

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Zijne Excellentie de heer W. Koolmees  
Parnassusplein 5  
2511 VX Den Haag

Amsterdam, 30 oktober 2020

**Betreft: Verzoek aan de Minister om standpunt en nader onderzoek naar geïdentificeerde knelpunten en mogelijke effecten NOW, Tozo en TOFA**

Hooggeachte heer Koolmees,

Graag vraag ik namens Stichting Bureau Clara Wichmann (het "**Bureau**") uw aandacht voor het volgende.

Het Bureau heeft een aantal initiële knelpunten geïdentificeerd in de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid ("**NOW**"). Het Bureau is van mening dat de NOW mogelijk indirect verboden onderscheid tot gevolg heeft. Dit kan in individuele gevallen tot ongerechtvaardigde gevolgen leiden. Het Bureau heeft signalen ontvangen waaruit blijkt dat dit met name voor vrouwelijke ondernemers nadelig uitpakt. Bij gebreke aan beleidsregels heeft UWV op dit moment onvoldoende mogelijkheden om bij de beoordeling van een aanvraag om NOW- subsidieverlening of subsidievaststelling deze knelpunten en gevolgen weg te nemen.

Wij verzoeken de Minister daarom op de kortst mogelijke termijn de effecten en mogelijke uitwerking hiervan in de praktijk nader te laten onderzoeken en een standpunt in te nemen over de in deze brief geschetste problematiek. De urgentie is gelegen in de afsluiting van het volledige proces van de NOW-subsidieverstreking. Dit proces verloopt in de fase van (i) subsidieverlening waarbij voorschotten zijn uitgekeerd en (ii) subsidievaststelling waarbij de subsidie definitief wordt vastgesteld. Deze fases zullen spoedig zijn afgerond voor de eerste twee tranches van NOW omdat de aanvraagperiode voor subsidieverlening onder de eerste twee tranches van de NOW ("**NOW-1**" en "**NOW-2**") inmiddels is verstreken. Daarnaast is de aanvraagperiode voor de subsidievaststelling onder de NOW-1 op 7 oktober 2020 gestart en zal deze voor de NOW-2 op 16 november 2020 van kracht zijn. Dit betekent dat benadeelde vrouwelijke ondernemers mogelijk nu al geconfronteerd worden met een onterechte afwijzing van hun aanvraag om subsidievaststelling en aangewezen zijn op een procedure bij de bestuursrechter tegen UWV. Als de Minister niet op korte termijn actie onderneemt wordt deze groep steeds groter. Dat is niet alleen onaanvaardbaar voor de individuele vrouwelijke ondernemers die het betreft; het is ook onaanvaardbaar gelet op het doel van de NOW. Voor de volledigheid merken wij op dat deze brief zich hoofdzakelijk richt op de initiële geïdentificeerde knelpunten in de NOW maar mogelijk is dit ook relevant voor andere steunmaatregelen (zoals de Tijdelijke Overbruggingsregeling voor Flexibele Arbeidskrachten ("**TOFA**") en de Tijdelijke overbruggingsregeling zelfstandig ondernemers ("**Tozo**").

Wij lichten de geïdentificeerde knelpunten en het verzoek van het Bureau aan de Minister in deze brief graag nader toe. Ten behoeve van de juridisch relevante onderdelen van onze analyse van de knelpunten hebben wij initieel advies ingewonnen bij advocatenkantoor Stibbe. Onze initiële bevindingen, conclusies en het verzoek zijn mede op basis hiervan tot stand gekomen.

Hierna gaan wij eerst in (**paragraaf 1**) op de kern van de door ons geïdentificeerde knelpunten. We lichten ook toe op welke manier de beleidskeuze van de Minister bij het generieke karakter van de NOW negatief kan uitpakken voor vrouwelijke ondernemers. Daarna besteden wij aandacht (**paragraaf 2**) aan de effecten van de NOW door gebrek aan een hardheidsclausule. Hierdoor zijn er slechts beperkte mogelijkheden voor UWV. Tot slot (**paragraaf 3**) lichten wij ons verzoek aan de Minister puntsgewijs toe.

## 1. KERN VAN DE GEIDENTIFICEERDE KNELPUNTEN

De NOW maakt gebruik van een referentieperiode waarbij geen mogelijkheid bestaat voor UWV om van deze periode af te wijken. Dit kan in individuele gevallen tot ongerechtvaardigde gevolgen leiden. Het Bureau heeft signalen ontvangen waaruit blijkt dat dit met name voor vrouwelijke ondernemers nadelig uitpakt. Ter verduidelijking geven wij het volgende voorbeeld.

- Indien een ondernemer of onderneming (grotendeels) afhankelijk is van de arbeid van een vrouw, en deze vrouw is in de referentieperiode zwanger geweest dan heeft dit mogelijk als gevolg dat de referentieperiode nadelig voor haar uitpakt.
- Onder de NOW is goed mogelijk dat een onderneming afhankelijk is van het inkomen van één vrouw, denk hierbij aan een kapsalon, nagelstudio, advocatenkantoor of adviesbureau. Uit de toelichting bij de NOW-2 blijkt ook dat 67% van de aanvragen onder de NOW-1 zijn gedaan door kleine werkgevers, zodat het risico beslist niet kan worden uitgesloten dat een groot aantal vrouwelijke ondernemers hierdoor wordt geraakt.<sup>1</sup>
- Indien de vrouw in 2019 in verband met de zwangerschap en/of arbeidsongeschiktheid als gevolg van bijvoorbeeld medische complicaties bij zwangerschap of bevalling gedurende een bepaalde tijd niet in staat is geweest om inkomen te genereren, kan dat nu nadelig uitwerken omdat een dergelijke daling van de omzet in de NOW niet buiten beschouwing gelaten kan worden.

De NOW biedt een tegemoetkoming in de betaling van de loonkosten van een werkgever met een acute terugval in de omzet van ten minste 20% door de COVID 19-pandemie. Het doel van de NOW is, kort gezegd, het behouden van werkgelegenheid voor zoveel mogelijk werkgevers in Nederland. Om de NOW ook daadwerkelijk voor zoveel mogelijk werkgevers open te stellen is de regeling zo eenvoudig mogelijk

---

<sup>1</sup> Stcrt. 2020, 34308

gehouden.<sup>2</sup> Eenvoud in combinatie met de uitvoerbaarheid van de regeling heeft steeds voorop gestaan bij de NOW.<sup>3</sup> Een belangrijk onderdeel hiervan is het ontbreken van een hardheidsclausule in de NOW. Het ontbreken van de hardheidsclausule is een bewuste keuze van de Minister geweest (zie hierna ook in paragraaf 2).<sup>4</sup>

Het ontbreken van een hardheidsclausule, of beter gezegd de onmogelijkheid van UWV om in individuele gevallen af te wijken van de NOW, heeft mogelijk onevenredig grote gevolgen voor vrouwelijke ondernemers. Een uitzondering waarbij ondernemers een verzoek kunnen indienen omdat zij bijvoorbeeld benadeeld worden als gevolg van ongerechtvaardigd onderscheid is daarentegen beter verdedigbaar. Ter vergelijking wijzen wij op het volgende:

- In de Tegemoetkomingsregeling gesubsidieerde toevoegingenpraktijk van advocaten, mediators en bijzondere curatoren COVID-19-crisis was een dergelijke afwijkmogelijkheid in eerste instantie ook niet opgenomen.
- In artikel 5 achtste lid van die regeling is uiteindelijk, na signalen over de geïdentificeerde knelpunten van advocaten uit de praktijk, opgenomen dat het bestuur van de Raad voor Rechtsbijstand de mogelijkheid wordt geboden om, indien een advocaat, mediator of bijzondere curator een daartoe gemotiveerd schriftelijke verzoek indient, een afwijkende referteperiode toe te passen indien de vergoedingen over het jaar 2019 kennelijk niet realistisch kunnen worden vastgesteld wegens bijzondere omstandigheden.
- Bij bijzondere omstandigheden moet volgens de toelichting bij deze regeling onder meer worden gedacht aan (langdurige) arbeidsongeschiktheid, zwangerschapsverlof of doordat een startende advocaat, mediator of bijzondere curator nog geen of beperkte toevoegingen had in 2019.

Het is in beginsel begrijpelijk dat de uitzonderingsmogelijkheid uit de tegemoetkomingsregeling voor advocaten niet integraal kan worden overgenomen in de NOW. Dit omdat de NOW is bedoeld voor een groot aantal werkgevers en gelet op de praktische uitvoerbaarheid zo eenvoudig mogelijk is gehouden. Toch is het Bureau van mening dat de Minister verplicht is om te onderzoeken op welke manier de nadelige gevolgen voor vrouwelijke ondernemers kunnen worden weggenomen. Het onderzoek zou onderdeel moeten zijn van de belangenafweging die de Minister bij de NOW maakt. Dat lichten we hierna verder toe.

Gelet op het ontbreken van een hardheidsclausule zijn de meeste werkgevers die niet onder de reikwijdte van de NOW vallen aangewezen op 'reparaties' van de regeling. De regering heeft, ondanks de standpunten omtrent de eenvoud van de regeling en de onmogelijkheid om maatwerk te leveren voor alle werkgevers,

---

<sup>2</sup> Stcrt. 2020, 19874

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35420, 38

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35430, 4

reeds een aantal reparaties in de NOW doorgevoerd. De Minister heeft daarnaast recent in antwoord op Kamervragen laten weten dat alle schrijnende gevallen in kaart gebracht moeten worden.<sup>5</sup> De schrijnende gevallen worden door de Minister onderzocht om te weten te komen of er eventueel aanleiding is om de NOW-regeling aan te passen. Uit de monitoringsbrief van de Minister over de NOW blijkt dat een van de inmiddels onderkende knelpunten is dat een probleem bestaat voor sommige werkgevers die bij de subsidieverleningsaanvraag niet dezelfde referentieperiode van de omzetsdaling hebben opgegeven als de rest van de groep.<sup>6</sup>

De door het Bureau geïdentificeerde knelpunten zijn echter in zijn geheel niet terug te vinden in de monitoringsbrief van de Minister of andere gepubliceerde kamerstukken. Het Bureau heeft daardoor het vermoeden dat deze onderdelen onterecht niet zijn betrokken bij de belangenafweging. Doordat de mogelijk nadelige gevolgen niet onder ogen zijn gezien en afgewogen bij het leggen van de basis voor de NOW, kan UWV bij de beoordeling van de subsidieverlening en de subsidievaststelling ook geen recht meer doen aan individuele gevallen die tot onevenredige uitkomsten leiden en zijn de mogelijkheden voor UWV beperkt binnen de grenzen van de NOW.

## **2. EFFECTEN VAN DE NOW DOOR GEBREK AAN HARDHEIDSCLAUSULE; BEPERKTE MOGELIJKHEDEN VOOR UWV EN PROCESGANG BIJ BESTUURSRECHTER**

Gelet op de vele reparaties en wijzigingen die inmiddels zijn doorgevoerd in NOW-1 en NOW-2, constateert het Bureau dat het grofmazige en generieke karakter van de NOW een duidelijke keerzijde heeft. Dit komt door de eenvoudige berekeningsmethode en de afwegingen daaromtrent. Aan de hand van onder andere de omzet over het jaar 2019 wordt onder de NOW het recht op een subsidie vastgesteld. Van belang hierbij is dat de werkgever geen invloed kan uitoefenen op de berekening van de omzet over 2019. De regering heeft daarbij blijkens de parlementaire geschiedenis reeds onder ogen gezien dat de gebruikte tijdvakken voor de referentieomzet niet representatief kunnen zijn. De regering is echter van mening dat de benodigde eenvoud van de regeling, welke volgens de regering noodzakelijk is om op zeer korte termijn zeer veel aanvragen te kunnen behandelen, een correctie voor die tijdvakken niet mogelijk maakt.<sup>7</sup> De regering heeft op verschillende andere momenten ook toegelicht dat niet in alle gevallen precies aangesloten wordt op de daadwerkelijke situatie van een onderneming en dat dit deels een onoverkomelijk gevolg is van het karakter van de NOW: een regeling die robuust is en gericht op zoveel mogelijk snelheid en eenvoud in de uitvoering om zoveel mogelijk werkgevers, zo snel mogelijk te ondersteunen.<sup>8</sup> De keerzijde hiervan is dat de NOW onevenredig kan uitpakken door de beperkte mogelijkheden die vrouwelijke ondernemers door het ontbreken van de hardheidsclausule hebben.

---

<sup>5</sup> Aanhangsel Handelingen II 2019/20, 4111

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35420, 108

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35420, 8

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35420, 39

### *Hardheidsclausule*

De NOW bevat geen hardheidsclausule op grond waarvan UWV een uitzondering kan maken indien de NOW voor een individuele werkgever nadelige gevolgen heeft. Hier is bewust voor gekozen door de regering. Dit is inmiddels ook in een aantal recente uitspraken overwogen.<sup>9</sup> Blijkens de toelichting bij de NOW is de regeling zo eenvoudig mogelijk gehouden en de snelheid waarmee de noodmaatregel tot stand is gekomen impliceert dat mogelijk zaken over het hoofd zijn gezien en de regeling onvoorziene consequenties kan hebben, die achteraf niet gerepareerd kunnen worden.<sup>10</sup>

Dat er bewust geen hardheidsclausule is toegevoegd blijkt overigens ook expliciet uit antwoorden van de Minister op Kamervragen.<sup>11</sup> In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland overweegt de rechter dat dit als gevolg heeft dat daarom niet aan een belangenafweging wordt toegekomen. UWV moet bij de beoordeling van de subsidieaanvraag en bij de behandeling van eventueel bezwaar aan de regeling toetsen. Een bestuursorgaan dient zich namelijk te houden aan wetgeving, dus ook aan een ministeriële regeling, en hier kan niet van worden afgeweken. Dit zou anders zijn indien beleidsregels zijn opgesteld. In het geval van de NOW is echter geen sprake van een beleidsregel maar een door de Minister vastgestelde regeling.

Wij merken hierbij nog op dat uit de recente uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland blijkt dat UWV tijdens de zitting heeft opgemerkt dat er een interne afspraak is gemaakt dat in uitzonderingsgevallen van de peildatum kan worden afgeweken.<sup>12</sup> In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland heeft UWV in het verweerschrift kennelijk ook opgemerkt dat alleen in zeer uitzonderlijke gevallen ruimte is voor maatwerk. Hierdoor is het onduidelijk in welke mate UWV nu kan afwijken van de NOW. Des te meer door de opmerking van de Minister dat hij het wel van belang acht dat – *"indien aanvragen uitvallen in de reguliere processen – deze in de uitvoering zodanig worden beoordeeld en behandeld dat in zoveel mogelijk gevallen recht wordt gedaan aan het doel van de NOW"*.<sup>13</sup> Gelet op de regeling zelf lijkt er namelijk op dit moment geen afwijkingsmogelijkheid voor UWV te zijn. Daarnaast heeft ook de bestuursrechter slechts beperkte ruimte om de NOW te toetsen als de uitkomst in individuele gevallen onevenredig uitpakt; er is dan in beginsel alleen ruimte voor exceptieve toetsing. In dat geval zijn vrouwelijke ondernemers dus volledig aangewezen op een procesgang bij de bestuursrechter. We lichten dit hierna verder toe.

### *Exceptieve toetsing*

Nu UWV niet de mogelijkheid heeft om bij een aanvraag om subsidieverlening of subsidievaststelling van de NOW af te wijken, zal de werkgever zich moeten wenden tot de bestuursrechter. De enige mogelijkheid die

---

<sup>9</sup> Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911, JAR 2020/246 en Rb. Noord-Holland 7 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:7267 en ECLI:NL:RBNHO:2020:7268

<sup>10</sup> Stcrt. 2020, 19874

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35430, 4

<sup>12</sup> Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2019/20, 35420, 39

de bestuursrechter in dit verband heeft is de exceptieve toetsing. Van belang daarbij is dat de NOW niet een wet in formele zin is maar een ministeriële regeling. In het kader van de exceptieve toetsing mag de rechter een ministeriële regeling toetsen aan hogere nationale regelgeving en internationale verdragen. Daarnaast kan een rechter ook toetsen of toepassing van de regeling strijd oplevert met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hoe zwaarder de belangen die worden beschermd met het betrokken voorschrift, des te intensiever de toetsing kan zijn. Hierbij komt een speciale betekenis toe aan fundamentele rechten. Wanneer fundamentele rechten geschonden zijn, kan de rechter ingrijpen.<sup>14</sup> Het recht op gelijke behandeling is een dergelijk fundamenteel recht en zal dus bij de rechterlijke toets zwaar wegen. Het Bureau acht het echter onwenselijk dat het recht van gelijke behandeling niet expliciet is meegewogen in de NOW, UWV zonder beleidsregels met handen en voeten gebonden is, en dat vrouwelijke ondernemers dientengevolge mogelijk een bestuursrechtelijke procedure tegen UWV zullen moeten voeren over de subsidieverlening en subsidievaststelling, om hun recht op gelijke behandeling af te dwingen.

Op grond van het voorgaande blijkt dat, indien geen reparaties en wijzigingen in de NOW plaatsvinden, de NOW voor vrouwelijke ondernemers negatief kan uitpakken. Dat lijkt het Bureau niet alleen in strijd met het doel van de NOW maar ook in strijd met de beginselen van anti-discriminatie en gelijke behandelingswetgeving. Het lijkt ons daarom van cruciaal belang dat de effecten van de NOW voor vrouwelijke ondernemers zo spoedig mogelijk door de Minister in kaart worden gebracht en dat dit onderwerp scherp op het vizier staat bij de Minister zodat proactief acties voor reparaties kunnen worden genomen, waar noodzakelijk.

### 3. VERZOEK AAN DE MINISTER

De NOW is een generieke regeling die bedoeld is om een groot aantal werkgevers tegemoet te komen in de betaling van de loonkosten. De berekeningsmethode uit de NOW heeft als gevolg dat met name een groep vrouwelijke ondernemers niet in aanmerking komt voor de NOW. Uit de toelichting bij de NOW-2 blijkt dat het aantal kleine ondernemingen dat NOW-1 heeft aangevraagd relatief het grootst is. Het Bureau heeft daardoor het vermoeden dat veel vrouwelijke ondernemers benadeeld kunnen worden.

Door bewust geen hardheidsclausule op te nemen in de regeling en door de belangen van deze vrouwelijke ondernemers niet te betrekken bij het totstandkomingsproces van de NOW-1,2 en 3 heeft de Minister een regeling in het leven geroepen die mogelijk in strijd is met gelijke behandelingswetgeving. Nu dit juist in strijd is met het doel van de NOW, namelijk zoveel mogelijk ondernemers tegemoetkomen in de loonkosten, zijn de gevolgen onevenredig en niet aanvaardbaar. Gelet hierop verzoekt het Bureau de Minister om het volgende:

1. Het Bureau verzoekt de Minister om de uitwerking hiervan in de praktijk op kortst mogelijke termijn

---

<sup>14</sup> CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, JIN 2020/17, m.nt. B. Kaya

nader te onderzoeken en een standpunt in te nemen over de in deze brief geschetste problematiek. Het Bureau benadrukt daarbij nogmaals de urgentie. De urgentie is met name ingegeven doordat de aanvraagperiode voor een subsidieverlening onder de NOW-1 en NOW-2 reeds is verlopen. De aanvraagperiode voor de subsidievaststelling onder de NOW-1 is op 7 oktober 2020 geopend en de periode voor de NOW-2 opent op 16 november 2020. Er moet dus snel onderzoek worden gedaan naar de specifieke effecten voor vrouwelijke ondernemers. Daarbij is het Bureau van mening dat UWV de bevoegdheid moet worden gegeven om bij ongerechtvaardigde uitwerking van de NOW een individuele afweging te maken die recht doet aan de belangen bij de tegemoetkoming uit de specifieke regeling. Er dreigen immers veel procedures bij de bestuursrechter indien UWV de aanvragen om subsidievaststelling in deze gevallen moet afwijzen.

2. In het kader van de huidige COVID 19-pandemie zijn overigens ook verschillende andere steunmaatregelen ter compensatie van de loonkosten op zeer korte termijn in het leven geroepen. Hierbij kan ook worden gedacht aan de TOFA en de Tozo. Het Bureau verzoekt de Minister om de effecten van deze regelingen voor vrouwelijke ondernemers in het onderzoek te betrekken.
3. Daarnaast verzoekt het Bureau de Minister om alle interne beleidsafspraken die op dit moment door UWV zijn gemaakt over de mogelijkheid om af te wijken van de NOW, te openbaren. Dit om de rechtszekerheid voor de vrouwelijke ondernemers (en de rechtszekerheid is overigens gediend voor alle ondernemingen in Nederland die een beroep doen op deze steunmaatregel) die toch geconfronteerd worden met een afwijzende beschikking op hun aanvraag om subsidievaststelling te waarborgen. Hierbij gaat het in ieder geval om de interne afspraken die genoemd worden in de uitspraken Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2911 en Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3813.

Wij vernemen graag welke acties de Minister naar aanleiding van deze brief zal ondernemen en binnen welke termijn. Graag treden wij op kortst mogelijke termijn en in ieder geval vóór 16 november in overleg met u in een bespreking.

Met vriendelijke groet, mede namens alle lidorganisaties van alliantie Ditwerktwel.nl,



Dr. mr. Annië de Ruijter  
Directeur Stichting Bureau Clara Wichmann