

De NOW: een loonsubsidieregeling met enkele strategische aspecten

Ondernemingsrecht 2020/XII

Een belangrijk onderdeel van het pakket steunmaatregelen van de overheid is de NOW. Op basis hiervan kunnen werkgevers in aanmerking komen voor een loonkostensubsidie. Er gelden twee belangrijke voorwaarden: de werkgever mag geen ontslag aanvragen en hij moet de loonsom zoveel mogelijk gelijk houden. Daarnaast is van belang dat men per concern moet kijken of er sprake is van voldoende omzetting. De gevolgen zijn voor flexwerkers teleurstellend.

1. Inleiding

Op 31 maart 2020 heeft Minister Koolmees de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (afgekort als "NOW") gepubliceerd.² Het gaat hier om een subsidie voor werkgevers waarmee maximaal 90% van het door hen verschuldigde loon wordt vergoed. De potentiële rijksuitgave bedraagt meer dan tien miljard Euro. De NOW komt in de plaats van de Regeling werktijdverkorting.³ Hierna volgt eerst een korte beschrijving van de regeling. Daarna wordt bezien welke implicaties de regeling heeft voor het loon- en ontslagbeleid van ondernemingen. Ook behandel ik de verschillen met de Regeling werktijdverkorting.

De werkgever is de aanvrager van de regeling; dus niet de werknemer. Die laatste heeft geen invloed op het al dan niet aanvragen en hij heeft er evenmin direct belang bij. Wel moet de ondernemingsraad worden geïnformeerd over gebruikmaking van de NOW (art. 13 d). *Indirect* heeft een werknemer er natuurlijk wel belang bij dat een werkgever een beroep doet op de NOW. Dit kan bijvoorbeeld de noodzaak tot ontslag tijdelijk wegnemen.

De aanvraag dient te worden ingediend bij het UWV; de Minister van Sociale zaken en werkgelegenheid besluit over de verlening van de subsidie. De AWB is van toepassing; de Afdeling Bestuursrecht van de rechtbank oordeelt op beroep. De Centrale raad van Beroep oordeelt in hoogste instantie.

De werkgever dient bij de aanvraag een inschatting te geven van het verwachte omzetverlies. De driemaandsperiode waarover dat verlies zal plaatsvinden mag beginnen op 1 maart of uiterlijk op 1 mei 2020. Men dient voor de berekening de gemiddelde omzet per kwartaal over het voorgaande jaar te nemen en deze te vergelijken met de verwachte omzet over de gekozen referentieperiode.

Voor omzetverlies wordt aangesloten bij omzet als bedoeld in art. 2:377 lid 6 BW: dat is de opbrengst uit levering van goederen en diensten. Indien de werkgever onderdeel uitmaakt van een concern dient het omzetverlies van het concern te worden genomen (ik kom hierna terug op het concernaspect).

Indien het verwachte omzetverlies 100% is, komt de werkgever in beginsel in aanmerking voor een subsidie van 90% van de loonsom. Is het verwachte omzetverlies 50%, dan komt hij in aanmerking voor 45% van de loonsom. Er moet minimaal 20% omzetverlies verwacht worden gedurende een periode van drie maanden om voor subsidie in aanmerking te kunnen komen.

De subsidie ziet op de maanden maart, april en mei 2020. Men kan die niet later laten ingaan, dus ook niet als men het omzetverlies rekent over een afwijkende periode.

De werkgever krijgt vervolgens een voorschot van 80% toegewezen. Na afloop van subsidieperiode wordt de definitieve subsidie vastgesteld Afhankelijk van hoe het daadwerkelijke omzetverlies was, wordt het voorschot aangevuld of is er een teruggave verschuldigd.

Naast omzetverlies speelt het begrip loonsom een belangrijke rol. De subsidie wordt hierover berekend. Het gaat daarbij om loon uit tegenwoordige dienstbetrekking, zoals bedoeld in de Wet financiering sociale verzekeringen, dat grotendeels gelijk is aan het fiscale loonbegrip. Hieronder vallen o.a.: salaris, vakantiegeld en variabele beloningen. Het loon is gemaximeerd op € 9538 per maand. Dat komt overeen met twee keer het maximum dagloon en is bedoeld om niet te hoge inkomens te subsidiëren. De loonsom krijgt een forfaitaire opslag van 30% voor betaling van extra lasten, zoals pensioenpremie en verzekeringen.

1 Jaap van Slooten is advocaat te Amsterdam, hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA en redacteur van dit tijdschrift. De definitieve versie van dit artikel zal verschijnen in het themanummer 'Ondernemingsrecht in tijden van corona'.

2 Zie Regeling van 31 maart 2020 (Stcrt. 19874), zoals aangepast bij Regeling van 3 april 2020 (Stcrt. 20561). De geïntegreerde versie zoals die gold per 6 april 2020 is te vinden op <https://wetten.overheid.nl/BWBR0043340/2020-04-04>.

3 Beleidsregels ontheffing verbod werktijdverkorting 2004.

Uiteindelijk luidt de formule voor de berekening als volgt:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$.

A = het omzetsdalingspercentage

B = de loonsom

3 = het aantal maanden

1,3 = de opslag van 30% wegens pensioen etc.

0,9 = de 90% waarvoor de werkgever in aanmerking komt.

Een voorbeeld:

A. de omzetsdaling is 50%

B. De loonsom is € 100.000

C. De subsidie is: $50\% \times € 100.000 \times 3 \times 1,3 \times 0,9 = € 175.500$. De werkgever krijgt 80% hiervan als voorschot.

2. Geen ontslag

De regeling is bedoeld om te voorkomen dat werknemers worden ontslagen tijdens een, naar zich hopelijk laat aanzien, korte periode. Om die reden zal het UWV bij de toetsing van een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen (de zgn. a-grond) de werkgever vragen of een aanvraag NOW geen zinvol alternatief is.⁴ Niettemin wil de wetgever ontslagverzoeken marginaal blijven laten toetsen. Dus als de werkgever een onderbouwing heeft dat er structureel wijzigingen in zijn onderneming zullen optreden, zal het UWV een dergelijke aanvraag moeten honoreren.

De combinatie is echter niet toegestaan: indien de werkgever NOW heeft aangevraagd en hij vraagt tijdens het subsidietijdvak toch ontslag aan, dan krijgt hij een boetekorting van 50% op het aangevraagde subsidiedeel dat ziet op de ontslagen. Enigszins naïef is dat dit strikt beperkt is tot ontslagaanvragen bij het UWV (art. 13 b). Dat is inderdaad de enige instantie om een bedrijfseconomisch ontslag aan te vragen, maar het is niet ongebruikelijk om werknemer een vaststellingsovereenkomst aan te bieden. Het ontslag vindt dan met wederzijds goedvinden plaats, maar de achtergrond is nog altijd bedrijfseconomisch. Dit kan in de NOW echter niet tot een sanctie leiden.

De periode dat er geen ontslag mag worden aangevraagd is de periode maart-mei 2020. De werkgever kan het dan echter wel voorbereiden en formeel zelfs al de consultatie van de werknemers doen in die periode. De indiening van de aanvragen bij het UWV vindt dan op zijn vroegst plaats op 1 juni 2020. Het duurt dan vermoedelijk nog wel een aantal weken voordat de aanvragen zullen zijn toegewezen en de opzegtermijn kan starten.

Al met al betekent deze voorwaarde dat de werkgever die NOW aanvraagt goed moeten inschatten of hij voor 1 juni 2020 een ontslagaanvraag zal moeten doen om het hoofd boven water te houden. Voorziet hij dat, dan kan hij een boete krijgen en die kan zelfs verschuldigd zijn als hij verder niet voor een ontslagvergunning in aanmerking komt (maar er wel een aanvraag deed). De werkgever kan ook als volgt redeneren: tijdens het subsidietijdvak kan hij in ieder geval rekenen op 90% van de loonsom. Hij moet dus 10% zelf bijbetalen. Hij kan het zo een tijd lang aanzien; de regeling wordt naar verwachting ook nog verlengd voor de periode juni-augustus 2020. Indien er daarna nog altijd sprake is van structureel omzetverlies kan hij dan ontslag aanvragen. Hij heeft tegen die tijd (in september 2020) tegen 60% (6 maanden x 10%) van de loonsom over één maand zes maanden mogen proberen om het uit te zingen zonder ontslag. Als hij dan alsnog tot ontslag overgaat zal hij ook een transitievergoeding moeten betalen.

3. Werkgever dient loon door te betalen

De andere belangrijke voorwaarde die de regeling stelt, is dat de werkgever de "loonsom zoveel mogelijk gelijk moet houden" (art. 13 sub a). Dit is in de eerste plaats vanuit de gedachte dat als de overheid 90% betaalt, de werkgever ook wat moet bijdragen. Daarnaast probeert de Minister via deze bepaling af te dwingen dat flexcontracten niet worden beëindigd. De Minister heeft daartoe ook opgeroepen, maar onderkent in de toelichting op de Regeling dat het te ingewikkeld was om dat als harde randvoorwaarde te stellen. In plaats daarvan merkt een werkgever het eindigen van flexcontracten nu indirect in de hoogte van zijn subsidie, aldus de Minister. Dat werkt als volgt. Het voorschot op de subsidie wordt bepaald aan de hand van de loonsom in januari 2020. Als bij vaststelling van de subsidie achteraf blijkt dat die loonsom in de periode maart-mei 2020 is gedaald, dan wordt daarmee ook de basis voor de berekening van de subsidie verlaagd. De regeling is enigszins onduidelijk over de omvang van deze verlaging. In de toelichting op de aangepaste regeling per 3 april 2020 wordt gesteld dat deze bij verlaging geen rekening gehouden met het percentage omzetverlies. Dat leidt tot het volgende: als het omzetverlies 100% is en de loonsom is minder dan in januari 2020, dan wordt er 90% subsidie per euro loonsomverlaging afgetrokken. Dat is conform verwachting omdat in dat geval de loonkosten lager blijken te zijn en de werkgever minder subsidie nodig blijkt te hebben. Als het omzetverlies echter, bijvoorbeeld, 50% is en de loonsom is minder dan in januari 2020, dan wordt er ook 90% subsidie per euro loonsomverlaging afgetrokken, terwijl men zou verwachten dat die aftrek van 50% van 90% is. In dat geval is de impact van het hebben van een lagere loonsom relatief veel groter. Dat leidt ertoe dat een werkgever die minder dan 100% omzetverlies heeft relatief veel minder subsidie

⁴ Zie toelichting op de Regeling van 3 april 2020, *Stcrt.* 20561.

krijgt wanneer zijn loonsom niet gelijk is gebleven. Er lijkt geen goede reden te zijn om deze pro rata benadering achterwege te laten. Ook als de Minister werkgevers wil straffen voor het niet doorbetalen van flexkrachten, valt niet direct in te zien waarom een werkgever met een lagere omzetsdaling daarvoor meer gestraft moet worden.

4. Flexkrachten

Het gaat hier overigens alleen over oproepkrachten en bepaalde tijdcontracten. Uitzendkrachten zijn niet in dienst van de werkgever en tellen dan ook niet mee voor de loonsom. De inlener kan de relatie met hen beëindigen, in welk geval ze meestal via de werking van het uitzendbeding hun arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau verliezen. Het uitzendbureau kan proberen NOW voor hen aan te vragen, maar zal soms aanlopen tegen het concernbegrip: zo zal Randstad als concern gemiddelde 20% omzetverlies moeten lijden wil het in aanmerking komen voor subsidie. Payrollbedrijven zullen vaak moeite hebben om voor subsidie in aanmerkingen te komen. Zij werken vaak in een bepaalde sector, maar staan niet in concernverband tot hun opdrachtgevers. Een payrollbedrijf in de horeca kan dan ook in beginsel geen omzetverlies rapporteren omdat haar klanten het zwaar hebben. Ook zzp'ers vallen niet onder de loonsom. Daarvoor is, zoals bekend, een aparte regeling, de TOZO. Deze komt neer op aanvulling tot het sociaal minimum zonder vermogens- en partnertoets.⁵

Het lijkt verder onverstandig om een loonoffer of -uitstel gedurende de periode maart-mei af te dwingen. Ook daardoor daalt de gemiddelde loonsom ten opzichte van januari, met een navenante daling van de subsidie.

Een politiek gevoelig puntje: de subsidie bevat geen restrictie ten aanzien van bonussen en winstuitkeringen. Ook deze kunnen tot 90% vergoed worden (mits uiteraard sprake is van omzetverlies en voor zover het totale inkomen niet boven de € 9538 per maand uitstijgt). De toekenning van een winstafhankelijke uitkering in april of mei (afhankelijk van de jaarrekening) aan het personeel zou dan ook geen probleem hoeven zijn.

Tenslotte kan een overname tijdens het subsidietijdvak grote gevolgen hebben. Zo kan verandering van eigenaar gevolgen hebben voor de berekening van het omzetverlies en de loonsomstabiliteit.

5. Verschil met de werktijdverkortingsregeling

De NOW verschilt wezenlijk van eerdere regelingen op dit vlak. Tot op heden was de basis van ministeriële regelingen art. 8 BBA, dat verbiedt om de werktijd eenzijdig te

verminderen zonder doorbetaling van het loon. Tot 17 maart 2020 werd de Regeling werktijdverkorting toegepast maar die is nu vervangen door de NOW. De belangrijkste verschillen zijn er drie. Ten eerste werd voorheen niet omzetverlies als basis voor toekenning genomen maar een verlies aan arbeidsuren (dat volgde uit art. 8 BBA). Het nieuwe criterium is veel praktischer. Vroeg men in het verleden werktijdverkorting aan, dan mocht een werknemer niets doen tijdens die periode. In de nieuwe regeling mag hij 100% werken en proberen of het omzetverlies beperkt kan worden. Is de ondernemer op die manier succesvol, dan kan hij de schade en dus ook de subsidie beperken. Een tweede verschil is dat onder de oude regeling werknemers hun WW-rechten alvast opaten. Dat is nu niet langer het geval. De regeling wordt niet langer uit de WW gefinancierd en men hoeft evenmin voor WW te kwalificeren om een subsidie te krijgen. Ten derde is de omvang en duur verhoogd: nu is dat 90% (ook van pensioenpremie) over een periode van 2 keer drie maanden). Dat was vroeger 70% gedurende een periode van 6 weken, die drie keer verlengd kon worden.

6. Art. 7:628 BW

Een belangrijke assumptie van de NOW is dat een werkgever verplicht is het loon volledig door te betalen zolang zijn bedrijf stilligt.⁶ Hier kunnen wel enkele vraagtekens bij worden geplaatst. Ten eerste: de Minister gaat daar niet over; het betreft de toepassing van art. 7:628 lid 1 BW en die is overgelaten aan de civiele rechter. Ten tweede: de kern van die bepaling luidt dat de werknemer recht behoudt op zijn loon wanneer er geen werk is, tenzij dit in redelijkheid voor zijn rekening dient te komen. Er is vrijwel geen rechtspraak die ziet op de vraag voor wiens risico een ramp als de uitbraak van het coronavirus komt. Interessant genoeg is dat de sociale partners in 2009 vonden dat de gevolgen van de kredietcrisis voor rekening van de werknemer hoorde te komen.⁷ Voor de huidige crisis is moeilijk te beoordelen of dit risico of voor de een of voor de ander behoort te komen. Deze situatie is zeer uitzonderlijk. Opmerkelijk is echter dat iedereen voor wie voor 17 maart 2020 werktijdverkorting was aangevraagd, geen recht had op loon omdat dit in zijn risicosfeer zou vallen.⁸ De werknemers konden in beginsel over die periode alleen aanspraak maken op een WW-uitkering.

Al met al is er zeker wat te zeggen voor de gedachte dat als een werkgever geen NOW krijgt, hij daarmee niet automatisch gehouden is het gehele loon door te betalen van al zijn personeel. Die vraag ligt open, wat Minister

⁵ Brief aan de Tweede Kamer van Staatssecretaris Van Ark d.d. 27 maart 2020.

⁶ *Stcrt.* 19874, p. 20.

⁷ Zie hierover uitgebreid: J.M. Van Slooten & E. Verhulp in: *TRA* 2009/77.

⁸ Zie art. 5 van de Regeling onwerkbaar weer en de toelichting daarop in FD 15 maart 2020; <https://fd.nl/economie-politiek/1337653/loondoorbetaling-bij-werktijdverkorting-onzeker>.

Koolmees daarover stelt in de toelichting. Los van een beroep op art. 7:628 BW, kan ook nog gedacht worden aan manieren het loon eenzijdig te wijzigen. Tijdens de kredietcrisis zijn die echter in het algemeen zelden succesvol gebleken. Zo mocht V&D niet eenzijdig het loon verlagen.⁹ SNS Reaal mocht geen bonussen korten ondanks de nationalisatie.¹⁰

7. **Het concern**

Voor de berekening van de omzet wordt in beginsel aangesloten bij het begrip werkgever, maar als deze onderdeel uitmaakt van een concern als bedoeld in art. 2:24b BW, wordt daarbij aangesloten. Dat betekent derhalve dat een slecht draaiende groepsmaatschappij soms geen subsidie krijgt omdat andere concernonderdelen wel goede omzetten hebben.

Volgens de regering is dit nodig omdat op “dat niveau de omzetsdaling en de inzet van het personeel samenkomen.”¹¹ Op die manier wordt ook het probleem van de personeels-BV opgelost. Die heeft doorgaans alleen personeel in dienst en heeft dus geen omzetverlies. Dit speelt soms ook bij concernmaatschappijen die alleen produceren of verkopen. Wat is dan omzet? Al die vragen zijn dus niet langer relevant omdat er op concernniveau moet worden gekeken. Voor de bepaling van de omzet worden Nederlandse rechtspersonen en vennootschappen¹² in aanmerking genomen, alsmede buitenlandse rechtspersonen en vennootschappen, steeds voor zover zij loon in Nederland betalen (art. 6 lid 4). Dat lijkt tot rare consequenties te leiden. Een wereldwijd concern moet ter bepaling zijn omzetsdaling alle omzet van alle concernvennootschappen meenemen voor zover die vennootschappen een werknemer op de payroll hebben die in Nederland verzekerd is voor de sociale verzekeringen. In de praktijk zal het dan vaak gaan om expats die hier op de payroll staan van een buitenlandse zustermaatschappij. In dat geval zal dus de gehele omzet van die zustermaatschappij moeten worden meegenomen, wat enigszins onevenwichtig lijkt.

8. **Conclusie**

De NOW is een subsidieregeling die best gedetailleerd en lang is. Het is geen typische arbeidsrechtelijke regeling en verschilt wezenlijk van zijn voorgangers. De NOW is toch relatief eenvoudig. Er zijn twee voorwaarden die dwingen tot nadenken alvorens een aanvraag in te dienen. De eerste is het feit dat men geen ontslaanvragen mag indienen. In de praktijk betekent dit dat men pas op zijn vroegst op 1 juni 2020 een ontslaanvraag mag indienen en in feite dus acht weken verliest (van 6 april tot 1 juni).

De tweede is dat men de loonsom zoveel mogelijk gelijk moet houden als in januari 2020. In de praktijk betekent dit dat men oproepkrachten moet doorbetalen en bepaalde tijdcontracten moet verlengen. Deze bepaling bevat geen beperkingen voor het eindigen van de inzet van zzp'ers en uitzendkrachten. Verder is het verstandig om geen collectieve loonsverlagingen door te voeren als men voor de NOW in aanmerking wil komen.

⁹ ECLI:NL:RBAMS:2015:899.

¹⁰ ECLI:NL:GHARL:2016:891.

¹¹ *Stcrt.* 19874, p. 14.

¹² *Stcrt.* 19874, p. 14.