



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een gewaarschuwd bestuursrechtjurist ...

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2021). Een gewaarschuwd bestuursrechtjurist *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2021(10), 645-648. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3455654>

Version: Publisher's Version

License: [Licensed under Article 25fa Copyright Act/Law \(Amendment Taverne\)](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3455654>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Een gewaarschuwd bestuursrechtjurist ...

NTB 2021/309

Redactioneel

Op 5 november jongstleden organiseerde de VAR, de vereniging voor bestuursrecht, haar jaarvergadering. Weliswaar in november, dus nog niet helemaal normaal, maar wel weer *live* in de Jaarbeurs. Daar werd gesproken over Bestuursrecht in crisistijd aan de hand van vier prachtige preadviezen.² Eén daarvan heeft als onderwerp de omvangrijke steun- en herstelpakketten die de overheid vrijwel direct aan het begin van de coronacrisis in het leven heeft geroepen voor de getroffen ondernemers en burgers. In dat preadvies passeren heel veel steunregelingen de revue, die heel verschillende grondslagen kennen, verschillende voorwaarden en verplichtingen en die dus leiden tot heel verschillende rechtsposities voor de burgers die daarvan gebruik hebben gemaakt.

Wat de regelingen gemeen hebben is dat zij veelal 'robuust' van aard zijn. Belangrijkste doelstelling van de overheid was om ondernemers en burgers direct te hulp te schieten om te voorkomen dat zij failliet gingen, hun salaris niet uitbetaald kregen of hun baan zouden verliezen. De regering wilde snel velen helpen en kwam dus met regelingen die zijn gebaseerd op simpele beslisregels, zodat de besluitvorming goeddeels digitaal kan plaatsvinden. Uitvoerbaarheid was een belangrijk ijkpunt bij de vormgeving van deze regelingen; zij hebben een grofmazig karakter en geven weinig ruimte voor maatwerk.

Verder keerden veel regelingen uit op basis van schattingen van ondernemers en andere burgers. Om faillissement en ontslagen te voorkomen, moest er geld worden verstrekt op een moment dat nog niet duidelijk was hoe groot de schade van de ontvangers precies zou zijn. De duurste steunregelingen, de NOW (de tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid) en de TVL (de Tegemoedkoming Vaste Lasten), samen goed voor 35 miljard aan uitgaven,³ werken om die reden met een systeem van verlening en bevoorschotting op basis van schattingen vooraf en een vaststellingsbesluit achteraf.

En dat heeft gewerkt! Subsidies waren eenvoudig aan te vragen en voorschotten werden snel verleend. Al waren er ook schrijnende gevallen. Dat waren bijvoorbeeld ondernemers die op de in de regelingen gekozen peilmomenten geen representatieve omzet hadden, omdat zij net toen met zwangerschapsverlof waren of een verbouwing uitvoerden. Of die zich jaren geleden onder een verkeerde code hadden geregistreerd in de registers van de Kamer van Koophandel, waardoor zij geen subsidie kregen, terwijl zij feitelijk werkzaamheden uitvoerden waarvoor de subsidie nu juist was bedoeld. De regering benadrukte steeds dat de regelingen uitvoerbaar moesten zijn en de bestuursrechters hebben dat argument in verreweg de meeste zaken de doorslag laten geven, al waarschuwden zij in overwegingen ten overvloede de regelgever soms voor schrijnende situaties.⁴

Er waren dus al schrijnende gevallen in de periode waarin het geld met gulle hand werd uitgedeeld en verreweg de meeste aanvragen werden gehonoreerd. Nu nadert de periode waarin er zal worden gecontroleerd en vastgesteld. Dat zal zeker

1 Prof. mr. drs. W. den Ouden is staatsraad en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van het NTB. Dit redactioneel is een bewerking van de rede die ik uitsprak ter opening van de VAR-jaarvergadering 2021.

2 J.P. Loof, J. Korzelijs, J.E. van den Brink & M. van der Steen, *Bestuursrecht in crisistijd, VAR preadviezen 2021*, te lezen op <https://verenigingbestuursrecht.nl/over/var-preadviezen/>.

3 <https://www.rekenkamer.nl/onderwerpen/corona/coronarekening>, editie 5.

4 Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:CBB:2021:94, r.o. 7.4.

tot nieuwe schrijnende gevallen gaan leiden en dat zullen er veel meer worden dan in de aanvraagfase.

Als voorbeeld kan de NOW dienen. Volgens de cijfers van de Algemene Rekenkamer⁵ zijn er meer dan 415 duizend aanvragen toegekend op basis van deze regeling. Een verontrustend gegeven is dat van de NOW-subsidies die tot nu toe zijn vastgesteld in 60 procent van de gevallen sprake is van een terugvordering.⁶

Daar kunnen allerlei redenen voor zijn. De werkelijke omzetsdaling kan meevallen ten opzichte van de eerder door de ondernemer gemaakte schatting, dat is dan mooi. Vervelender is het als de terugvordering het gevolg is van een daling van de loonsom ten opzichte van de peilmaand. Nu de regeling is gericht op baan- en inkomensbehoud voor werknemers, is het logisch dat als de werkgever lonen verlaagt of mensen ontslaat zijn recht op subsidie vermindert. Maar er zijn ook andere gevallen waarin de loonsom lager is dan in de peilmaand. Zo kan de loonsom van de peilmaand onrealistisch hoog zijn geweest (bijvoorbeeld omdat in die maand net een dertiende maand aan werknemers werd uitgekeerd), kunnen werknemers zelf ontslag nemen (wat bijvoorbeeld in de horeca op grote schaal is gebeurd) en kunnen zij overlijden.

Als de loonsom is gedaald, heeft dat als gevolg van de NOW berekeningssystemen al snel vergaande gevolgen voor de subsidieontvangers. Het systeem is zo ingericht dat het verlagen van de loonsom sterk wordt ontmoedigd door stevige consequenties voor het recht op subsidie. En dat leidt soms tot voor ondernemers onvoorziene consequenties. Veel steunaanvragers hadden wel begrepen dat zij hun werknemers niet mochten ontslaan, maar bijvoorbeeld niet dat zij hun werknemers ook overuren moesten uitbetalen als zij niet werkten of dat zij direct nieuwe medewerkers moesten aannemen, als er iemand ontslag nam, ook al was hun horecaonderneming gesloten vanwege de lockdown. Zij zullen met een terugvordering worden geconfronteerd waarop zij niet hadden gerekend.

70% van hen kiest ervoor om het verschuldigde bedrag direct terug te betalen,⁷ ook dat is mooi. Maar de overige 30 procent doet dat niet, en dat zijn gezien het totaal-aantal ontvangers dus nog steeds heel veel mensen. Het is goed voorstelbaar dat zij in de financiële problemen zitten of zullen komen, nu de meeste steunmaatregelen zijn afgebouwd, de belastingdienst is gestart met het innen van belastingen waarvoor eerder uitstel is verleend en er nu ook voorschotten moeten worden terugbetaald.

Met die werkgevers wordt nu coulant omgegaan. Maar het uitgangspunt blijft dat terugbetalingen nu eenmaal horen bij de NOW-regeling, zo benadrukt demissionair minister Koolmees in zijn brief over de stand van zaken rond het noodpakket banen en economie van 20 september van dit jaar.⁸ Als het niet lukt betaalafspraken te maken met een ondernemer zal het reguliere terugvorderingsproces worden opgestart. Hoe lang dat terugvorderingsproces 'regulier' zal blijven, is de vraag. Verschillende media doen onderzoek naar misbruik van de coronasteunregelingen en schrijven kritisch over een gebrek aan fraudebestrijding en bestraffing.⁹ Het UWV is al een samenwerkingsverband aangegaan met de inspectie van SZW, de FIOD en de belastingdienst met als doel 'de krachten te bundelen en samen misbruik en oneigenlijk gebruik te bestrijden'.¹⁰ De NOW-regelgeving biedt

5 Zie voetnoot 3.

6 *Kamerstukken II 2020/21*, 35 420, nr. 361.

7 Zie voetnoot 6.

8 Zie voetnoot 6.

9 Zie bijvoorbeeld het coronadossier van Follow the Money.

10 Zie de *UWV Rapportage meldingen en fraudefenomenen 2020*, p. 22.

in ieder geval veel ruimte om bij oneigenlijk gebruik te handhaven, zelfs nadat de subsidie is vastgesteld.¹¹

Recapitulerend: er is op grote schaal steun verstrekt in de vorm van voorschotten op basis van inschattingen van burgers. Echte controle is er pas achteraf, de besluitvorming vindt grotendeels digitaal plaats, er is aandacht voor fraudegevallen in de media en de regels bieden nauwelijks ruimte voor maatwerk. De overeenkomsten met de situatie die heeft geleid tot de kinderopvangtoeslagaffaire vallen niet te negeren.

We zullen moeten afwachten hoe dit uitpakt. Voorlopig is er in de politiek veel aandacht voor de zorgen en problemen van de ondernemers die moeten terugbetalen en ook het UWV lijkt er alles aan te doen om hen zo goed mogelijk te helpen. Maar vaststaat dat er in de komende tijd tienduizenden terugvorderingsbeschikkingen zullen worden genomen die ondernemers en andere steunontvangers de nodige stress zullen opleveren. Te hopen valt dat de uitvoeringsinstanties – anders dan Toeslagen destijds – de capaciteit voor bezwaarafhandeling zowel kwalitatief als kwantitatief op orde hebben.

Of in bezwaar voor schrijnende gevallen een oplossing zal worden gevonden, is overigens de vraag, de meeste steunmaatregelen zijn als gezegd robuust. Dat schrijft ook de bestuursrechter in de enige uitspraak¹² die ik kon vinden op rechtspraak.nl over een NOW-vaststellingsbesluit. Daarin stelt hij begrip te hebben voor de lastige omstandigheden waarin de NOW-ontvanger kwam door de onverwachte terugvordering, maar merkt hij ook op dat uit de toelichting bij de regeling blijkt dat de gehanteerde berekeningswijze niet in alle gevallen tot de gewenste uitkomst zal leiden; de noodzakelijke eenvoud en de robuustheid van de regeling staan nu eenmaal niet toe dat maatwerk wordt geleverd. Dat nam de regelgever dus voor lief en de rechtbank ziet daarom geen ruimte om in deze zaak af te wijken van de regeling.

Natuurlijk is niet gezegd dat in deze casus het vaststellingsbesluit en de terugvordering onevenredig hard waren; over de concrete omstandigheden waarin de teleurgestelde ondernemer terecht kwam door de terugvordering meldt de uitspraak niets. Maar met de toeslagaffaire in het achterhoofd lijkt waakzaamheid hier geboden. Gewaarschuwde bestuursrechtjuristen tellen tenslotte voor twee.

Wat kunnen zij doen? Een redactioneel is te kort voor een uitgebreide analyse op dit punt, maar wat in ieder geval aandacht verdient is het project #bestuursrechtbeter. Dat project is opgestart door deelnemers aan de studiemiddagen die het NTB en de VAR gezamenlijk organiseerden naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire. Ook de Nationale Ombudsman is daarbij betrokken. In dit project worden zes concrete plannen uitgevoerd die het bestuursrecht letterlijk beter moeten laten functioneren. Zo wordt er binnen deelwerkgroepen gezocht naar best practices van bestuursorganen en wordt het gelijkheidsbeginsel en de angst voor precedentwerking die vaak in de weg staat aan maatwerkoplossingen onder de loep genomen.

De projectleiders hebben alle bestuursrechtjuristen opgeroepen om input te leveren. Dat wil ik hier ook doen. Dit blad wordt gelezen door bestuursrechtjuristen van allerlei soorten. Er zijn lezers met wetgevingskennis en met uitvoeringservaring, met ervaring in de rechtspraak en met een wetenschappelijke achtergrond. Als zij de krachten bundelen, tijdig en breed informatie met elkaar delen (bijvoorbeeld in het NTB), met elkaar meedenken over hoe in dit soort situaties maatwerk kan worden geboden, zowel in de regelgeving als in de uitvoeringspraktijk, hoe de rechter daarop

¹¹ Zie art. 16 van de NOW-regeling, een bepaling die mij overigens in strijd lijkt met art. 4:49 Awb.

¹² ECLI:NL:RBDHA:2021:8449.

aanvulling kan geven waar dat nodig is, dan geeft dat zoveel meer kans op een aanvaardbaar eindresultaat. Het is ook zoveel constructiever dan elkaar achteraf de schuld geven van het ontbreken van maatwerk en de vreselijke gevolgen die dat kan hebben voor burgers. Aanmelden dus, via <https://verenigingbestuursrecht.nl/2021/10/bestuursrechtbeter-zes-projecten-om-het-bestuursrecht-beter-te-maken/>!