

## 232

**Doorberekenen 100% loonkosten onredelijk vanwege doel NOW-regeling**

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland  
 zp Arnhem  
 30 juli 2020, nr. C/05/372383/KG ZA 20-215,  
 ECLI:NL:RBGEL:2020:4079  
 (mr. Peerdeman)  
 Noot mr. drs. A.M. Helstone

**Tewerkstelling uitzendkrachten. Doelstelling NOW-regeling. Inlener niet gehouden volledige kosten te betalen aan uitzender/ payrolller.**

[BW art. 6:248 lid 2, 7:690, 7:692]

*Nettstaff verzorgt als backoffice de verloning van uitzendkrachten voor Kroftman. In de raamovereenkomst tussen partijen staat dat wijzigingen van de overeenkomst alleen geldig zijn als deze schriftelijk worden vastgelegd. Kroftman verwacht als gevolg van het coronavirus omzetverlies te zullen lijden. Zij dringt er meermaals bij Nettstaff op aan om passende afspraken te maken over de loonkosten zodat de uitzendkrachten behouden kunnen blijven. Een zelfstandig verzoek op grond van de NOW-regeling kan Kroftman niet doen. Nettstaff komt wel voor de regeling in aanmerking. Partijen komen niet tot een regeling. Op enig moment stelt Nettstaff Kroftman in gebreke vanwege het niet betalen van de facturen. Kroftmann hevelt vervolgens de verloning van de bij haar werkzame uitzendkrachten over naar een ander payrollbedrijf. Verder betaalt zij 40% van de openstaande factuurbedragen. Zij stelt hiermee ruimschoots aan Nettstaff tegemoet te zijn gekomen. Nettstaff vordert in kort geding betaling van de volledige factuurbedragen.*

*De voorzieningenrechter stelt voorop dat Kroftman in beginsel de volledige factuurbedragen moet voldoen. Inmiddels is echter bekend dat aan Nettstaff een tegemoetkoming op grond van de NOW is toegekend. Niet onaannemelijk is dat in de bodemprocedure zal komen vast te staan dat Nettstaff een deel van de loonkosten (80%) voor de bij Kroftman tewerkgestelde uitzendkrachten*

*op grond van de regeling vergoed krijgt. Het is dan onredelijk dat Kroftman de volledige loonkosten moet betalen. Het doel van de NOW is immers het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid. Kroftman heeft al in een vroeg stadium de samenwerking met Nettstaff gezocht bij de aanvraag van een tegemoetkoming in de loonkosten met als doel zo veel mogelijk uitzendkrachten te behouden. In de branche van uitzend- en payrollorganisaties is in dit verband een oproep gedaan om afspraken te maken met de inlener. In de praktijk worden dergelijke afspraken ook daadwerkelijk met inleners gemaakt. Gezien dit alles is de vordering van Nettstaff niet toewijsbaar. Dat in de raamovereenkomst is bepaald dat partijen alleen schriftelijk afwijkende afspraken kunnen maken, leidt niet tot een andere conclusie.*

*NB. De vergoeding op grond van de NOW kan worden aangevraagd door de formele werkgever. In een uitzendsituatie is dat dus het uitzendbureau of het payrollbedrijf. Het idee is dat uitzenders en inleners samen afspraken maken over de inzet van de NOW. Slagen zij daar niet in, dan rijst de vraag aan wie het te wijten is als een inlener de uitzendkrachten niet heeft weggestuurd en op welke loonkosten de NOW nu precies betrekking heeft.*

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *NettStaff B.V.* te Gorinchem, eiseres, advocaat mr. Ph. Ekering te Rotterdam, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Kroftman Structures B.V.* te Zevenaar, gedaagde, advocaat mr. H.C.W. Geffroy te Ede Gld.

1. *De procedure*  
 (...)

2. *De feiten*

2.1. *NettStaff* exploiteert een uitzendbureau.

2.2. *Kroftman* exploiteert een groothandel in opslagtenten en opslaggebouwen. Voor de uitvoering van haar werkzaamheden maakt zij onder meer gebruik van uitzendkrachten. De vaste leverancier van deze uitzendkrachten is steeds [naam 1] (hierna: [naam 1]) geweest.

2.3. [naam 1] werkt samen met *NettStaff*, waarbij [naam 1] de uitzendkrachten uit haar netwerk aan

Kroftman voorstelt en [naam 1] deze uitzendkrachten via NettStaff verloont. NettStaff is de zogenaamde back-officepartij van [naam 1].

2.4. Op 1 januari 2020 hebben Kroftman en NettStaff een raamovereenkomst tot samenwerking gesloten. Bovenaan iedere pagina van deze overeenkomst zijn de logo's van [naam 1] en NettStaff afgebeeld. In artikel 1.2 van de overeenkomst is onder meer bepaald dat afwijkingen van de overeenkomst alleen geldig zijn als deze schriftelijk zijn overeengekomen. Op grond van deze overeenkomst heeft NettStaff facturen aan Kroftman gezonden ter zake van de door haar aan de bij Kroftman tewerkgestelde uitzendkrachten betaalde loon- en reiskosten.

2.5. In maart 2020 heeft de Nederlandse overheid in verband met het coronavirus de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid getroffen (hierna: de NOW-regeling). Op grond van deze regeling kunnen werkgevers een tegemoetkoming in de loonkosten krijgen, indien sprake is van een bepaalde mate van omzetverlies. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in antwoord op Kamervragen medegedeeld dat ook payrollorganisaties en uitzendbureaus een beroep op deze regeling kunnen doen.

2.6. Bij e-mailbericht van 18 maart 2020 heeft de heer [naam 2] (hierna: [naam 2]) namens Kroftman aan [naam 1] bericht dat Kroftman omzetverlies zal lijden, dat zij de uitzendkrachten niet kwijt wil en dat zij daarom wil overleggen hoe men gebruik kan maken van de compensatieregeling van de overheid.

2.7. Op 24 maart 2020 heeft [naam 2] [naam 1] opnieuw bericht dat er op korte termijn een oplossing moet worden gerealiseerd en heeft hij verzocht contact op te nemen over de NOW-regeling voor de medewerkers die via NettStaff bij Kroftman werkzaam zijn. [naam 1] heeft in reactie hierop diezelfde dag aan Kroftman onder meer meegedeeld dat zij in samenwerking met NettStaff een aanvraag voor de NOW-regeling heeft gedaan.

[naam 2] heeft in reactie daarop aan [naam 1] gevraagd of, indien NettStaff de vergoeding op grond van de NOW-regeling ontvangt, er afspraken kunnen worden gemaakt over welke betalingen Kroftman aan NettStaff kan doen.

2.8. Bij e-mailbericht van 31 maart 2020 heeft [naam 1] aan Kroftman meegedeeld dat hij contact heeft gehad met NettStaff en dat NettStaff met

Kroftman wil overleggen. Daarbij heeft [naam 1] de gegevens van een contactpersoon bij NettStaff, [naam 3] (hierna: [naam 3]), aan [naam 2] gezonden, met het verzoek contact met hem op te nemen.

2.9. Op 20 april 2020 heeft NettStaff Kroftman in gebreke gesteld voor het niet tijdig betalen van 12 facturen met vervaldata in de periode tussen 20 maart 2020 en 17 mei 2020, voor een totaalbedrag van in totaal € 64.657,70 en haar gesommeerd die facturen te voldoen.

2.10. Bij e-mailbericht van 23 april 2020 heeft [naam 3] aan [naam 2], voor zover van belang, het volgende meegedeeld:

Wij willen graag met onze klanten meedenken, maar voor ons is het ook van groot belang dat we de liquiditeit in orde houden zodat we van alle medewerkers die bij ons in dienst zijn het salaris kunnen blijven betalen. Daarom kunnen we het voorstel doen dat 80% van de factuurbedrag direct betaald wordt en dat de overige 20% in een later stadium na de corona-crisis alsnog wordt voldaan. Wel zullen we de betalingen afboeken op de oudste facturen zodat we de kredietwaardigheid van Kroftman blijven behouden. Ook zullen we de teruggave van de NOW-regeling voor het personeel wat wordt ingeleend door Kroftman retourneren aan Kroftman zodat iedereen aan het werk kan blijven.

2.11. Bij e-mailbericht van 29 april 2020 heeft [naam 2] aan [naam 1] meegedeeld dat hij [naam 3] heeft laten weten dat Kroftman niet akkoord is met het voorstel van NettStaff en dat Kroftman de mensen zelf in dienst gaat nemen en dat [naam 3] hem heeft geadviseerd dit verder met [naam 1] te regelen.

2.12. Per 1 mei 2020 heeft [naam 1] het bij Kroftman werkzame personeel bij een andere back-office-partij, P-services, ondergebracht, waarbij 20% van de loonkosten bij Kroftman in rekening wordt gebracht en P-services 80% van de loonkosten ontvangt volgens de NOW-regeling.

2.13. Bij e-mailbericht van 15 mei 2020 heeft NettStaff [naam 2] bericht dat alle voorgaande voorstellen zijn komen te vervallen en dat NettStaff aanspraak maakt op het volledige openstaande factuurbedrag.

2.14. Bij brief van 10 juni 2020 heeft de toenmalige advocaat van NettStaff Kroftman gesommeerd een openstaand bedrag van € 50.747,98, vermeerderd met rente en incassokosten, te voldoen. Bij

die brief is een concept verzoekschrift strekkende tot faillietverklaring van Kroftman gevoegd.

2.15. Bij brief van 10 juni 2020 heeft de advocaat van Kroftman de incassogemachtigde van NettStaff, kort samengevat, bericht dat Kroftman er bij [naam 1] steeds op heeft aangedrongen dat gebruik dient te worden gemaakt van de NOW-regeling en dat zij bereid is de in te lenen krachten aan het werk te houden, mits een passende regeling voor de te maken loonkosten kan worden overeengekomen, dat andere uitzendbureaus die gebruik maken van deze regeling slechts 20% van de loonkosten in rekening brengen, dat Kroftman reeds 40% van het factuurbedrag aan NettStaff heeft voldaan en dat Kroftman meent dat zij daarmee ruimschoots is tegemoetgekomen aan NettStaff.

2.16. Krachtens daartoe op 22 juni 2020 verkregen verlot van de voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft NettStaff derdenbeslag gelegd ten laste van Kroftman onder [naam 1] en de ABN AMRO Bank.

2.17. Op 8 juli 2020 heeft de Rabobank in opdracht van Kroftman een bankgarantie voor het bedrag van € 65.972,37 gesteld ten gunste van NettStaff.

### 3. Het geschil

3.1. NettStaff vordert, zakelijk weergegeven, dat de voorzieningenrechter, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, Kroftman veroordeelt tot betaling van € 50.747,98, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf de respectievelijke vervaldata van de facturen tot aan de dag van volledige betaling, en € 7.612,20 ter zake van de buitengerechtigde incassokosten, met veroordeling van Kroftman in de proceskosten, waaronder de beslagkosten, en de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2. NettStaff legt aan haar vordering, kort samengevat, ten grondslag dat zij uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst diensten heeft geleverd aan Kroftman en dat Kroftman gehouden is de volledige factuurbedragen te voldoen.

3.3. Kroftman voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### 4. De beoordeling

4.1. Vast staat dat Kroftman uitzendkrachten uit het netwerk van [naam 1] via NettStaff te werk heeft gesteld, dat NettStaff de lonen van deze uitzendkrachten heeft betaald en dat Kroftman in

beginsel gehouden is de hiertoe door NettStaff aan haar gezonden facturen te voldoen. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de facturen vanaf 19 februari 2020 tot en met 7 mei 2020, met vervaldata van respectievelijk 20 maart 2020 tot en met 6 juni 2020, dus de facturen die dateren van net na het begin van de coronacrisis. Voorts staat vast dat Kroftman 40% van het op grond van voormelde facturen verschuldigde aan NettStaff heeft voldaan.

4.2. Kroftman voert aan dat zij direct vanaf het begin van de coronacrisis via [naam 1] bij NettStaff erop heeft aangedrongen om afspraken te maken over de facturering, nu zij zelf geen rechtstreeks beroep op de NOW-regeling kon doen voor de bij haar tewerkgestelde uitzendkrachten. Gelet op de uitlatingen van [naam 1] mocht Kroftman, zo voert zij aan, erop vertrouwen dat partijen een regeling zouden treffen en heeft zij de uitzendkrachten aan het werk gehouden en niet opgezegd. Dat NettStaff nu aanspraak maakt op betaling van het volledige factuurbedrag doet geen recht aan de intenties van de NOW-regeling, aldus Kroftman. Zij voert aan dat in een bodemprocedure zal moeten worden bepaald welk percentage van de facturen van NettStaff in redelijkheid door haar dient te worden voldaan, mede gelet op het feit dat NettStaff aanspraak heeft gemaakt op de NOW-regeling. Kroftman betoogt dat niet aan de vereisten voor toewijzing van een geldvordering in kort geding is voldaan, nu er geen sprake is van een vaststaande vordering en ook een spoedeisend belang bij de vordering niet is aangetoond.

4.3. NettStaff stelt in dit verband dat de NOW-regeling is bedoeld voor partijen die loonkosten moeten maken en omzetverlies lijden ten gevolge van de coronacrisis. NettStaff heeft de loonkosten voor de uitzendkrachten bij Kroftman moeten maken en heeft een omzetverlies geleden van 40-45%. Zij is dus degene die aanspraak kan maken op compensatie op grond van de NOW-regeling en zij kan er niet toe worden verplicht deze tegemoetkoming in de vorm van een korting met haar afnemers te delen, aldus NettStaff. Hoewel zij bereid was Kroftman enigszins tegemoet te komen, zijn partijen er niet in geslaagd afspraken te maken. NettStaff wijst er op dat op grond van de samenwerkingsovereenkomst afwijkende afspraken alleen gelden als deze schriftelijk zijn overeengekomen. Dat is hier niet het geval, aldus NettStaff. Er is volgens haar daarom sprake van een 'harde'

vordering. Zij heeft een spoedeisend belang dat deze vordering wordt voldaan omdat door het uitblijven van de betaling haar liquiditeitspositie op negatieve wijze wordt beïnvloed, aldus NettStaff.

4.4. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, is terughoudendheid op zijn plaats. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

4.5. Tussen partijen is niet in geschil dat de Nederlandse overheid de NOW-regeling in het leven heeft geroepen zodat werkgevers, die te maken hebben met een bepaalde mate van omzetverlies vanwege de coronacrisis, een tegemoetkoming in de loonkosten van de werknemers kunnen krijgen teneinde te voorkomen dat die werknemers worden ontslagen. Voorts is niet in geschil dat ook payrollorganisaties en uitzendbureaus een beroep op deze regeling kunnen doen en dat Kroftman zelf geen aanvraag in het kader van de NOW-regeling kon doen, omdat de uitzendkrachten niet door haar werden verlood maar door NettStaff. Ter zitting is voorts gebleken dat de door NettStaff gedane aanvraag in het kader van de NOW-regeling inmiddels aan haar is toegekend en dat zij een vergoeding op grond van die regeling tegemoet kan zien. De vraag die partijen verdeeld houdt is of Kroftman desondanks gehouden is de volledige loonkosten, die haar door NettStaff in rekening zijn gebracht, te voldoen.

4.6. NettStaff heeft niet weersproken dat [naam 1] feitelijk de uitzendkrachten aan Kroftman leverde en dat NettStaff, als back-office partij van [naam 1], enkel het loon betaalde aan de uitzendkrachten en dit loon met een opslag in rekening bracht bij Kroftman. Evenmin is weersproken dat Kroftman zich al in een vroeg stadium na de Corona-uitbraak tot [naam 1] heeft gewend, teneinde de uitzendkrachten met een beroep op de ophan-den zijnde NOW-regeling zoveel mogelijk in

dienst te houden, dat [naam 1] reeds in maart 2020 in samenwerking met NettStaff een aanvraag voor de NOW-regeling heeft ingediend en dat deze aanvraag inmiddels aan NettStaff is toegekend. De voorzieningenrechter acht daarom niet uitgesloten dat in een bodemprocedure zal komen vast te staan dat NettStaff voor de bij Kroftman tewerkgestelde uitzendkrachten over een bepaalde periode een vergoeding van een deel van de loonkosten (80%) heeft/zal ontvangen via de NOW-regeling. In dat geval zou het niet redelijk zijn dat Kroftman 100% van die loonkosten dient te voldoen aan NettStaff. Dat lijkt niet te stroken met de intenties van de overheid bij het invoeren van de NOW-regeling, namelijk het behoud van werkgelegenheid. NettStaff stelt weliswaar dat de NOW-regeling niet bedoeld is voor een tegemoetkoming in de loonkosten per specifieke werknemer en dat het gaat om het totale pakket aan loonkosten en het verlies aan omzet, maar Kroftman heeft in dat verband erop gewezen dat in de branche uitzend- en payrollorganisaties worden geacht hierover afspraken te maken met de inleener. Dat volgt ook uit het e-mailbericht van NettStaff van 23 april 2020, waarin staat: “Ook zullen we de teruggave van de NOW-regeling voor het personeel wat wordt ingeleend door Kroftman retourneren aan Kroftman zodat iedereen aan het werk kan blijven”. Uit het feit dat de uitzendkrachten, die bij Kroftman werkzaam zijn gebleven, per 1 mei 2020 door [naam 1] zijn ondergebracht bij P-services en daarbij is afgesproken dat bij Kroftman slechts 20% van de loonkosten in rekening worden gebracht, kan opgemaakt worden dat er inderdaad in de uitzendbranche in dit verband onderlinge afspraken worden gemaakt en dat op die manier de NOW-regeling ten goede komt aan de partij die de uitzendkrachten daadwerkelijk aan het werk houdt.

4.7. Het enkele feit dat partijen in de samenwerkingsovereenkomst zijn overeengekomen dat afwijkingen schriftelijk dienen te worden vastgelegd, zoals NettStaff aanvoert, is onvoldoende om dit anders te maken. Kroftman heeft in dit verband onweersproken aangevoerd dat zij steeds heeft verzocht om overleg en een oplossing. Zij had, zo heeft NettStaff evenmin weersproken, de samenwerkingsovereenkomst ook bij aanvang van de coronacrisis kunnen opzeggen om zo het oplopen van hoge kosten te voorkomen, hetgeen zij juist in afwachting van een regeling tussen partijen niet heeft gedaan. Kroftman heeft, in af-

wachting van een reactie van NettStaff, de uitzendovereenkomsten niet opgezegd, hoewel zij daartoe wel het recht had, en heeft derhalve kosten gemaakt die zij anders had kunnen voorkomen. Dat deze kosten volledig voor haar rekening dienen te komen valt naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook niet zonder meer in te zien.

4.8. Dat Kroftman gehouden is het volledige factuurbedrag aan NettStaff te voldoen staat dan ook niet zonder meer vast. In het kader van dit kort geding kan niet vastgesteld worden in hoeverre Kroftman gehouden is de facturen van NettStaff geheel of gedeeltelijk te voldoen. Van een 'harde' vordering, zoals NettStaff stelt en Kroftman betwist, is daarom geen sprake. Daar komt nog bij dat NettStaff het bestaan van een spoedeisend belang bij haar vordering evenmin voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Tegenover het verweer van Kroftman, dat NettStaff in de betreffende branche een grote partij is en dat een vordering als de onderhavige geen groot aandeel van de omzet vormt, heeft NettStaff onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de liquiditeit van haar onderneming op het spel staat en in grote mate afhankelijk is van voldoening van de vordering. NettStaff heeft weliswaar aangevoerd dat sprake is van een omzetverlies van 40-45% als gevolg van de coronacrisis, maar zij heeft dit niet verder onderbouwd. Bovendien heeft Kroftman voor het bedrag van de vordering een bankgarantie gesteld. Daar komt nog bij dat NettStaff een uitkering in het kader van de NOW-regeling nog tegemoet kan zien. Dat een bodemprocedure niet kan worden afgewacht, zoals NettStaff aanvoert, valt dan ook niet in te zien.

4.9. Gelet op het hiervoor overwogene zullen de vorderingen van NettStaff worden afgewezen. NettStaff zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Kroftman worden begroot op:

- griffierecht € 2.042,00
- salaris advocaat 980,00

Totaal € 3.022,00

## 5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt NettStaff in de proceskosten, aan de zijde van Kroftman tot op heden begroot op € 3.022,00.

## NOOT

De vraag in hoeverre afspraken over arbeidsvoorwaarden, zoals loon, bonussen en onkostenvergoedingen, kunnen worden gewijzigd is vanwege de coronacrisis een actueel arbeidsrechtelijk vraagstuk. Cao's en individuele afspraken tussen werkgevers en werknemers, die voorafgaand aan de coronacrisis zijn gesloten, komen hierdoor op losse schroeven te staan. Ook contracten tussen uitzendbureaus of payrollondernemingen met hun opdrachtgevers worden door de economische gevolgen van de coronacrisis geraakt. Veel ondernemingen hebben in de afgelopen periode noodgedwongen hun kantoren moeten sluiten of hun activiteiten moeten staken of drastisch moeten verminderen vanwege de opgelegde overheidsmaatregelen. Hierdoor zijn veel uitzend- en payrollkrachten niet langer inzetbaar bij hun opdrachtgevers. Te denken valt aan uitzend- en payrollkrachten in de horeca-, de catering of de schoonmaaksector. Zowel de inlener als de uitzend- of payrollonderneming lijden hierdoor schade: afgesproken prestaties over de inzet van uitzend- en payrollkrachten kunnen niet langer worden geleverd. Het is onvermijdelijk dat dit, zoals in deze zaak, tot contractuele geschillen leidt als heronderhandeling geen soelaas biedt.

Deze uitspraak is om twee redenen van belang. In de eerste plaats illustreert deze zaak de werking van de loonkostensubsidieregeling van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid ('NOW') en welke negatieve gevolgen deze regeling kan hebben voor de contracten tussen uitzend- en payrollondernemingen en inleners. In de tweede plaats dient de zaak in een breder privaatrechtelijk perspectief te worden geplaatst aangezien het om de wijziging van een bestaand contract gaat. De vraag is dan in hoeverre de NOW-subsidie als een 'voordeel' zou moeten worden opgevat en tot een korting zou moeten leiden op de facturen voor de loonkosten van uitzendondernemingen aan inleners. Deze vraag is in beginsel relevant voor alle contracten die in de uitzendsector met opdrachtgevers zijn gesloten; de uitkomsten zullen steeds afhangen van de gemaakte afspraken over de mogelijkheid tot opzegging en wijziging van het contract. Dit is de eerste uitspraak die expliciet ingaat op deze problematiek. Ik verwacht dat

hierover nog regelmatig in procedures tussen uitzend- en payrollondernemingen en inleners zal worden gestreden. Ook hierin is het bredere belang van deze uitspraak gelegen. Hierna ga ik in op de hiervoor genoemde aspecten.

Voor alle duidelijkheid stel ik voorop dat de onderhavige zaak betrekking heeft op de eerste tranche van de NOW, die vlak na het uitbreken van de coronacrisis is vastgesteld en waarvan de aanvraagtermijn van kracht was van 2 april tot 12 juni 2020 ('NOW-1'). Voor een geslaagd beroep op de NOW-subsidie geldt dat sprake moet zijn van ten minste 20% omzetverlies. Daarnaast geldt als belangrijkste voorwaarde dat de werkgever de loonsom zoveel mogelijk gelijk houdt. UWV is de uitvoerder van de NOW. In de NOW wordt onderscheid gemaakt tussen twee fases voor de aanvraag door de werkgever, namelijk (i) de aanvraag voor de subsidieverlening door middel van een voorschot en (ii) de aanvraag voor subsidievaststelling.

Vanwege de koppeling tussen het omzetverlies en de loonsom gaat de NOW ervan uit dat alleen de *werkgever* de NOW-subsidie kan aanvragen. Daar wringt de schoen: uitzendkrachten zijn niet in dienst van de opdrachtgever, maar van de uitzendonderneming. Opdrachtgevers die omzetverlies lijden (zoals in dit geval Kroftman) en een beroep doen op NOW-subsidie mogen de uitzendkrachten dus niet meetellen voor de aanvraag die zij zelf bij UWV indienen. De uitzendonderneming (in dit geval Nettstaff) zal de NOW-subsidie aanvragen voor alle uitzendkrachten die bij haar in dienst zijn; de subsidietoekenning zal doorgaans niet beperkt zijn tot de personen die bij één specifieke opdrachtgever tewerk zijn gesteld (hetgeen in deze zaak ook door Nettstaff is gesteld). Nettstaff is niet de enige uitzendonderneming die om die reden (loon)kosten in rekening is blijven brengen bij opdrachtgevers; ook andere uitzend- en payrollondernemingen die NOW-subsidie ontvangen, blijken dit te doen. Hierover heeft de vaste commissie voor SZW-vragen gesteld (*Kamerstukken II 2019/20, 35420, nr. 15, p. 6-7 en p. 23*). De Minister van SZW heeft in reactie hierop als standpunt ingenomen dat het in beginsel aan contractspartijen is om hierover nadere afspraken met elkaar te maken. Tevens heeft de minister een oproep aan inleners en uitzend- en payrollondernemingen gedaan om hierover in gesprek te gaan (zie ook: *Aanhangsel Handelingen II 2019/20, nr. 2994*). Het

standpunt van de minister is begrijpelijk: uitgangspunt is immers dat er contractsvrijheid is en contractspartijen zich tot de civiele rechter moeten wenden indien heronderhandeling niet tot een aanvaardbare uitkomst leidt. De NOW is een bestuursrechtelijke subsidieregeling en voorziet niet in de civielrechtelijke gevolgen voor bestaande contracten. Dat neemt niet weg dat, indien het contract tussen de uitzendonderneming en de inlener niet wordt verlengd, uitzendkrachten alsnog hun werk verliezen hetgeen de NOW juist beoogt te voorkomen.

De vraag in hoeverre het redelijk is om, vanwege de NOW-subsidie, korting op tarieven te verdienen voor facturen van de uitzendonderneming is onderwerp van een breder debat in de privaatrechtelijke literatuur over de houdbaarheid van contracten in het licht van de coronacrisis en welke risicoverdeling hier zou moeten worden gehanteerd. In dit debat is tot nu toe door verschillende civilisten gesteld dat voordelen die door ondernemingen van de overheid worden ontvangen, zoals de NOW-subsidie (volledig of voor een deel) in mindering zouden kunnen worden gebracht op de geleden schade (zie hiervoor R.P.J.L. Tjittes, 'Commerciële contracten en corona: uitgangspunt 50/50 verdeling nadeel', gepubliceerd op *LinkedIn* op 17 maart 2020 en H. Schelhaas & J. Spanjaard, 'Contract en coronacrisis', *NJB* 2020/881). Zoals hiervoor gesteld ziet de aanvraag van de NOW-subsidie echter in het geval van uitzend- en payrollondernemingen doorgaans niet op specifieke werknemers maar op alle werknemers die in dienst zijn. Het lijkt mij dan ook op voorhand niet redelijk om de NOW-subsidie in dit geval als een voordeel te zien dat volledig of deels in mindering moet worden gebracht. Ik wijs er ook op dat, aangezien Kroftman de betrokken uitzendkrachten met ingang van 1 mei 2020 inleent van een andere uitzendonderneming, dit voor Nettstaff tot gevolg kan hebben dat het UWV de NOW-subsidie lager vaststelt. De loonsom van Nettstaff daalt hierdoor immers hetgeen doorgaans zal leiden tot een lagere vaststelling van de NOW-subsidie door UWV. Ook om die reden zal het voordeel van Nettstaff bij de NOW-subsidie (afhankelijk van de mate waarin de totale loonsom bij Nettstaff is gedaald) waarschijnlijk moeten worden gerelativeerd. Al deze gezichtspunten zullen in de

bodemprocedure zorgvuldig moeten worden meegewogen.

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