

ANNOTATIE

## O jee, de NOW

*J.P.M. van Zijl*

Vanaf maandag 6 april 2020 kunnen werkgevers aanvragen indienen voor een subsidie in de loonkosten van de maanden maart, april en mei 2020 op grond van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW).<sup>[1]</sup> De NOW maakt onderdeel uit van het op 17 maart 2020<sup>[2]</sup> bekend gemaakte ‘noodpakket banen en economie’.

Arbeidsrechtjuristen zullen na bestudering van de NOW de uitwerking van de regeling mogelijk niet gemakkelijk doorgronden, omdat die gebruikmaakt van een aantal rekenformules (terwijl het werken met formules niet standaard deel uitmaakt van ‘het DNA’ van juristen) en omdat enige kennis noodzakelijk is van de heffing van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen. In dit commentaar zal ik proberen de werking van de NOW uiteen te zetten en met rekenvoorbeelden toe te lichten.

Het ‘o, jee’ in de titel van dit commentaar slaat echter niet alleen op (mogelijk) de eerste reactie van veel arbeidsrechtjuristen. Het kan ook slaan op de gevolgen die werkgevers in de praktijk wel eens zouden kunnen gaan ondervinden als na de verstrekking van het voorschot de afrekening moet plaatsvinden bij de vaststelling van de subsidie. Deze afrekening zou namelijk zo maar eens kunnen leiden tot een terugbetalingsverplichting in plaats van een nabetaling. Ik zal dat hierna toelichten.

In het onderstaande zal ik eerst de hoofdlijnen van de NOW uiteenzetten, om daarna de werking van de NOW te bespreken aan de hand van:

- de belangrijkste verplichtingen van de werkgever;
- de procedure;
- de werkgever die de subsidie kan aanvragen;
- de verlening van de subsidie (de betaling van het voorschot);

- het begrip omzetzaling (als onderdeel van de formule voor de berekening van de subsidie);
- het begrip loonsom (als onderdeel van de formule voor de berekening van de subsidie);
- de vaststelling van de subsidie;
- de vraag of het loon aan oproepkrachten door moet worden betaald of niet.

### **1 Hoofdlijnen van de NOW**

De NOW geeft werkgevers recht op een tegemoetkoming in de loonkosten. De hoogte van die tegemoetkoming is afhankelijk van het omzetverlies dat de werkgever als gevolg van de coronacrisis (of anderszins) ondervindt. De subsidie kan oplopen tot 90% van de loonkosten bij volledig omzetverlies. Om recht te kunnen doen gelden op de tegemoetkoming in de loonkosten moet het omzetverlies ten minste 20% bedragen.

Werkgevers krijgen binnen twee tot vier weken na de aanvraag een voorschot van 80% van de tegemoetkoming dat gebaseerd is op het verwachte omzetverlies en op de loonkosten van de maand januari 2020. De uiteindelijke subsidie is afhankelijk van het daadwerkelijk geleden omzetverlies en van de loonkosten van de maanden maart, april en mei 2020. Bij de vaststelling van de definitieve subsidie moet de werkgever het omzetverlies aantonen met behulp van een accountantsverklaring.

In ruil voor de tegemoetkoming in de loonkosten moeten werkgevers proberen de loonsom zo veel mogelijk gelijk te houden. Een daling van de loonsom tussen januari 2020 en de periode van maart tot en met mei 2020 leidt uiteindelijk tot een lagere subsidie. Een aanvraag bij het UWV voor toestemming tot ontslag op bedrijfseconomische gronden gedaan in de periode van 18 maart 2020 tot en met 31 mei 2020 die niet binnen vijf werkdagen wordt ingetrokken, leidt tot een extra korting op de subsidie.

### **2 Verplichtingen werkgever**

Werkgevers die op grond van de NOW een tegemoetkoming in de loonkosten aanvragen, nemen daarmee een aantal verplichtingen op zich.<sup>[3]</sup> De belangrijkste daarvan zijn:

#### *2.1 De loonsom zo veel mogelijk gelijk houden<sup>[4]</sup>*

De toelichting<sup>[5]</sup> spreekt in dit verband over een inspanningsverplichting. Deze verplichting geldt met name ook ten aanzien van oproepkrachten, zelfs als er geen wettelijke verplichting tot doorbetaling van het loon is. Het niet voldoen aan deze verplichting heeft gevolgen voor de hoogte van de subsidie, aangezien een daling van de loonsom over de maanden maart, april en mei 2020 ten opzichte van januari 2020 achteraf leidt tot een lagere vaststelling van de

subsidie (zie hierna onder ‘loonsom’).

*2.2 Na 17 maart 2020 en tot en met 31 mei 2020 geen ontslagaanvraag bij het UWV indienen wegens bedrijfseconomische omstandigheden<sup>[6]</sup>*

Niet voldoen aan deze verplichting leidt tot een lagere vaststelling van de subsidie (zie hierna onder ‘vaststelling subsidie’).

### **3 Procedure**

De procedure valt uiteen in de verlening van de subsidie (leidend tot de betaling van een voorschot) gevolgd door de vaststelling van de subsidie (waarbij het betaalde voorschot wordt verrekend aan de hand van de definitief vastgestelde subsidie).

Een werkgever kan de subsidie aanvragen door middel van een formulier dat door het UWV ter beschikking gesteld wordt.<sup>[7]</sup> De indiening van het formulier geschiedt elektronisch,<sup>[8]</sup> tenzij het UWV op zijn website bekendmaakt dat de indiening schriftelijk mag geschieden. Voor de elektronische indiening is geen E-herkenning vereist.

Aanvragen kunnen worden ingediend vanaf maandag 6 april 2020 tot en met zondag 31 mei 2020.<sup>[9]</sup>

Per loonheffingnummer kan slechts één maal een aangifte worden ingediend.<sup>[10]</sup>

Bij de aanvraag dient in elk geval te worden vermeld:

- het dossiernummer van een eventueel na 31 augustus 2019 ingediende aanvraag voor werktijdverkorting;<sup>[11]</sup>
- het verwachte percentage van de omzetsdaling;<sup>[12]</sup>
- de gekozen aaneengesloten periode van drie kalendermaanden (tussen 1 maart en 31 juli 2020) waarover de omzetsdaling wordt berekend (zie hierna onder ‘omzetsdaling’);<sup>[13]</sup>
- het loonheffingnummer;<sup>[14]</sup>
- het rekeningnummer waarop de werkgever betalingen van de Belastingdienst inzake loonheffingen ontvangt.<sup>[15]</sup>

Let op: ter bescherming tegen misbruik maakt het UWV de tegemoetkoming alleen over op dit rekeningnummer. Bij een afwijkend rekeningnummer zal geen betaling plaatsvinden.

Werkgevers hebben er dus belang bij zich ervan te verzekeren dat het juiste rekeningnummer op de aanvraag wordt vermeld. Als het rekeningnummer dat bij de Belastingdienst bekend is

in het kader van de loonheffingen een buitenlands rekeningnummer is, dan krijgt de werkgever de gelegenheid om dit binnen vier weken aan te vullen met een Nederlands bankrekeningnummer.<sup>[16]</sup> Het UWV betaalt de subsidie alleen op een Nederlands bankrekeningnummer.

Volgens de website van het UWV dienen ook de naam, het adres, het telefoonnummer, een e-mailadres en gegevens van de contactpersoon van de werkgever te worden opgegeven, waarbij het adres een Nederlands adres dient te zijn.

Het UWV beslist binnen dertien weken op de aanvraag voor de verlening van de subsidie.<sup>[17]</sup> De beslissing tot verlening van de subsidie omvat ten minste:

- de periode waarover de subsidie wordt verleend (maart, april en mei 2020);<sup>[18]</sup>
- de hoogte van subsidie en het voorschot daarop;<sup>[19]</sup>
- de verplichtingen van de werkgever (zie hierboven onder 'verplichtingen werkgever');<sup>[20]</sup>
- de termijn waarbinnen door de werkgever om de vaststelling van de subsidie moet worden gevraagd (zie hierna onder 'vaststelling subsidie').<sup>[21]</sup>

Bij de beslissing tot subsidieverlening wordt een voorschot verstrekt.<sup>[22]</sup> Dat voorschot bedraagt 80% van de subsidie<sup>[23]</sup> zoals die bij de subsidieverlening wordt berekend (zie hierna onder 'verlening subsidie') en wordt in ten hoogste drie termijnen betaald.<sup>[24]</sup>

Loongegevens over de maand januari 2020 (november 2019) worden door het UWV niet opgevraagd. Deze worden door het UWV ingevuld vanuit de gegevens in de polisadministratie.

Hoewel de beslissing op de aanvraag om subsidieverlening dus dertien weken op zich kan laten wachten, wordt ernaar gestreefd om de betaling van het voorschot binnen twee tot vier weken na ontvangst van de volledige aanvraag te realiseren.<sup>[25]</sup> Het UWV heeft overigens op 9 april 2020 al de eerste 9.000 voorschotten betaald,<sup>[26]</sup> dus in dat geval veel sneller dan na twee tot vier weken.

Vervolgens dient de werkgever binnen 24 weken na de periode waarover de omzetzijding wordt berekend bij het UWV een aanvraag in voor de vaststelling van de subsidie.<sup>[27]</sup> Ook die aanvraag geschiedt weer elektronisch met behulp van een door het UWV vast te stellen formulier.

Bij de aanvraag tot vaststelling van de subsidie moet de werkgever in elk geval de volgende gegevens en stukken meesturen:

- definitieve gegevens over de omzetzdaling, met documentatie en informatie waaruit die omzetzdaling blijkt;<sup>[28]</sup>
- een accountantsverklaring betreffende de omzetzdaling (zie hierna onder ‘omzetzdaling’);<sup>[29]</sup> de Minister heeft aangekondigd om binnen vier weken te zullen berichten over een mogelijke vrijstelling voor kleine aanvragen.
- een verklaring van de werkgever dat hij heeft voldaan aan de op hem rustende verplichtingen (zie hierboven onder ‘verplichtingen werkgever’), met uitzondering van de verplichting om geen ontslag op bedrijfseconomische gronden aan te vragen omdat het UWV daar zelf reeds bekend mee is.<sup>[30]</sup>

Het UWV beslist binnen 52 weken op de aanvraag tot vaststelling van de subsidie.<sup>[31]</sup> Aanvankelijk was deze termijn 22 weken, maar bij besluit van 3 april 2020 heeft de Minister deze termijn verlengd tot 52 weken.

#### **4 Werkgever**

De subsidie wordt toegekend aan een werkgever,<sup>[32]</sup> zijnde een werkgever in de zin van Wet financiering sociale verzekeringen.<sup>[33]</sup> Dat betekent dat het moet gaan om een werkgever in de zin van de WW,<sup>[34]</sup> ZW,<sup>[35]</sup> WIA<sup>[36]</sup> of WAO.<sup>[37]</sup> Aldus wordt aangesloten bij de verzekering op grond van een van de werknemersverzekeringwetten, inclusief de fictieve dienstbetrekkingen die daar zijn gedefinieerd. De werkgever kan aldus ook een buitenlandse werkgever zijn, mits (een deel van) de werknemers in Nederland verzekerd (is) zijn op grond van een van de werknemersverzekeringwetten.

Indien de werkgever beschikt over meerdere loonheffingnummers geschiedt de aanvraag per loonheffingnummer,<sup>[38]</sup> maar de (verwachte) omzetzdaling (zie hierna onder ‘omzetzdaling’) wordt op concernniveau bepaald.<sup>[39]</sup>

Het Ministerie van VWS heeft met zorgverzekeraars en gemeenten afspraken gemaakt over de ondersteuning van zorgaanbieders tijdens de Coronacrisis. Op basis daarvan heeft Zorgverzekeraars Nederland een regeling getroffen voor een maandelijkse continuïteitsbijdrage voor zorgaanbieders. Zorgaanbieders zijn echter niet uitgesloten van het doen van een aanvraag voor subsidie onder de NOW. Een eventueel ontvangen continuïteitsbijdrage zal echter hebben te gelden als omzet die meetelt bij de berekening van de omzetzdaling onder de NOW.

#### **5 Verlening van de subsidie**

Bij de verlening van de subsidie wordt een voorschot verleend van 80% van de subsidie,<sup>[40]</sup>

waarbij de subsidie op dat moment wordt bepaald op grond van de volgende formule:

$A$  (verwachte omzetsdaling) x  $B$  (loonsom) x 3 (maanden) x 1,3 (forfaitaire opslag) x 0,9 (90% subsidie).<sup>[42]</sup>

De werkgever ontvangt dus een voorschot van 80% van een subsidie die bestaat uit 90% van de loonsom over drie maanden, verhoogd met een forfaitaire opslag van 30%, op welke subsidie de werkgever volledig recht heeft bij een verwachte omzetsdaling van 100% en waarbij de subsidie naar evenredigheid wordt verminderd als de verwachte omzetsdaling lager is dan 100%.

De forfaitaire opslag van 30% is een opslag voor werkgeverslasten, zoals premies werknemersverzekeringen, werkgeversbijdrage in de pensioenpremie en ook de vakantietoeslag.<sup>[42]</sup>

Voor de loonsom wordt bij de bepaling van het voorschot uitgegaan van de loonsom over het eerste loonaangiftetijdvak van 2020.<sup>[43]</sup> Indien de werkgever loonaangifte per vier weken doet, wordt het loon verhoogd met 8,33% (13/12).<sup>[44]</sup> Bij een aangifte per een ander tijdvak dan een maand of vier weken wordt het loon eveneens herleid naar een loon per maand.<sup>[45]</sup>

Als er geen loongegevens in het eerste loonaangiftetijdvak van 2020 zijn, wordt voor de bepaling van de loonsom uitgegaan van de loonsom over de maand november 2019 of bij een aangiftetijdvak van vier weken van de loonsom over het twaalfde aangiftetijdvak van 2019.<sup>[46]</sup> Als er ook geen loongegevens zijn over deze periode, kan geen subsidie worden toegekend.<sup>[47]</sup> Dat de loongegevens over deze maanden mogelijk niet representatief zijn voor de tijdvakken waarover de subsidie wordt uitgekeerd, is uitdrukkelijk ingecalculleerd.<sup>[48]</sup>

Voor de hoogte van de loonsom van januari 2020 of november 2019 wordt uitgegaan van de aangiften en aanvullingen daarop tot 15 maart 2020.<sup>[49]</sup> Het is dus niet meer mogelijk om door het inzenden van correctieberichten de hoogte van de subsidieverlening nog te beïnvloeden.

### 5.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwacht een omzetsdaling van 100%. De verlening van de subsidie leidt dan tot een voorschot van:

<i>Percentage verwachte omzetsdaling (A*)</i>	100%
<i>Loonsom januari 2020 (B*)</i>	€ 100.000
<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3

Subsidiepercentage (90%) 0,9

*Te verlenen subsidie o.g.v. art. 10 lid 1 NOW:*

$A^* \times B^* \times 3 \times 1,3 \times 0,9$  € 351.000

Voorschot (80%) € 280.800

Eenzelfde werkgever met dezelfde loonsom in een minder getroffen bedrijfstak verwacht een omzetzdaling van 35%. De verlening van de subsidie leidt dan tot een voorschot van:

Percentage verwachte omzetzdaling (A\*) 35%

Loonsom januari 2020 (B\*) € 100.000

Forfaitaire opslag (30%) 1,3

Subsidiepercentage (90%) 0,9

*Te verlenen subsidie o.g.v. art. 10 lid 1 NOW:*

$A^* \times B^* \times 3 \times 1,3 \times 0,9$  € 122.850

Voorschot (80%) € 98.280

## 6 Omzetzdaling

Voor het bepalen van de factor 'omzetzdaling' is van belang wat als 'omzet' moet worden beschouwd. In het algemeen worden alle baten die voortkomen uit de uitvoering van normale activiteiten van een organisatie als omzet beschouwd, ook als die normaliter met een andere term worden aangeduid.<sup>[50]</sup> Bij *not-for-profit* organisaties kunnen ook uitkeringen, subsidies, renteopbrengsten, bijdragen vanuit een overheidsinstelling of andere opbrengsten, giften, of declaraties vanuit zorgverzekeraars als omzet worden beschouwd.<sup>[51]</sup>

Voor rechtspersonen geldt dat uitgegaan wordt van de omzet in de zin van jaarrekeningenrecht,<sup>[52]</sup> zoals gehanteerd bij laatste jaarrekening die vóór 1 maart 2020 is vastgesteld. Daarbij moet gecorrigeerd worden voor wijzigingen in onderhanden projecten. Onderhanden projecten zijn projecten die zijn overeengekomen met een derde, voor de constructie van een actief of combinatie van activa, waarbij de uitvoering zich gewoonlijk uitstrekt over meer dan één verslagperiode.<sup>[53]</sup> Daarentegen ontbreekt een bepaling die regelt dat omzet van verkoop van producten die in de periode van de loonkostensubsidie worden geproduceerd en later worden verkocht, moet worden toegerekend aan de periode van de loonkostensubsidie. Een werkgever die in de periode van de loonkostensubsidie

geconfronteerd wordt met omzetzaling en de loonkostensubsidie gebruikt om zijn magazijn te vullen met producten die later alsnog worden verkocht en dan omzet vormen, is daarom niet gehouden om die omzet voor de berekening van de vaststelling van de subsidie toe te rekenen aan de periode van de loonkostensubsidie.

Voor natuurlijke personen wordt uitgegaan van de omzet die ten grondslag heeft gelegen aan de laatste door de belastingdienst vastgestelde aangifte inkomstenbelasting.

Om voor de subsidie in aanmerking te komen moet de omzetzaling tenminste 20% zijn.<sup>[54]</sup>

De omzetzaling moet worden berekend over een aaneengesloten periode van drie maanden, die naar keuze van de werkgever kan starten op 1 maart 2020, 1 april 2020 of 1 mei 2020. Het kan dus naar keuze van de werkgever gaan om de omzet in de maanden:<sup>[55]</sup>

- maart, april en mei 2020;
- april, mei en juli 2020;
- mei, juni en juli 2020.

Deze keuze wordt werkgevers gegeven omdat de omzetzaling zich in sommige bedrijven later kan voordoen dan in andere bedrijven ('na-ijleffect').

Let op: de keuze van de werkgever over welke maanden de omzetzaling wordt berekend, laat onverlet dat het blijft gaan om een subsidie van de loonkosten over de maanden maart, april en mei 2020.<sup>[56]</sup>

De omzetzaling wordt berekend door de omzet over de drie gekozen maanden te vergelijken met de referentieomzet. Dat gebeurt aan de hand van de formule: (referentieomzet – omzet in meetperiode) : referentieomzet, met afronding naar boven op hele procenten.<sup>[57]</sup> Als referentieomzet geldt 25% van totale omzet van 2019.<sup>[58]</sup> Alleen indien de bedrijfsuitoefening na 1 januari 2019 is aangevangen mag uitgegaan worden van driemaal de gemiddelde omzet per maand over de periode vanaf de eerste kalendermaand na de dag van aanvang van de bedrijfsuitoefening tot en met 29 februari 2020.<sup>[59]</sup> Indien de bedrijfsuitoefening op of na 1 februari 2020 is aangevangen, zal aldus geen sprake zijn van een referentieomzet.<sup>[60]</sup> Een mogelijk nadeel voor werkgevers als gevolg van het feit dat de omzet in de referentieperiode niet representatief is, is door de Minister uitdrukkelijk ingecalculeerd. Het is afgewogen tegen de eenvoud van de regeling die noodzakelijk is om op zeer korte termijn zeer veel aanvragen te kunnen behandelen.<sup>[61]</sup> Aan Kamervragen om iets te repareren voor seizoensbedrijven is de Minister om die reden ook niet tegemoetgekomen.<sup>[62]</sup>



Voor het begrip ‘aanvang van de bedrijfsuitoefening’ is aangesloten bij de terminologie van de Handelsregisterwet.<sup>[63]</sup> In artikel 20 lid 1 van de Handelsregisterwet is bepaald dat de opgave van de eerste inschrijving van een onderneming wordt gedaan binnen een periode van twee weken, die begint een week vóór en die eindigt een week na de ‘aanvang van de bedrijfsuitoefening’. In het handelsregister worden zowel ondernemingen<sup>[64]</sup> als rechtspersonen<sup>[65]</sup> ingeschreven. De toelichting in de NOW is niet duidelijk als het gaat om de vraag of het nu gaat om de inschrijving van een onderneming dan wel de inschrijving van een rechtspersoon: ‘Het moet daarbij daadwerkelijk gaan om een nieuwe *onderneming, welke zowel een Nederlands als een niet-Nederlandse rechtspersoon of natuurlijke persoon kan zijn*. Voor ondernemingen die al op 1 januari 2019 bestonden en waar de piek van de omzet gedurende een gedeelte van het jaar plaatsvindt, geldt de hoofdregel van onderdeel a.’

Hoewel de bovengenoemde passage dus de inschrijving van een onderneming gelijk schakelt met de inschrijving van een rechtspersoon of natuurlijk persoon en daarmee onduidelijkheid laat ontstaan, lijkt het erop dat bij het vaststellen van de referentieomzet de omzet van de voorgaande eigenaar van de onderneming dient te worden meegeteld. De toelichting spreekt immers over ‘ondernemingen die al op 1 januari 2019 bestonden’ voor wie de hoofdregel (25% van de omzet van 2019) geldt als tegenstelling tot ‘daadwerkelijke nieuwe ondernemingen’ voor wie de uitzondering toegepast kan worden.

De omzetzijning wordt in beginsel berekend per natuurlijk persoon of rechtspersoon.<sup>[66]</sup> De omzetzijning wordt echter voor een groep<sup>[67]</sup> (concern) vastgesteld, zoals die groep op 1 maart 2020 bestond.<sup>[68]</sup> Of sprake is van een groep kan blijken uit het feit dat een geconsolideerde jaarrekening is of wordt opgesteld, want die verplichting geldt voor de rechtspersoon die aan het hoofd staat van een groep.<sup>[69]</sup> Ook een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij<sup>[70]</sup> worden daarbij als groep beschouwd.<sup>[71]</sup> Of sprake is van een dochtermaatschappij is daarbij afhankelijk van de zeggenschap die de moedermaatschappij in de dochter heeft. De omzet van buitenlandse rechtspersonen zonder premieplichtig loon in Nederland telt echter niet mee voor de omzetzijning.

## **7 Loonsom**

Het loon waaruit de loonsom bestaat waarmee per loonheffingsnummer rekening wordt gehouden bij de berekening van de subsidie, is het loon in de zin van artikel 16 van de Wet financiering sociale verzekeringen, het zogenoemde ‘sv-loon’.<sup>[72]</sup> Dat loon is gelijk aan het fiscale loon, maar met enkele uitzonderingen, waarvan het loon uit vroegere dienstbetrekking de belangrijkste is. Op grond daarvan valt bijvoorbeeld de transitievergoeding buiten het sv-loon. Uitkeringen van de werknemersverzekeringen en aanvullingen die daarop door de werkgever tijdens de dienstbetrekking worden gedaan gelden daarentegen wel als sv-loon.

Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan Ziektebewuiterkingen op grond van de no-riskpolis,<sup>[73]</sup> Ziektebewuiterkingen wegens een oorzaak die gerelateerd is aan zwangerschap of bevalling,<sup>[74]</sup> uitkeringen tijdens zwangerschap- of bevallingsverlof<sup>[75]</sup> en vervroegd toegekende IVA-uitkeringen.<sup>[76]</sup>

Alleen het loon van werknemers in de zin van de WW, Ziektebewuitering, WIA of WAO telt daarbij mee.<sup>[77]</sup> Dat betekent dat het loon van de directeur-groootaandeelhouder (niet verzekerd op grond van de werknemersverzekeringswetten) niet mee telt. Het loon van de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt telt daarentegen wel mee, omdat deze werknemer op grond van de Ziektebewuitering wel verzekerd is, zij het met beperkte aanspraken op ziekengeld.<sup>[78]</sup>

Loon dat een maximum van tweemaal het maximumdagloon per werknemer, ofwel € 9.538, te boven gaat, blijft voor de berekening van de hoogte van de subsidie buiten toepassing.<sup>[79]</sup>

## **8 Vaststelling subsidie**

Bij de vaststelling van de subsidie (als het ware de 'afrekening' van het voorschot) wordt in beginsel uitgegaan van dezelfde formule als bij de subsidieverlening (het voorschot), zij het dat:

- wordt uitgegaan van de daadwerkelijke omzetsdaling;
- op de loonsom over januari 2020 zoals die bij de subsidieverlening (het voorschot) in aanmerking is genomen, een aantal correcties wordt aangebracht.

De formule voor de berekening van de vaststelling van de subsidie bedraagt dan:

$A$  (omzetsdaling)  $\times$   $B$  (gecorrigeerde loonsom)  $\times$  3 (maanden)  $\times$  1,3 (forfaitaire opslag)  $\times$  0,9 (90% subsidie).<sup>[80]</sup>

### *8.1 Correcties op loonsom januari 2020*

De correcties op de loonsom vinden achteraf plaats omdat ervoor gekozen is om bij de verlening van de subsidie vanwege de gewenste spoed nog uit te gaan van de loonsom over januari 2020 zonder dat die correcties zijn aangebracht.<sup>[81]</sup> Het gaat om de volgende correcties:

- Vermindering van de loonsom met het bedrag van uitkeringen van werknemersverzekeringen die het UWV in het gehanteerde loonaangiftetijdvak via de werkgever heeft uitbetaald.<sup>[82]</sup> Voorbeelden van uitkeringen van werknemersverzekeringen die door de werkgever (kunnen) worden betaald zijn hierboven genoemd onder 'loonsom'. Deze uitkeringen moeten uit de loonsom worden geëlimineerd omdat zij niet op de werkgever drukken. De uitkeringen die de werkgevers via de loonstrook aan de werknemer betalen,

worden immers door het UWV aan de werkgevers vergoed.

- Vermindering van de loonsom met uitbetaling van vakantietoeslag in het gehanteerde loonaangiftetijdvak (tenzij de werkgever niet voor betaling van vakantietoeslag reserveerde).<sup>[83]</sup> Voor de betaling van de vakantietoeslag is de werkgever al gefaciliteerd door de 30% forfaitaire opslag op het loon bij de berekening van de hoogte van de subsidie, zodat de uitbetaling van de vakantietoeslag niet nog eens tot een hogere subsidie dient te leiden.

- Vermenigvuldigen van de loonsom met 0,926 (100/108) als de werkgever niet voor betaling van vakantietoeslag reserveerde maar steeds direct uitbetaalde, zoals bij oproepkrachten vaak het geval is.<sup>[84]</sup> Ook hier is de reden dat de werkgever al voor de betaling van de vakantietoeslag is gefaciliteerd door de 30% forfaitaire opslag op het loon bij de berekening van de hoogte van de subsidie, zodat de uitbetaling van de vakantietoeslag niet nog eens tot een hogere subsidie dient te leiden.

- Eventuele aanpassing van de maximering van het loon op € 9.538 in verband met de toepassing van het bovenstaande.

#### 8.1.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwachtte een omzetsdaling van 100%. Zoals hierboven is aangegeven leidde dat tot de verlening van een subsidie van € 351.000 en de betaling van een voorschot van € 280.800.

De uiteindelijke omzetsdaling was 95%.

De helft van de loonsom van € 100.000 bestond uit oproepkrachten aan wie de vakantietoeslag direct bij het loon werd uitbetaald. Het deel van de loonsom waarbij dit het geval is, wordt nader vastgesteld op € 50.000 x 0,926 (100/108) = € 46.300. Om die vakantietoeslag uit de loonsom te elimineren wordt het loon verminderd met: € 50.000 - € 46.300 = € 3.700. Daarnaast is in de loonsom over januari een bedrag aan uitkering wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof begrepen van € 1.300 zodat de loonsom in totaal met € 5.000 wordt gecorrigeerd. De subsidievaststelling geschiedt dan als volgt:

<i>Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A)</i>	95%
<i>Gecorrigeerde loonsom januari 2020 (B)</i>	€ 95.000
<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 316.777
Af: betaalde voorschot (80%)	€ 280.800
Te ontvangen	€ 35.977

Voor dezelfde werkgever met dezelfde loonsom en met dezelfde correcties op die loonsom die een omzetzdaling van 35% verwachtte en een daadwerkelijke omzetzdaling realiseerde van 30% en voor wie daarom de subsidie werd vastgesteld op € 122.850 leidend tot de betaling van een voorschot van € 98.280 geschiedt de vaststelling van de subsidie dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetzdaling (A)	30%
Gecorrigeerde loonsom januari 2020 (B)	€ 95.000
Forfaitaire opslag (30%)	1,3
Subsidiepercentage (90%)	0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 100.035
Af: betaalde voorschot (80%)	€ 98.280
Te ontvangen	€ 1.755,00

## 8.2 Verlagen van de subsidie

Bij de vaststelling van de subsidie worden verder in voorkomend geval nog twee verlagingen toegepast. Anders dan de bovengenoemde correcties vinden deze verminderingen van de subsidie plaats zonder dat deze gecorrigeerd worden voor het percentage van de omzetzdaling. Het gaat dan om verlaging van de subsidie in verband met:

- daling van de loonsom;
- het aanvragen van ontslag op bedrijfseconomische gronden.

### 8.2.1 Daling van de loonsom

Als de loonsom over de periode van 1 maart 2020 – 31 mei 2020 lager is dan driemaal het loon waarover het voorschot is berekend (in beginsel dus driemaal het loon over de maand januari

2020), dan wordt de subsidie verlaagd met dat verschil x 1,3 (forfaitaire opslag) x 0,9 (90% subsidie).<sup>[85]</sup> De berekening van het bedrag waarmee de subsidie wordt verlaagd, gebeurt aan de hand van de volgende formule:

$(B \text{ (loonsom waarover het voorschot is berekend} \times 3 \text{ (maanden)} - C \text{ (loonsom over de periode van 1 maart 2020 - 31 mei 2020)} \times 1,3 \text{ (werkgeverslasten)} \times 0,9 \text{ (90\% subsidie)})$ .<sup>[86]</sup>

Indien de werkgever loonaangifte doet per tijdvak van vier weken wordt het te corrigeren loon verhoogd met 8,33% (13/12).<sup>[87]</sup> De loonsom over de periode van 1 maart 2020 – 31 mei 2020 wordt daarbij vastgesteld op basis van de aangiften loonheffing en de aanvullingen daarop tot 19 juli 2020.<sup>[88]</sup> Correctie van de loonsom ten nadele van de werkgever blijft ook dan echter mogelijk.<sup>[89]</sup> Een verhoging van de subsidie in het geval dat de loonsom over de maanden maart tot en met mei 2020 hoger zou zijn dan driemaal het loon waarover het voorschot is berekend, bijvoorbeeld omdat voorafgaand aan de omzetsdaling al werknemers waren aangenomen die na januari 2020 in dienst zijn gekomen, is niet mogelijk.

#### 8.2.1.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwachtte een omzetsdaling van 100%. Zoals hierboven is aangegeven leidde dat tot de verlening van een subsidie van € 351.000 en de betaling van een voorschot van € 280.800.

Er zijn geen correcties op de loonsom. De uiteindelijke omzetsdaling was inderdaad 100%.

De helft van de loonsom van € 100.000 bestond uit oproepkrachten die de werkgever niet heeft doorbetaald.

De subsidievestigstelling geschiedt dan als volgt:

<i>Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A)</i>	100%
<i>Loonsom januari 2020, geen correcties (B)</i>	€ 100.000
<i>Loonsom maart-mei 2020 (C)</i>	€ 150.000
<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	0,9

*Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:*

$$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9 \quad \text{€ 351.000}$$

*Verlaging i.v.m. daling loonsom o.g.v. art. 7 lid 2 NOW:*

$(B \times 3 - C) \times 1,3 \times 0,9$	- € 175.500
Subsidie	€ 175.500
Af: betaalde voorschot (80%)	€ 280.800
Terug te betalen	- € 105.300

Voor dezelfde werkgever met dezelfde loonsom en met dezelfde daling van de loonsom (maar zonder correcties op de loonsom) die een omzetzaling van 35% verwachtte en inderdaad een daadwerkelijke omzetzaling realiseerde van 35% en voor wie daarom de subsidie werd vastgesteld op € 122.850 leidend tot de betaling van een voorschot van € 98.280 geschiedt de vaststelling van de subsidie bij een daling van de loonsom met eveneens 35% (€ 105.000) dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetzaling (A)	35%
Loonsom januari 2020, geen correcties (B)	€ 100.000
Loonsom maart-mei 2020 (C)	€ 195.000
Forfaitaire opslag (30%)	1,3
Subsidiepercentage (90%)	0,9

*Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:*

$$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9 \quad \text{€ 122.850}$$

*Verlaging i.v.m. daling loonsom op grond van art. 7 lid 2 NOW:*

$(B \times 3 - C) \times 1,3 \times 0,9$	- € 122.850
Subsidie	€ 0
Af: betaalde voorschot (80%)	€ 98.280
Terug te betalen	- € 98.280

Een daling van de loonsom leidt aldus tot een verlaging van de subsidie, die niet wordt gecorrigeerd voor het percentage van de omzetzaling. Zeker bij uiteindelijke omzetzalingen van minder dan 100% zal de vaststelling van de subsidie daarom al snel leiden tot een

verplichting tot gedeeltelijke of zelfs gehele terugbetaling.

### 8.2.2 Ontslag op bedrijfseconomische gronden

Als de werkgever na 17 maart 2020 en tot en met 31 mei 2020 ontslag op bedrijfseconomische gronden heeft aangevraagd<sup>[90]</sup> en deze ontslagaanvraag niet binnen vijf werkdagen na de inwerkingtreding van de regeling (op 1 april 2020) of binnen vijf werkdagen na het indienen van de ontslagaanvraag heeft ingetrokken,<sup>[91]</sup> dan wordt de subsidie verlaagd met 450% (3 maanden x 150%) van het loon van de betreffende werknemer(s) in het loonaangiftetijdvak dat is gehanteerd voor de verlening van de subsidie (in beginsel dus het loon over de maand januari 2020) x 1,3 (forfaitaire opslag) x 0,9 (90% subsidie)).

Het bedrag waarmee de subsidie wordt verlaagd wordt berekend aan de hand van de volgende formule:

D (loon van de werknemer over de maand januari 2020 of ander gehanteerd loonaangiftetijdvak) x 1,5 (150%) x 3 (maanden) x 1,3 (werkgeverslasten) x 0,9 (90% subsidie).

Ontslag op andere dan bedrijfseconomische gronden en een beëindiging met wederzijds goedvinden op bedrijfseconomische gronden leiden niet tot deze correctie. Het is niet van belang of de ontslagaanvraag uiteindelijk is gehonoreerd of niet.<sup>[92]</sup> Van belang is alleen of er een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden is gedaan die niet binnen vijf werkdagen is ingetrokken.

#### 8.2.2.1 Voorbeelden

Een werkgever in de horeca met een loonsom over de maand januari 2020 van € 100.000 verwachtte een omzetsdaling van 100%. Zoals hierboven is aangegeven leidde dat tot de verlening van een subsidie van € 351.000 en de betaling van een voorschot van € 280.800.

Er zijn geen correcties op de loonsom. De loonsom over de periode van maart-mei 2020 was niet lager dan die in januari 2020. De uiteindelijke omzetsdaling was inderdaad 100%.

Eind april ziet de werkgever zich echter gedwongen om ontslag op bedrijfseconomische gronden aan te vragen voor werknemers met een gezamenlijke loonsom in januari 2020 van € 10.000. De ontslagaanvraag wordt niet binnen vijf werkdagen ingetrokken.

De subsidievaststelling geschiedt dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetsdaling (A) 100%

Loonsom januari 2020, geen correcties (B) € 100.000

Loonsom maart-mei 2020, niet gedaald (C) € 300.000

Loonsom van werknemers over januari 2020 waarvoor

ontslag op bedrijfseconomische gronden

is aangevraagd (D) € 10.000

Forfaitaire opslag (30%) 1,3

Subsidiepercentage (90%) 0,9

Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:

$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$  € 351.000

Verlaging i.v.m. ontslag op bedrijfseconomische gronden

(art. 7 lid 5 NOW):  $D \times 1,5 \times 3 \times 1,3 \times 0,9$  - € 52.650

Subsidie € 298.350

Af: betaalde voorschot (80%) € 280.800

Te ontvangen € 17.550

Voor dezelfde werkgever met dezelfde loonsom die dezelfde ontslagaanvraag indient (eveneens zonder correcties op de loonsom en zonder daling van de loonsom), maar die een omzetzijging van 35% verwachtte en inderdaad ook een daadwerkelijke omzetzijging realiseerde van 35% en voor wie de subsidie werd vastgesteld op € 122.850, leidend tot de betaling van een voorschot van € 98.280, geschiedt de vaststelling van de subsidie dan als volgt:

Percentage daadwerkelijke omzetzijging (A) 35%

Loonsom januari 2020, geen correcties (B) € 100.000

Loonsom maart-mei 2020 (C) € 300.000

Loonsom van werknemers over januari 2020 waarvoor

ontslag op bedrijfseconomische gronden

is aangevraagd (D) € 10.000



<i>Forfaitaire opslag (30%)</i>	1,3
<i>Subsidiepercentage (90%)</i>	0,9
<i>Vast te stellen subsidie o.g.v. art. 7 lid 1 NOW:</i>	
$A \times B \times 3 \times 1,3 \times 0,9$	€ 122.850
<i>Verlaging i.v.m. ontslag op bedrijfseconomische gronden</i>	
<i>(art. 7 lid 5 NOW): <math>D \times 1,5 \times 3 \times 1,3 \times 0,9</math></i>	- € 52.650
<i>Subsidie</i>	€ 70.200
<i>Af: betaalde voorschot (80%)</i>	€ 98.280
<i>Terug te betalen</i>	- € 28.080

Een ingediende en niet binnen vijf werkdagen ingetrokken ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden leidt aldus eveneens tot een verlaging van de subsidie, die niet wordt gecorrigeerd voor het percentage van de omzetzaling. Naarmate de omzetzaling lager is, zal de verlaging van de subsidie die het gevolg is van de ontslagaanvraag dus verhoudingsgewijs groter zijn.

Voor wat betreft de vermindering wegens het aanvragen van ontslag op bedrijfseconomische gronden is de NOW juist met dat doel bij besluit van de Minister van 3 april 2020 gewijzigd om te voorkomen dat de 'verhoging met 50%' die onderdeel uitmaakt van de correctie van de subsidie geheel, gedeeltelijk of zelfs meer dan geheel teniet kan worden gedaan door de hoogte van het omzetverlies. De Minister merkt in dat besluit op dat deze wijze van vermindering van de subsidie past bij de oproep om, indien mogelijk, ook werknemers met een flexibel contract door te betalen.

### 8.3 Terugbetalingsverplichting

De kans bestaat dat de vaststelling van de subsidie in een relatief groot aantal gevallen niet leidt tot een nabetaling, maar tot een terugbetalingsverplichting. De subsidie kan bij de vaststelling van de subsidie uiteindelijk lager worden vastgesteld als gevolg van (een combinatie van) de volgende factoren:

- correctie van de loonsom van januari 2020 (zie hierboven onder 8.1);
- een daadwerkelijke omzetzaling die lager is dan de verwachte omzetzaling (zie hierboven onder 8);

- een daling van de loonsom over de maanden maart – mei 2020 ten opzichte van driemaal de loonsom over de maand januari 2020 (zie hierboven onder 8.2.1);
- het doen van een ontslag aanvraag op bedrijfseconomische gronden (zie hierboven onder 8.2.2).

Werkgevers dienen zich van deze mogelijkheid terdege bewust te zijn om te voorkomen dat zij door de verlening van de NOW-subsidie aanvankelijk dan weliswaar in financiële zin op de been worden gehouden maar uiteindelijk door de terugbetalingsverplichting die ontstaat bij de vaststelling van de subsidie alsnog worden gevelld.

Overigens kan van de bovengenoemde factoren alleen een daadwerkelijke omzetzaling die hoger is dan de verwachte omzetzaling leiden tot een hogere vaststelling van de subsidie.

## **9 Oproepkrachten**

Veel werkgevers vragen zich af in hoeverre zij gehouden zijn te voldoen aan de oproep van de regering om oproepkrachten zo veel mogelijk in dienst te houden en de verplichting om de loonsom zo veel mogelijk gelijk te houden en wat de consequenties zijn als zij dat niet doen. Zelfs bij een volledig omzetverlies is de loonkostensubsidie maar 90% terwijl het loon volledig zou moeten worden doorbetaald. Veel werkgevers zullen naast loonkosten nog vaste lasten hebben die het voor hen moeilijk maken om te voldoen aan de oproep om oproepkrachten volledig door te betalen.

Die consequenties kunnen zich op twee manieren voordoen:

- consequenties voor de hoogte van de subsidie;
- consequenties in de verhouding tot de oproepkracht.

### *9.1 Consequenties voor de hoogte van de subsidie*

Het niet doorbetalen van het loon van de oproepkrachten en het (dus) niet zo veel mogelijk gelijk houden van de loonsom<sup>[93]</sup> levert geen weigeringsgrond voor de subsidie op.<sup>[94]</sup> Het UWV kan een te veel betaald voorschot geheel of gedeeltelijk terugvorderen,<sup>[95]</sup> maar de gevolgen zullen zich vooral voordoen bij de vaststelling van de subsidie.<sup>[96]</sup> De gedaalde loonsom leidt bij de vaststelling van de subsidie tot een vermindering van de subsidie die niet wordt vermenigvuldigd met het percentage van de omzetzaling. Zie de voorbeelden onder 8.2.1.1. Maar ongeacht het percentage van het omzetverlies zal de daling van de subsidie steeds minder geld kosten dan de daling van de loonsom, omdat de loonsom maar voor 90% wordt gesubsidieerd en de daling van de loonsom en de daling van de subsidie gelijk opgaan.

### 9.1.1 Voorbeelden

Uit de voorbeelden onder 8.2.1.1 blijkt dat de daling van de loonsom met 50% (in maart tot en met mei 2020 ten opzichte van driemaal de loonsom over januari 2020) leidde tot een verlaging van de subsidie met € 175.500 voor zowel de werkgever met een omzetsdaling met 100% als voor de werkgever met een omzetsdaling van 35%.

Als de bespaarde loonsom van € 150.000 voor de vergelijking wordt vermenigvuldigd met een forfaitaire opslag van 30% (hetgeen redelijk is omdat ook over het loon van oproepkrachten werkgeverslasten, werkgeversaandeel in de pensioenpremie en vakantietoeslag moet worden betaald) zijn de bespaarde loonkosten voor de werkgever met de omzetsdaling van 100% € 195.000 en is de bespaarde loonsom van € 105.000 voor de werkgever met de omzetsdaling van 35% € 136.500.

De werkgever met de omzetsdaling van 100% bespaart zich na aftrek van de subsidie van € 175.000 nog € 19.500, wat overeenkomt met de 10% van het loon die hij niet gesubsidieerd krijgt. De werkgever met de omzetsdaling van 35% verliest door het niet uitbetalen van de oproepkrachten de gehele subsidie van € 122.850 maar bespaart eveneens nog steeds 10% van het loon dat hij niet gesubsidieerd krijgt, ofwel € 13.650.

Het bovenstaande is overigens anders als de daling van de loonsom wordt geëffectueerd na een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden dat niet binnen vijf werkdagen is ingetrokken, omdat de loonsom dan 50% extra wordt verlaagd.<sup>[97]</sup> Zie de voorbeelden onder 8.2.2.1. De daling van de subsidie is dan veel hoger dan de daling van de subsidie, maar bij oproepkrachten zal niet snel worden gekozen voor een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden.

### 9.2 Consequenties in de verhouding tot de oproepkracht

Het niet betalen van het loon van de oproepkrachten roept de vraag op of deze oproepkrachten betaling van het loon zouden kunnen afdwingen.

Werknemers hebben ook als zij niet werken recht op betaling van loon, tenzij het niet werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen.<sup>[98]</sup> De coronacrisis is natuurlijk geen reden die in redelijkheid voor rekening van de werknemer dient te komen en dus heeft de werknemer die als gevolg van de coronacrisis niet werkt (bijvoorbeeld omdat het bedrijf moest sluiten) recht op loon.

Van deze regel kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken, maar alleen gedurende de eerste zes maanden.<sup>[99]</sup> Deze periode van zes maanden kan bij cao worden verlengd, maar

alleen als het gaat om functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en die geen vaste omvang hebben.<sup>[100] [101]</sup>

Deze afwijkingen zijn de basis voor oproepovereenkomsten (met name: nulurencontracten). Dat betekent dat deze wettelijke basis als regel na de eerste zes maanden vervalt. Vanaf dat moment hebben werknemers recht op loon als zij niet werken, door een andere oorzaak dan een oorzaak die in redelijkheid voor hun rekening behoort te komen. Om de omvang van die loonvordering te bepalen kunnen zij desgewenst een beroep doen op het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsovereenkomst.<sup>[102]</sup> De omvang van die arbeidsovereenkomst wordt dan geacht gelijk te zijn aan die in enige door de werknemer aangewezen voorafgaande periode van drie maanden. De werkgever kan daarbij tegenbewijs leveren. De vraag is of dat tegenbewijs alleen betrekking kan hebben op de gekozen referentieperiode van drie maanden of ook op de vraag of de werknemer recht heeft op loon. In de jurisprudentie wordt daarover verschillend geoordeeld.

In het algemeen kan echter worden gezegd dat de rechter snel bereid zal zijn om aan een werknemer met een oproepovereenkomst na het verstrijken van de eerste zes maanden recht op loon toe te kennen als er als gevolg van de coronacrisis niet gewerkt wordt. De mogelijkheid van subsidiëring van de loonkosten van ook deze werknemer onder de NOW zal de rechter alleen maar in dit oordeel sterken.

Sinds 1 januari 2020 is de werkgever verplicht om steeds als de oproepovereenkomst twaalf maanden heeft geduurd binnen een maand een aanbod te doen voor een vaste arbeidsomvang die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in de voorafgaande periode van twaalf maanden.<sup>[103]</sup> Als dit aanbod niet is gedaan heeft de werknemer in elk geval recht op loon over de vaste arbeidsomvang die aangeboden had moeten worden.<sup>[104]</sup> Als de werknemer wel een aanbod voor een vaste arbeidsomvang heeft gehad, maar dit aanbod niet heeft aanvaard of zelfs heeft afgewezen, dan kan de werknemer nog steeds recht op loon claimen, omdat de coronacrisis geen oorzaak is voor het niet werken die in redelijkheid voor zijn risico dient te komen. Ook kan de werknemer dan nog steeds een beroep doen op het rechtsvermoeden betreffende de omvang van de arbeidsduur. En ook dan geldt dat de rechter snel geneigd zal zijn die loonvordering toe te kennen in de wetenschap dat de werkgever de loonkosten onder de NOW gesubsidieerd had kunnen krijgen.

Van belang is ook dat in de toelichting op de NOW<sup>[105]</sup> is vermeld dat werknemers met een flexibele arbeidsomvang op grond van de wet (voor zover zij geen succesvol beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden van arbeidsomvang) alleen recht op loon hebben voor het minimumaantal uren dat vast is overeengekomen en voor zover de loondoorbetalingsplicht niet is uitgesloten. Voor werknemers die wel een beroep kunnen doen op het

rechtsvermoeden betreffende de arbeidsomvang en waarvan de loondoorbetalingsplicht niet (rechtsgeldig) is uitgesloten, wordt in de toelichting op de NOW dus uitgegaan van recht op doorbetaling van loon.

De conclusie is dat er voor oproepkrachten na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst goede mogelijkheden liggen om betaling van loon bij de rechter af te dwingen. Net als voor de coronacrisis is de vraag eigenlijk alleen of oproepkrachten ook recht op loon zullen claimen als zij door de coronacrisis niet werken.

### 9.3 Dilemma

Kijkend naar de gevolgen voor de subsidie onder de NOW is de conclusie dat werkgevers altijd voordeliger uit zijn door het loon van de oproepkrachten niet door te betalen omdat nu eenmaal maar 90% van de loonkosten wordt gesubsidieerd. Daartegenover staat dat oproepkrachten die door de coronacrisis niet worden opgeroepen, goede perspectieven hebben om de loondoorbetaling in rechte af te dwingen, zodra zij langer dan zes maanden in dienst zijn.

Werkgevers dienen er rekening mee te houden dat de loonkosten die zij eventueel alsnog moeten voldoen omdat oproepkrachten die betaling alsnog weten af te dwingen, niet voor subsidie in aanmerking komen als daarover pas op of na 19 juli 2020 aangifte loonheffing wordt gedaan.<sup>[106]</sup> Weliswaar is het mogelijk om door middel van correctieberichten achteraf alsnog aangifte te doen van loon dat alsnog is betaald over de subsidieperiode (maart, april en mei 2020), maar op of na 19 juli 2020 ingezonden correctieberichten worden niet meer in aanmerking genomen voor de vaststelling van de subsidie, tenzij deze leiden tot een verlaging van de subsidie.

Als een werkgever besluit om het loon van de oproepkrachten niet door te betalen en vervolgens alsnog op of na 19 juli 2020 wordt verplicht om het loon te betalen, dan moet dus wel loon worden betaald en is er geen recht op subsidie. Zie daar het dilemma waar werkgevers voor staan als zij moeten besluiten over het al dan niet doorbetalen van het loon van oproepkrachten.

## 10 Ten slotte

Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het UWV komt lof toe voor het feit dat het zo snel een regeling heeft weten op te tuigen respectievelijk uit te voeren, die in grote lijnen goed lijkt te functioneren. Als buiten beschouwing wordt gelaten dat de NOW er niet in slaagt om maatwerk te bieden voor alle werkgevers in alle denkbare situaties (een gevolg dat door de Minister op voorhand is erkend en aanvaard), moet worden geconstateerd dat de

NOW als wetgevingsproduct goed in elkaar steekt. Met name de verhouding tussen de subsidieverlening in artikel 10 en de subsidievaststelling in artikel 7 vergt aanvankelijk weliswaar enige tijd om goed te doorgronden, maar uiteindelijk klopt deze wel. Het UWV komt hulde toe voor het feit dat het mogelijk is gebleken om in korte tijd een website te bouwen die een groot aantal aanvragen in korte tijd kon verwerken en voor het feit dat reeds drie dagen nadat aanvraag mogelijk was de eerste voorschotten konden worden betaald. Maar het UWV wacht nog een zware taak als het gaat om het vaststellen van alle subsidies. Waar bij de verlening van de subsidies de deur wijd open is gezet om iedere werkgever in financiële nood snel van een voorschot te kunnen voorzien, zal bij de vaststelling van de subsidie het controlewerk nog moeten plaatsvinden. Dat controlewerk zal ongetwijfeld niet alleen leiden tot veel werk voor het UWV, maar ook nog wel tot discussie met het UWV.

Hierboven is aangegeven dat voor werkgevers ook gemakkelijk terugbetalingsverplichtingen kunnen ontstaan. Voor arbeidsrechtjuristen en andere lezers van AR Updates is daarbij de schone taak weggelegd om werkgevers hiervoor tijdig te waarschuwen.

mr. J.P.M. (Joop) van Zijl

advocaat te Tilburg.

[1] Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart 2020, 2020-000004663/2020-0000046763, tot vaststelling van een Tijdelijke subsidieregeling tegemoetkoming in de loonkosten in verband met het coronavirus (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), *Stcrt.* 1 april 2020, 19874. Gewijzigd bij Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 april 2020, 2020-0000048664, tot wijziging van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid, *Stcrt.* 3 april 2020, 20561.

[2] Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, de Minister van Financiën, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat en de Staatssecretaris van Financiën - Fiscaliteit en Belastingdienst aan de Tweede Kamer van 17 maart 2020 (Noodpakket banen en economie), *Kamerstukken I* 2019/20, 35420, A.

[3] Art. 13 NOW.

[4] Art. 13 onder a NOW.

[5] Toelichting NOW, par. 11 onderdeel a.

[6] Art. 13 onder b NOW.

[7] Art. 8 lid 1 NOW.

[8] Art. 8 lid 7 NOW.

[9] Art. 8 lid 2 NOW.

[10] Art. 8 lid 3 NOW.

[11] Art. 8 lid 4 onder a NOW.

[12] Art. 8 lid 4 onder b NOW.

[13] Art. 8 lid 4 onder c NOW.

[14] Art. 8 lid 4 onder d NOW.

[15] Art. 8 lid 4 onder e NOW.

[16] Art. 8 lid 8 NOW.

[17] Art. 9 lid 1 NOW.

[18] Art. 9 lid 2 onder a NOW.

[19] Art. 9 lid 2 onder b NOW.

[20] Art. 9 lid 2 onder c NOW.

[21] Art. 9 lid 2 onder d NOW.

[22] Art. 11 lid 1 NOW.

[23] Art. 11 lid 2 NOW.

[24] Art. 11 lid 3 NOW.

[25] Toelichting NOW, par. 9.

[26] Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 10 april 2020 (Schriftelijk verslag Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), met antwoorden op vragen van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

[27] Art. 14 lid 1 NOW.

[28] Art. 14 lid 2 onder a NOW.

[29] Art. 14 lid 2 onder b NOW

[30] Art. 14 lid 2 onder c NOW.

[31] Art. 14 lid 4 NOW.

[32] Art. 8 lid 1 NOW.

[33] Art. 1 lid 1 NOW jo. art. 1 onder q of r Wet financiering sociale verzekeringen.

[34] Zie art. 9-13 WW.

[35] Zie art. 9-13 ZW.

[36] Zie art. 11 WIA.

[37] Zie art. 8-12 WAO.

[38] Art. 8 lid 5 NOW.

[39] Art. 8 lid 5 NOW.

[40] Art. 11 lid 2 NOW.

[41] Art. 10 lid 1 NOW.

[42] Toelichting op de NOW, par. 4.

[43] Art. 10 lid 2 NOW.

[44] Art. 10 lid 3 NOW.

[45] Art. 10 lid 4 NOW.

[46] Art. 10 lid 3 NOW.

[47] Toelichting op de NOW, par. 4.

[48] Toelichting op de NOW, par. 4.

[49] Art. 10 lid 5 NOW.



[50] Art. 1 lid 2 NOW.

[51] Toelichting op de NOW, par. 7.

[52] Art. 2:377 lid 6 BW.

[53] Toelichting op de NOW, par. 7.

[54] Art. 4 NOW.

[55] Art. 6 lid 1 jo. art. 8 lid 4 onder c NOW.

[56] Toelichting op de NOW, par. 3.

[57] Art. 8 lid 4 onder b NOW.

[58] Art. 6 lid 2 onder a NOW.

[59] Art. 6 lid 2 onder b NOW.

[60] Al lijkt de Minister in antwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie van de Tweede Kamer ervan uit te gaan dat ook de eerste kalendermaand van de bedrijfsuitoefening nog meetelt, in welk geval ook een aanvang van de bedrijfsuitoefening in de loop van de maand februari 2020 nog voldoende zou zijn om een subsidie te kunnen verkrijgen. Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 10 april 2020 (Schriftelijk verslag Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), met antwoorden op vragen van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p. 9.

[61] Toelichting op de NOW, par. 6.

[62] Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 10 april 2020 (Schriftelijk verslag Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), met antwoorden op vragen van de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

[63] Toelichting op de NOW, par. 6.

[64] Art. 5 Handelsregisterwet.

[65] Art. 6 Handelsregisterwet.

[66] Art. 6 lid 3 NOW.

[67] In de zin van art. 2:24b BW.

[68] Art. 6 lid 4 NOW.

[69] Art. 2:406 BW.

[70] In de zin van art. 2:24a BW.

[71] Art. 6 lid 4 NOW.

[72] Art. 1 lid 1 NOW.

[73] Art. 29b ZW.

[74] Art. 29a ZW.

[75] Art. 3:7 Wet arbeid en zorg.

[76] Art. 23 lid 6 WIA.

[77] Art. 7 lid 1 en art. 10 lid 1 jo. art. 1 lid 1 NOW.

[78] Art. 29 lid 5 jo. art. 104 ZW.

[79] Art. 7 lid 1 jo. art. 10 lid 1 onder d NOW.

[80] Art. 7 lid 1 NOW.

[81] Toelichting op de NOW ten aanzien van art. 7 lid 1 en lid 5.

[82] Art. 7 lid 1 onder a NOW.

[83] Art. 7 lid 1 onder c NOW.

[84] Art. 7 lid 1 onder d NOW.

[85] Art. 7 lid 2 NOW.

[86] Art. 7 lid 2 NOW.

[87] Art. 7 lid 3 NOW.

[88] Art. 7 lid 4 NOW.

[89] Toelichting op de NOW ten aanzien van art. 7 lid 4.

[90] Art. 7 lid 5 NOW.

[91] Art. 7 lid 6 NOW.

[92] Toelichting op de NOW, par. 11 onderdeel b.

[93] Art. 13 onder a NOW.

[94] Art. 5 NOW.

[95] Art. 15 NOW.

[96] Art. 14 NOW.

[97] Art. 7 lid 5 NOW.

[98] Art. 7:628 lid 1 BW.

[99] Art. 7:628 lid 5 BW.

[100] Art. 7:628 lid 7 BW.

[101] Afwijkingen ten behoeve van uitzendovereenkomsten blijven hier buiten beschouwing.

[102] Art. 7:610b BW.

[103] Art. 7:628a lid 5 BW

[104] Art. 7:628a lid 8 BW.

[105] Toelichting op de NOW, par. 11.

[106] Art. 7 lid 4 NOW.