststelling (aanvullende) tegemoetkoming op grond van de NOW kan ontvangen via voornoemde alternatieve rekenmethode voor de loonsom."

16. De rechtbank stelt voorop dat uit de toelichting bij de NOW1.0 volgt dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om in de regeling geen hardheidsclausule op te nemen. Verder overweegt de rechtbank dat uit de nota van toelichting bij de derde wijziging van de NOW1.0 en de Kamerbrief blijkt dat het eveneens een bewuste keuze van de wetgever is geweest om de verruiming van de loonsombepaling niet van toepassing te laten zijn op de voorschotberekening. De rechtbank leidt hieruit af dat de wetgever de negatieve gevolgen van de keuze om de wijze van voorschotberekening met de derde wijziging van de NOW1.0 onveranderd te laten onder ogen heeft gezien en in de afweging heeft betrokken, maar daaraan geen doorslaggevend belang heeft toegekend. Met de NOW1.0 wordt beoogd om op een zo kort mogelijke termijn met behulp van financiële steun zoveel mogelijk bedrijven overeind te houden om werkgelegenheid te behouden, maar het heeft niet als doel om een allesomvattende regeling te bieden om alle bedrijven te redden, noch om maatwerk te bieden. Verweerder heeft dit ter zitting nog toegelicht. Hoewel de rechtbank ziet dat het nadelig is voor eiseres dat zij geen voorschot krijgt, is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel. Gelet hierop komt de rechtbank niet meer toe aan de beoordeling van het verzoek om de bepaling met de peildatum van 15 mei 2020 uit artikel 7, negende lid, buiten toepassing te laten.

17. Het beroep tegen het bestreden besluit van 28 juli 2020 is ongegrond.

18. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

NOW2.0

Beoordeling van het beroep tegen het bestreden besluit van 28 juli 2020

19. Op 25 juni 2020 is de NOW2.0 in werking getreden. Daarmee is het subsidietijdvak verlengd van juni tot en met september 2020 en zijn diverse wijzigingen ten opzichte van de NOW1.0 doorgevoerd en nieuwe voorwaarden toegevoegd. De aanvraag van eiseres om tegemoetkoming in de

loonkosten op grond van de NOW2.0 heeft verder bij besluit van 10 juli 2020 afgewezen. Met het bestreden besluit van 16 juli 2020 heeft verweerder dit besluit herroepen, het bezwaar gegrond verklaard en het voorschot op nul vastgesteld. Daaraan ligt ten grondslag dat de loonsom over maart 2020 op de peildatum van 15 mei 2020 nul euro bedroeg.

20. Eiseres vindt de in de NOW2.0 opgenomen peildatum van 15 mei 2020 onrechtvaardig. Zij verzoekt de rechtbank om de regeling op dit punt onverbindend te verklaren. Op de zitting heeft eiseres dit gewijzigd in het verzoek om de bepaling met de peildatum buiten toepassing te laten. Ter onderbouwing hiervan voert zij aan dat niet goed is gemotiveerd waarom voor deze peildatum is gekozen.

21. In artikel 12 van de NOW2.0 is een formule opgenomen voor de berekening van de hoogte van het bedrag van de subsidieverlening. De hoogte van het voorschot bedraagt 80% van het bedrag dat uit deze formule komt (artikel 13, eerste lid, van de NOW2.0). Eén van de variabelen in de formule is de loonsom (B), zoals berekend op grond van artikel 8, eerste tot en met het vierde lid. Artikel 8, zevende lid, van de NOW2.0 regelt dat de in aanmerking te nemen gegevens uit de loonaangifte van de werkgever ten behoeve van de bepaling van de loonsom worden beoordeeld op grond van de loonaangifte zoals die uiterlijk op 15 mei 2020 is ingediend en de aanvullingen daarop die uiterlijk op die datum hebben plaatsgevonden.

22. In de toelichting bij artikel 8, zevende lid, staat dat een peildatum nodig is omdat een werkgever de loonaangifte met terugwerkende kracht kan corrigeren door middel van correctieberichten. Voor de vaststelling van de hoogte van het voorschot is het noodzakelijk dat kan worden uitgegaan van de loongegevens zoals deze gelden op een bepaald tijdstip. De toelichting vermeldt verder dat deze datum is vastgesteld op uiterlijk 15 mei 2020, een datum die gelegen is vóór de aankondiging van deze regeling. Werkgevers hebben sindsdien namelijk een financieel belang bij een zo hoog mogelijke loonsom in maart. Ter beperking van fraude- en misbruikrisico's worden correctieberichten op de loonaangifte van na 15 mei 2020 niet meer meegenomen in de bepaling van de loonsom op grond van dit artikel.

23. De rechtbank is van oordeel dat keuze voor de peildatum 15 mei 2020 voldoende is onderbouwd.

Er is bewust voor gekozen om ter voorkoming van fraude een datum te kiezen die is gelegen voor de aankondiging van de NOW2.0. Verweerder heeft ter zitting nog verduidelijkt dat gekozen is voor een datum die aansluit bij de peildatum van de NOW1.0 (15 maart 2020) en de peildatum uit de derde wijziging van de NOW1.0 (15 mei 2020). In reactie hierop heeft eiseres naar voren gebracht dat bij de NOW1.0, die op 17 maart 2020 in werking is getreden, is gekozen voor een peildatum die twee dagen daarvoor lag, zodat gekozen had kunnen worden voor een datum vlak voor 25 juni 2020. De rechtbank overweegt hierover dat de NOW2.0 op 25 juni 2020 is gepubliceerd, maar al eerder door de overheid is aangekondigd. Dit is gebeurd op 20 mei 2020. Ook als zou zijn gekozen voor een peildatum daags voor deze aankondiging, dan had dat eiseres niet kunnen helpen. Uit de stukken en wat op zitting besproken is, is naar voren gekomen dat de nul-aangifte op 20 of 21 mei 2020 is gecorrigeerd. De rechtbank ziet in wat eiseres heeft aangevoerd geen aanleiding om artikel 8, zevende lid, van de NOW2.0 in strijd met het evenredigheidsbeginsel te achten en daarom buiten toepassing te laten.

24. In het verweerschrift is opgemerkt dat bij de NOW2.0 dezelfde berekening wordt gehanteerd bij zowel het voorschot als de definitieve toekenning. Een nul-aangifte in de maand maart 2020, waarvoor geen verschoonbare redenen is, zal volgens het verweerschrift niet leiden tot toekenning bij de subsidievaststelling. Ter zitting heeft verweerder toegelicht dat er een interne afspraak is gemaakt dat in uitzonderingsgevallen van de peildatum kan worden afgeweken. Dit buitenwettelijk begunstigend beleid houdt in dat van de peildatum kan worden afgeweken als er uiterlijk 15 mei 2020 bij de belastingdienst uitstel is gevraagd voor het doen van loonaangifte, de belastingdienst dit akkoord heeft gevonden en het niet kunnen doen van aangifte het gevolg is geweest van een calamiteit.

25. Eiseres heeft op de zitting uitgelegd dat een nul-aangifte is gedaan, nadat zij de afwijzing van de NOW1.0 had ontvangen. Om te voorkomen dat zij de aanslag loonheffing zou moeten betalen, waarvoor zij geen geld had, is de nul-aangifte gedaan. Nadat de belastingdienst duidelijk had gemaakt dat uitstel van betaling mogelijk was, is de nul-aangifte van maart 2020 alsnog gecorrigeerd. Eiseres heeft daarbij opgemerkt dat haar boekouder altijd op de 20e van de maand loon-

aangifte doet. De rechtbank is met verweerder van oordeel dat dit in de risicosfeer van eiseres ligt en dat geen sprake is geweest van een calamiteit. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder aan de peildatum kunnen vasthouden en geen aanleiding hoeven zien om van de gecorrigeerde loonaangifte uit te gaan.

26. Omdat op de peildatum van 15 mei 2020 een nul-aangifte bekend was, wat ook niet tussen partijen in geschil is, heeft verweerder het voorschot terecht op nul vastgesteld. Dit betekent dat het beroep tegen het bestreden besluit van 16 juli 2020 ongegrond is. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Verzoek om voorlopige voorziening

27. Het verzoek om voorlopige voorziening hangt samen met de beroepzaak over de NOW1.0. Gezien de uitspraak van de rechtbank op het beroep tegen de besluiten over de NOW1.0, is er geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. Daarom wordt het verzoek afgewezen. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank:

– verklaart het beroep tegen het besluit van 27 mei 2020 niet-ontvankelijk;

– verklaart de beroepen tegen de besluiten van 16 juli 2020 en 28 juli 2020 ongegrond.

De voorzieningenrechter:

– wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

NOOT

Het belang van deze bestuursrechtelijke uitspraak is gelegen in de begrenzing van de rechtsbescherming van de werkgevers in procedures tegen besluiten van UWV over de subsidieverstrekking op grond van alle tranches van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid ('NOW'). Tevens illustreert deze zaak tot welke onevenredige uitkomsten de NOW kan leiden als gevolg van het grofmazige karakter en het ontbreken van een hardheidsclausule in deze subsidieregeling. In dergelijke gevallen is de werkgever in een procedure tegen UWV inzake een NOW-subsidiebesluit aangewezen op exceptieve toetsing door de bestuursrechter. Zoals deze uitspraak laat zien,

dient een rechter terughoudend te zijn bij exceptieve toetsing en zal een beroep hierop niet snel slagen. Dit heeft gevolgen voor de NOW-subsidiebesluiten van UWV in de fases van (a) subsidieverlening (waarbij bijvoorbeeld een te laag voorschot is toegekend of het voorschot op nihil is gesteld, zoals in deze uitspraak het geval was) en (b) subsidievaststelling (waarbij niet-naleving van de subsidieverplichtingen kan leiden tot nihilstelling, wijziging of intrekking van de subsidievaststelling).

De snelheid waarmee de NOW na het uitbreken van de coronacrisis tot stand is gekomen, kent dus een belangrijke keerzijde en wreekt zich aangezien in de praktijk is gebleken dat de uitwerking en de effecten van de NOW niet goed zijn doordacht en tot verschillende knelpunten leiden. Dit is door de Minister van SZW erkend; in dat kader is een aantal reparaties en wijzigingen in de eerste twee tranches van de NOW ('NOW-1' en 'NOW-2') aangebracht. Deze reparaties en wijzigingen leiden echter niet tot een (tijdige) oplossing voor alle gesignaleerde knelpunten, waardoor ondoordachte negatieve effecten van de NOW zullen worden ingehaald door de tijd. Dat geldt ook voor de laatste drie tranches van de NOW die vanaf 1 oktober 2020 tot 1 juli 2021 van kracht zijn ('NOW-3').

Ook deze uitspraak maakt de negatieve effecten duidelijk aangezien de derde wijziging van de NOW-1 voor startende ondernemers de betrokken werkgever (een restaurant dat op 1 februari 2020, vlak voor de coronacrisis, was geopend) in dit geval niet kon baten. Deze derde wijziging van de NOW-1 voorziet weliswaar in een verruiming door de voorschotberekening niet te baseren op de loonkosten over januari 2020 of november 2019 (de oorspronkelijke tijdvakken die als basis gelden voor de loonsom op grond van de NOW-1) maar – onder voorwaarden – op de loonsom van maart tot en met mei 2020. Opvallend is dat bij een startende ondernemer die formeel voldoet aan de gewijzigde voorwaarden voor een beroep op de NOW-1, zoals in deze uitspraak, het voorschot bij subsidieverlening op € 0 wordt gesteld. Een tegemoetkoming in de loonkosten is op grond van de derde wijziging van de NOW-1 voor deze werkgevers pas mogelijk bij de *subsidievaststelling* en niet reeds bij wege van voorschot bij de *subsidieverlening*. Op dit moment is de fase van subsidieverlening op grond van de NOW-1 en de NOW-2 volledig

afgerond (voor de NOW-1 liep de aanvraagperiode voor subsidieverlening tot en met 5 juni 2020 en voor de NOW-2 tot en met 31 augustus 2020). De subsidievaststelling is mogelijk vanaf 7 oktober 2020 voor de NOW-1 en voor de NOW-2 vanaf 16 november 2020. Dat betekent dat startende ondernemers, zoals de werkgever in deze uitspraak, dus moeten wachten tot het einde van de subsidieperiode, dat wil zeggen het tijdstip van de subsidievaststelling, voordat de loonkosten-subsidie wordt uitgekeerd. Hierbij is ook van belang dat een werkgever de subsidievaststelling zelf moet aanvragen en de aanvraagperiode voor de subsidievaststelling 24 weken bedraagt en zelfs 38 weken voor aanvragen waarvoor een accountantsverklaring is vereist (bij een voorschotsubsidie vanaf € 100.000 en een definitieve subsidie vanaf € 125.000). De in de NOW opgenomen beslistermijn voor UWV is 52 weken vanaf het moment dat de werkgever een aanvraag om subsidievaststelling heeft gedaan. Dit kan voor een werkgever negatieve gevolgen hebben. Een gedwongen sluiting ligt dan op de loer, te meer omdat het in dit geval gaat om een restaurant dat getroffen wordt door de strenge overheidsmaatregelen voor horecaondernemingen. Het belangrijkste knelpunt in de uitwerking van de NOW is dat UWV, bij gebrek aan een hardheidsclausule, in individuele gevallen geen mogelijkheid heeft om van de NOW-regeling af te wijken. De enige mogelijkheid die de bestuursrechter in dat geval heeft, is exceptieve toetsing. Van belang hierbij is dat de NOW geen wet in formele zin is, maar een ministeriële regeling. Bij exceptieve toetsing mag de bestuursrechter een ministeriële regeling toetsen aan hogere nationale regelgeving en internationale verdragen. Daarnaast kan de bestuursrechter ook toetsen of toepassing van de regeling strijd oplevert met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel (CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016). De bestuursrechter toetst terughoudend: hoe zwaarder de belangen zijn die worden beschermd met het betrokken voorschrift, des te intensiever de toetsing kan zijn.

In dit geval biedt exceptieve toetsing geen soelaas voor de werkgever. De rechtbank acht hierbij met name van belang dat de toelichting bij de derde wijziging van de NOW-1 voor de verruiming van de loonsombepaling expliciet verwijst naar de *subsidievaststelling* en niet naar de sub-

sidieverlening (r.o. 16). Opvallend is dat de rechtbank uitgaat van een bewuste keuze en dat de regering de effecten van de voorschotberekening onder ogen heeft gezien. Bij dit oordeel past een belangrijke kanttekening: het is juist dat de verwijzing naar de subsidievaststelling expliciet is genoemd in de toelichting. Het is echter niet herleidbaar welke inhoudelijke afweging de regering heeft gemaakt en of zij de verstreckende gevolgen voor startende ondernemingen volledig onder ogen heeft gezien. De effecten van de voorschotberekening, afgezet tegen het late tijdstip van de subsidievaststelling, staan immers haaks op het beoogde doel van de verruiming van de loonsombepaling. Daarnaast valt niet in te zien waarom andere ondernemingen bij de subsidieverlening wel een voorschot toegekend krijgen en deze (startende) ondernemingen maanden moeten wachten tot het tijdstip van subsidievaststelling aan het einde van de subsidieperiode. Hierbij kunnen niet alleen vraagtekens worden gesteld bij het evenredigheidsbeginsel, maar ook bij het gelijkheidsbeginsel. Wij achten het daarom maar zeer de vraag of hiermee daadwerkelijk is voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

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

mr. T.O. Boot
advocaat bij Stibbe

266

Succesvol beroep op dwaling bij sluiten vaststellingsovereenkomst vóór bedrijfsluiting

Gerechtshof Amsterdam
29 september 2020, nr. 200.260.160/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:2559
(mr. Smit, mr. Boot, mr. Pieters)

Beëindigingsvergoeding. Vaststellingsovereenkomst. Dwaling. Spreekplicht van de werkgever.

[BW art. 6:228 lid 1 en 2, 6:230 lid 2, 7:611, 7:670b, 7:900]

De werknemer dient in 2011 een ontbindingsverzoek in bij de kantonrechter. Hij trekt het verzoek in omdat het zou worden toegewezen zonder vergoeding. Partijen sluiten daarop een vaststellingsovereenkomst, ook zonder vergoeding. Minder dan twee maanden daarna vraagt de werkgever aan de OR advies over een voorgenomen beëindiging van het bedrijfsonderdeel waartoe ook de werknemer behoort. Het advies bevat een beëindigingsregeling met een vergoeding gebaseerd op de kantonrechtersformule met een correctiefactor van C=1. De OR adviseert positief waarna een sociaal plan wordt opgesteld. De werknemer vordert in eerste aanleg primair naleving van het sociaal plan en subsidiair zodanige aanpassing van de beëindigingsovereenkomst dat zijn nadeel wordt opgeheven. De subsidiaire vordering wordt toegewezen. De werkgever stelt hoger beroep in. In cassatie wordt dat arrest op procedurele gronden vernietigd.

Het verwijzingshof overweegt dat de werkgever de werknemer had moeten informeren over de op handen zijnde bedrijfsontwikkeling. De werkgever heeft niet duidelijk gemaakt waarom hij dit niet heeft kunnen doen. Daarbij wordt ook in aanmerking genomen dat de werknemer ouder dan 50 jaar was en geen reële vooruitzichten had op ander werk. Ook speelt mee dat het een 32-jarig dienstverband betrof en dat de verhoudingen al sinds anderhalf jaar voor het sluiten van de overeenkomst suboptimaal waren. Tot slot is relevant

dat de werknemer in zijn eerdere ontbindingsverzoek ook aanspraak had gemaakt op een vergoeding gebaseerd op de kantonrechtersformule met een correctiefactor van C=1. Onder die omstandigheden had de werkgever zich de gerechtvaardigde belangen van de werknemer moeten aantrekken, zodat hij de overeenkomst niet op basis van onvolledige informatie zou sluiten. Gezien de concreetheid van de plannen voor het beëindigen van het bedrijfsonderdeel ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst, was geen sprake van een uitsluitend toekomstige omstandigheid. De kantonrechter heeft terecht geoordeeld dat het beroep van de werknemer op dwaling slaagt. Het hoger beroep wordt verworpen.

NB. In twee zaken van collega's van de werknemer zijn vergelijkbare uitspraken gedaan. Eerder had Hof Den Haag in deze zaken geoordeeld dat de werkgever geen spreekplicht had, omdat ten tijde van de onderhandelingen over de beëindigingsovereenkomst de OR nog niet was geïnformeerd over de reorganisatie en de reorganisatieplannen kennelijk nog niet concreet waren uitgewerkt («JAR» 2018/272). De vraag bleef daardoor wel open of de werkgever dan niet opnieuw met de werknemer in gesprek had moeten gaan toen de reorganisatieplannen concreter werden. Zie in dit opzicht ook HR, «JAR» 2008/75 (Dumeco).

Verzekerings Unie B.V. te Utrecht, appellante in principaal appel in de hoofdzaak, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel in de hoofdzaak, verweerster in het incident, advocaat: mr. L.J. Böhmer te Utrecht, tegen

de erfgenamen van [X] (overleden op 18 juli 2017):

- 1. [appellante sub 1] te [woonplaats], gemeente [gemeente],*
- 2. [appellant sub 2] te [woonplaats], gemeente [gemeente],*
- 3. [appellant sub 3] te [woonplaats], geïntimeerden in principaal appel in de hoofdzaak, appellanten in voorwaardelijk incidenteel appel in de hoofdzaak, eisders in het incident, advocaat: mr. A.W.J.D. Ray-Engels te Roermond.*