

zal een grote impact hebben op financiële markten. De omvang van een al lang lopend vraagstuk – krijgen pensioenfondsen nog langer uitstel van de verplichting tot centrale clearing van hun derivaten – staat hierdoor eveneens in een ander perspectief.⁷²

6. Ik ben benieuwd of het nieuwe contract óf de verbeterde premiereregeling in meerderheid de voorkeur krijgt. Bedrijfstakpensioenfondsen zullen waarschijnlijk kiezen voor het nieuwe contract omdat die meer mogelijkheden biedt tot herverdeling (door de verplichte solidariteitsreserve) en instandhouding van de verplichtstelling. Ik kan mij voorstellen dat ondernemingen die niet zijn aangesloten bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in meerderheid kiezen voor de verbeterde premiereregeling. Die biedt meer flexibiliteit en is in de 'basisuitvoering' eenvoudiger en beter communicabel.⁷³

7. Het pensioencontract wint aan volledigheid waardoor minder wordt overgelaten aan de discretionaire vrijheid van pensioenfondsen tot herverdeling; de regels van het nieuwe contract zullen de evenwichtige belangenafweging beheersen.⁷⁴ Onder het nieuwe stelsel gaat het pensioenfonds meer lijken op een beleggingsfonds. De uitwerking en de transitie zullen duidelijk maken of het karakter van het pensioenfonds verder van kleur verschiet: van een instelling die solidariteit organiseert naar een financiële onderneming. Dit karakter heeft ook gevolgen voor het pensioen als financieel product en voor het toezicht door de AFM en DNB.⁷⁵ Mij lijkt evident dat zorgplichten in verband met pensioen aan belang winnen.⁷⁶ Het gewicht van de AFM als toezichthouder op pensioenuitvoerders, neemt navenant toe. Dat lijkt mij een goede aanleiding te onderzoeken of de integratie van het pensioentoezicht door de AFM en DNB synergie oplevert. Een mooi onderwerp voor een volgende publicatie ...

Prof. mr. R.H. Maatman⁷⁷

72 Vgl. het consultatiedocument van ESMA d.d. 2 april 2020 met betrekking tot "potential central clearing solutions for Pension Scheme Arrangements", www.esma.europa.eu.

73 R.H. Maatman & S. Leloux, Wet verbeterde premiereregeling, *Ondernemingsrecht* 2017/4.

74 Vgl. art. 105 PW. Zie ook Th. Kocken, Impliciete contracten en houdbaarheid, in: *Onderneming en pensioen*, O&R dl 64, p. 53: "Bij nadere analyse zit het huidige Defined Benefit systeem vol incomplete, niet expliciet gedefinieerde, niet marktconforme, halve afspraken."

75 Vgl. R.H. Maatman, Zonder doel kun je niet sturen. Over pensioenfonds, doelstelling, governance en toezicht, in: J.H. Tamerus & C.W. Van Dedem (red.), *Waar toe zijn pensioenfondsen op aarde?*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

76 Vgl. R.H. Maatman, 'Pensioenfondsen en zorgplichten: uitdijen of indammen?', in: *Zorgplichten in de financiële sector*, Serie O&R (2020), paragraaf 1.4.

77 René Maatman is hoogleraar vermogensbeheer en pensioenvraagstukken aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR), onderdeel van het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht (OO&R), Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat in Amsterdam.

Het bonus- en dividendverbod bij een beroep op de NOW-subsidie

Ondernemingsrecht 2020/123

1. Inleiding

De vraag of het gerechtvaardigd is om bonussen en dividend in coronacrisistijd uit te keren, is een actueel maatschappelijk thema.¹ Dit geldt in het bijzonder voor ondernemingen die een beroep doen op staatssteun, waaronder de huidige loonkostensubsidieregeling ingevolge de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (de "NOW").²

Op grond van de NOW subsidieert de overheid tijdelijk de loonkosten tot maximaal 90% van de loonsom van door de coronacrisis of andere buitengewone omstandigheden getroffen ondernemingen. Hiervoor geldt als eis dat zij ten minste 20% omzetverlies lijden en aan de gestelde NOW-voorwaarden voldoen. Op grond van de eerste tranche van de NOW (de "NOW-1")³ is aan 138.586 ondernemingen subsidie toegekend; hierbij zijn omstreeks 2,5 miljoen werknemers betrokken. Er wordt geschat dat tot en met 12 juni 2020 een totaalbedrag aan voorschotten voor loonkostensubsidie is verstrekt van € 6,2 miljard. Sinds 26 juni 2020 is de tweede tranche van de NOW (de "NOW-2") van kracht; aanvragen hiervoor kunnen in de periode van 6 juli tot en met 31 augustus 2020 worden gedaan.⁴

Een belangrijke voorwaarde bij een beroep op de NOW-subsidie is het verbod over 2020 op uitkering van bonussen en dividend (het "Uitkeringsverbod") aan de Raad van Bestuur, bestuur en directie, en inkoop van eigen aandelen. Ratio van het Uitkeringsverbod is om te voorkomen dat ondernemingen die een beroep doen op de loonkos-

1 Zie recentelijk in dit tijdschrift B. Bier, 'Dividend in coronatijd?', *Ondernemingsrecht* 2020/81.

2 Illustratief is de maatschappelijke ophef over de bonus van de CEO van KLM-Air France en het beroep op de NOW-subsidie door Booking.com. Zie hiervoor bijvoorbeeld: 'Bonus-en dividendverbod bij nieuwe ronde overheidssteun', *FD* 22 april 2020 en 'Bonusrel tast geloofwaardigheid topman Air France-KLM aan', *FD* 23 april 2020. Kamervragen over de voorwaarden voor steun aan bedrijven, waaronder Booking.com zijn gesteld in: *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, nr. 2777.

3 Zie voor de NOW-1 en bijbehorende toelichting: *Stcrt.* 2020, 19874, zoals gewijzigd door *Stcrt.* 2020, 20561, *Stcrt.* 2020, 25372 en *Stcrt.* 2020, 29256. Zie over de NOW ook de bijdrage in dit tijdschrift van J.M. van Slooten, 'De NOW: een loonsubsidie met enkele strategische aspecten', *Ondernemingsrecht* 2020/64, A.M. Helstone, 'Van WTV naar NOW: van werktijdverkortening naar loonkostensubsidie', *ArbeidsRecht* 2020/22 en P.A. Hogewind-Wolters & S.F.H. Jellinghaus, 'De korte weg van werktijdverkortening naar NOW: speed over perfection?', *TAP* 2020/95.

4 Zie hiervoor de toelichting bij de NOW-2 ("Toelichting NOW-2"), p. 12 (*Stcrt.* 2020, 34308). Zie voor een volledig overzicht het NOW-register dat door UWV op 10 juli 2020 is openbaar gemaakt op www.uwv.nl. Deze openbaarmakingsbevoegdheid van UWV volgt uit artikel 10 lid 9 NOW-2.

tensubsidie deze direct of indirect gebruiken voor de uitkering van dividend, bonussen of de inkoop van eigen aandelen en op deze manier kapitaal onttrekken aan de onderneming of het concern.⁵ In dat geval mag, aldus de regering, van ondernemingen die een beroep doen op de NOW-subsidie, worden verwacht dat zij er alles aan doen om hun financiële positie te versterken.⁶ Een verbod op uitkering van bonussen in geval van staatsteun in crisistijd is op zichzelf niet nieuw: in de nasleep van de kredietcrisis is in 2012 een bonusverbod voor staatsgesteunde banken en andere financiële ondernemingen ingevoerd dat bij staatssteun nog steeds geldt.⁷ Ook hier is de ratio van het verbod dat bonussen niet gerechtvaardigd zijn indien gebruik wordt gemaakt van steunmaatregelen.

Op grond van een wijziging in de NOW-1 gold het Uitkeringsverbod aanvankelijk alleen voor ondernemingen die gebruikmaakten van de zogenoemde concern-uitzondering, i.e. indien gebruik wordt gemaakt van de NOW-subsidie voor een werkmaatschappij die ten minste 20% omzetverlies lijdt terwijl het concern minder dan 20% omzetzaling heeft (de "Concern-uitzondering").⁸ Op grond van de NOW-2 geldt het Uitkeringsverbod echter niet alleen voor (i) ondernemingen die vallen onder de Concern-uitzondering (artikel 17 lid 3 NOW-2) maar ook voor (ii) alle ondernemingen die een NOW-aanvraag indienen waarvoor een NOW-voorschot van ten minste € 100.000 wordt ontvangen of waarvoor de totale NOW-subsidie op een bedrag van minimaal € 125.000 wordt vastgesteld (artikel 17 lid 1 NOW-2). Hiermee is de reikwijdte van het Uitkeringsverbod aanzienlijk uitgebreid.⁹

Overtreding van het Uitkeringsverbod heeft voor ondernemingen die een beroep doen op loonkostensubsidie verstrekende gevolgen: bij de definitieve subsidievaststelling door UWV moet de subsidie door UWV op nihil worden vastgesteld (artikel 18 lid 6 sub d NOW-2). De grondslag voor de subsidie komt dan dus volledig te vervallen. Reeds verstrekte voorschotten kunnen bij overtreding van het Uitkeringsverbod worden teruggevorderd op grond van artikel 19 NOW-2. Daarnaast geldt dat, indien na de hiervoor genoemde subsidievaststelling in strijd wordt gehandeld met het doel van de NOW (artikel 3 NOW-2), de hoogte van de definitieve subsidie achteraf door UWV ten nadele van de werkgever kan worden gewijzigd (artikel 20 NOW-2).

Er is dus alle reden om stil te staan bij het Uitkeringsverbod: tot nu toe is dit verbod nog relatief onderbelicht gebleven in de literatuur. Deze bijdrage is hieraan gewijd.¹⁰ Hierna ga ik eerst in op de vraag voor welke ondernemingen het Uitkeringsverbod geldt en in hoeverre het verbod zich binnen een concern uitstrekt tot de moedermaatschappij en andere rechtspersonen. Hierbij besteed ik aandacht aan de verschillen tussen het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 1 NOW-2 en artikel 17 lid 3 NOW-2. Daarna ga ik achtereenvolgens in op de personen en betalingen die onder het Uitkeringsverbod vallen. Ik sta daarbij ook kort stil bij de gevolgen voor (i) reeds vóór 2020 toegekende bonussen en (ii) bestaande bonusafspraken over 2020.

2. Toepassing uitkeringsverbod op ondernemingen: aanvrager, concern-hoofregel en concern-uitzondering

Binnen de wettelijke systematiek van het Uitkeringsverbod geldt op grond van NOW-2 een onderscheid tussen (a) alle ondernemingen die een NOW-aanvraag indienen waarvoor een voorschot van ten minste € 100.000 wordt ontvangen of waarvoor de totale NOW-subsidie op een bedrag van minimaal € 125.000 wordt vastgesteld (artikel 17 lid 1 juncto lid 2 NOW-2) en (b) werkmaatschappijen die gebruikmaken van de Concern-uitzondering (artikel 17 lid 3 NOW-2). Het Uitkeringsverbod van de bepalingen van artikel 17 lid 1 NOW-2 respectievelijk artikel 17 lid 3 NOW-2 kent ieder een eigen parlementaire geschiedenis, ratio en toepassingsbereik. Het is voor zowel de toepassing van de verbodsbepalingen van artikel 17 lid 1 NOW-2 als die van artikel 17 lid 3 NOW-2 niet relevant of het gaat om een Nederlandse of buitenlandse onderneming of groep. Indien een NOW-subsidie wordt aangevraagd door een beroep op de Nederlandse overheid geldt het Uitkeringsverbod van zowel artikel 17 lid 1 NOW-2 als ar-

5 Het Uitkeringsverbod vloeit deels voort uit de aangenomen motie-Jetten c.s. (*Kamerstukken II* 2019/20, 25295, 283) die leidde tot een wijziging van de NOW-1. Ik wijs erop dat de motie Jetten c.s. de regering ook verzocht een verbod over 2021 in te voeren. Het Uitkeringsverbod in de NOW-2 ziet echter uitsluitend op uitkeringen over 2020. In de Toelichting NOW-2 wordt overwogen dat de regering deze beperking van het verbod tot 2020 proportioneel acht (*Stcrt.* 2020, 34308, par. 5 Staatssteun en internationale aspecten, p. 20).

6 Zie de Toelichting NOW-2, p. 16. Verder wijs ik ook op de aanbevelingen van de Europese Commissie over de beperkingen voor dividend, bonussen en inkoop van eigen aandelen in geval van overheidssteun: C (2020) 3156 final.

7 Zie hiervoor de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, *Stb.* 2012, 265, thans in gewijzigde vorm sinds de inwerkingtreding van de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (Wbfo) wettelijk verankerd in artikel 1:128 en artikel 1:129 Wft (Afdeling 1.7.8. Verbod op variabele beloning bij staatssteun). Op dit moment vallen ABN AMRO en De Volksbank onder dit bonusverbod, zo lang de Staat (meerderheids)aandeelhouder is.

8 Voor gebruik van de Concern-uitzondering zijn nadere voorwaarden gesteld. Ik besteed hieraan verder geen aandacht in deze bijdrage. Zie voor een commentaar op (onder meer) de Concern-uitzondering J.P.M. van Zijl, 'Aanpassing NOW', *AR-commentaar* 2020, week 18. In de NOW-1 is de Concern-uitzondering opgenomen in artikel 6a; in de NOW-2 zijn de voorwaarden voor een beroep op de Concern-uitzondering opgenomen in artikel 7.

9 Ondernemingen aan wie een NOW-1 subsidie is verstrekt en die een NOW-2 subsidie aanvragen dienen zich ook aan het Uitkeringsverbod te houden. Zie hiervoor de Toelichting NOW-2, p. 16.

10 Alle andere NOW-onderdelen blijven volledig buiten beschouwing. In de NOW-2 zijn nog enkele andere wijzigingen ten opzichte van de NOW-1 opgenomen zoals bijvoorbeeld het verval van de "50%-ontslagboete" en in plaats hiervan een "5%-ontslagboete", de voorwaarden die gelden voor een bedrijfseconomisch ontslag en een scholingsverplichting.

tikel 17 lid 3 NOW-2, ongeacht of het gaat om een Nederlandse of buitenlandse onderneming of groep. Buitenlandse moedermaatschappijen of groepshoofden zijn derhalve ook gebonden aan deze regels. Ratio is dat een uitzondering voor buitenlandse concerns onwenselijke gevolgen zou hebben en ertoe zou leiden dat deze concerns in een voordeligere positie zouden komen dan Nederlandse concerns en hier een onderscheid zou worden gemaakt naar vestigingsplaats.¹¹

Voor een goed begrip en om de verschillen te duiden ga ik hierna eerst in op de ratio van dit onderscheid tussen ieder van de verbodsbepalingen ex artikel 17 lid 1 en artikel 17 lid 3 NOW-2. Daarbij behandel ik ook het toepassingsbereik van ieder van deze verbodsbepalingen en in hoeverre dit bereik zich uitstrekt tot andere rechtspersonen en de moedermaatschappij of het groepshoofd in concernverband.

2.1 *Onderscheid tussen artikel 17 lid 1 NOW-2 en artikel 17 lid 3 NOW-2*

Het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 1 NOW-2 ziet op iedere “werkgever of rechtspersoon” die een NOW-subsidie aanvraagt voor zover het ex artikel 17 lid 2 NOW-2 gaat om die gevallen waarvoor een NOW-voorschot van minimaal € 100.000 wordt verstrekt of waarvoor de totale NOW-subsidie op een bedrag van minimaal € 125.000 wordt vastgesteld.¹² Deze bedragen gelden ook als minimumgrenzen voor de eis van een accountantsverklaring bij de subsidievaststelling.¹³

Iedere werkgever of rechtspersoon die gebruikmaakt van een NOW-subsidie waarvoor de hiervoor genoemde minimumgrenzen gelden, valt dus in beginsel onder het Uitkeringsverbod. Voor een geslaagd beroep op een NOW-subsidie geldt als belangrijkste eis dat sprake moet zijn van ten minste 20% omzetverlies. Dit omzetverlies wordt in beginsel berekend per rechtspersoon. Voor concerns als bedoeld in artikel 2:24b BW (waarbij rechtspersonen met dochtermaatschappijen in de zin van artikel 2:24a BW gelijk worden gesteld aan een concern) geldt als hoofdregel dat bij de omzet op concernniveau wordt aangesloten (de “Concern-hoofdregel”). Ratio van de Concern-hoofdregel is dat op concernniveau de omzetsdaling en inzet van het personeel samenkomen. Bij de inwerkingtreding van de NOW-1 op 2 april 2020 had deze hoofdregel een absoluut

karakter. Deze regel was echter problematisch voor concerns waarin een noodlijdende individuele werkmaatschappij met ten minste 20% omzetverlies geen beroep kon doen op een NOW-subsidie omdat de andere concernmaatschappijen geen omzetverlies leden.¹⁴

Dit heeft, mede op basis van advies van de Stichting van de Arbeid,¹⁵ tot een wijziging van de NOW-1 geleid en geresulteerd in de Concern-uitzondering: voor aanvragen vanaf 5 mei 2020 geldt dat aan een werkgever c.q. individuele werkmaatschappij, die deel uitmaakt van een groep waarvan de omzetsdaling minder dan 20% is, toch een NOW-subsidie kan worden verstrekt op basis van de omzetsdaling van deze individuele werkmaatschappij. In alle andere gevallen waarin het concern als geheel ten minste 20% omzetverlies lijdt, geldt de Concern-hoofdregel onverkort. In die gevallen kan niet worden teruggevallen op de Concern-uitzondering.

Samenvattend geldt het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 1 NOW-2 dus in beginsel voor iedere werkgever of rechtspersoon die een NOW-subsidie aanvraagt op grond van (i) omzetverlies van de rechtspersoon of (ii) omzetverlies van het concern op grond van de Concern-hoofdregel. Het gaat in alle gevallen in ieder geval om aanvragers die niet onder de Concern-uitzondering vallen: voor de Concern-uitzondering geldt het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 3 NOW-2.

2.2 *Ratio en het verschil in toepassingsbereik van het Uitkeringsverbod binnen concernverband tussen artikel 17 lid 1 en artikel 17 lid 3 NOW-2*

Voor het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 1 NOW-2 geldt dat dit verbod alleen geldt voor de rechtspersoon die de NOW-subsidie aanvraagt (individueel of op grond van de Concern-hoofdregel) en deze rechtspersoon dus zelf geen bonus-of dividendum uitkeringen mag doen. Hoewel de formulering van artikel 17 lid 1 NOW-2 niet in helderheid uitblinkt, wordt dit verduidelijkt in de Toelichting NOW-2:

“Een rechtspersoon mag dus ook geen dividend uitkeren aan aandeelhouders binnen het concern, en geen bonussen uitkeren aan de directie of het management van het concern. Dit ziet dus slechts op de rechtspersoon. De overige rechtspersonen van het concern, mits zij niet zelf ook aanvragen en er geen aanvraag op niveau van de werkmaatschappij wordt gedaan, mogen dit nog wel.”¹⁶

Voor het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 3 NOW-2 geldt dat dit zich verder uitstrekt dan alleen tot de rechts-

11 Toelichting NOW-2, p. 16-17 en 20.

12 Voor alle duidelijkheid: voor het Uitkeringsverbod van de Concern-uitzondering ex artikel 17 lid 3 NOW-2 gelden deze bedragen en minimumgrenzen, zoals verankerd in artikel 17 lid 1 NOW-1 voor de NOW-subsidie niet. Het Uitkeringsverbod voor de Concern-uitzondering geldt dus ongeacht de hoogte van het subsidiebedrag.

13 Zie voor de eis van de accountantsverklaring artikel 16 NOW-2. Het gaat om een goedkeurende verklaring van de accountant die moet voldoen aan artikel 1 Wet op het accountantsberoep, zie hiervoor ook de Toelichting NOW-2, p. 38. Op grond van artikel 18 lid 6 sub b NOW-2 leidt het ontbreken van een goedkeurende verklaring van de accountant tot een nihilstelling van de definitieve subsidie. Dit onderstreept het belang van de accountantsverklaring onder de NOW, ook voor het Uitkeringsverbod.

14 Zie hiervoor ook de (aangenomen) motie Palland c.s. (*Kamerstukken II* 2019/20, 35430, 12).

15 Zie hiervoor de brief van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) d.d. 10 april 2020 (<https://www.stvda.nl/nl/publicaties/nw-werkmaatschappijen>).

16 Zie hiervoor de Toelichting NOW-2, p. 17.

persoon die de NOW-subsidie aanvraagt: het gaat hier immers om de Concern-uitzondering, i.e. de individuele werkmaatschappij die ten minste 20% omzetverlies heeft, maar waarbij de rest van het concern geen 20% omzetting heeft. Ratio van dit ruimere toepassingsbereik is dat een beroep op de Concern-uitzondering een bijzondere solidariteit vraagt van het gehele concern: het concern lijdt immers niet onder minimaal 20% omzetverlies en zou volgens de Concern-hoofdregeel niet in aanmerking komen voor een NOW-subsidie. Om die reden heeft het verbod voor de Concern-uitzondering een breder toepassingsbereik binnen het concern voor (a) uitkering van dividend, inkoop van eigen aandelen en (b) bonussen.¹⁷ Dat licht ik hierna verder toe.

2.3 Concern-uitzondering: verbod dividend en inkoop eigen aandelen voor hele concern

Voor het verbod tot uitkering van dividend en inkoop van eigen aandelen over 2020 geldt dat het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 3 NOW-2 zich uitstrekt tot het hele concern en alle rechtspersonen. De verplichting om over 2020 geen dividend uit te keren en geen eigen aandelen in te kopen geldt dus voor alle rechtspersonen binnen de groep en de moedermaatschappij.

2.4 Concern-uitzondering: verbod bonussen "slechts" voor groepshoofd en verlieslijdende werkmaatschappij

Voor het verbod tot uitkering van bonussen over 2020 geldt dat het Uitkeringsverbod van artikel 17 lid 3 NOW-2 slechts geldt voor de Raad van Bestuur, bestuur en directie van zowel (i) het groepshoofd (of de moedermaatschappij) als (ii) de verlieslijdende werkmaatschappij binnen het concern die de NOW-subsidie aanvraagt.¹⁸

3. Toepassing uitkeringsverbod op personen: wie vallen er onder de reikwijdte van Raad van Bestuur, bestuur en directie?

Artikel 3 NOW-2 bepaalt over het doel van de subsidie dat wordt beoogd de loonkosten te vergoeden "voor zover geen winst of bonussen worden uitgekeerd of eigen aandelen worden aangekocht". In deze doelstellingsbepaling wordt niet nader gepreciseerd ten aanzien van wie het Uitkeringsverbod geldt waardoor dit suggereert dat alle medewerkers onder het Uitkeringsverbod vallen. Zowel in artikel 17 lid 1 als in artikel 17 lid 3 NOW-2 wordt uitsluitend verwezen naar de "Raad van Bestuur, bestuur en directie"; het verbod strekt zich dus niet uit tot het overige

personeel. De Toelichting NOW-2 bevestigt dit.¹⁹ Hoewel deze in de NOW-2 gehanteerde begrippen op het eerste gezicht hoofdzakelijk lijken te wijzen op statutair bestuurders binnen de verschillende rechtspersonen in een concern, blijkt uit de Toelichting NOW-2 dat deze begrippen "breed" moeten worden opgevat. Dat verklaart waarom niet simpelweg in de bepalingen van het Uitkeringsverbod is gekozen voor het begrip "statutair bestuurder". In de Toelichting NOW-2 wordt overwogen dat de registratie in de Kamer van Koophandel niet doorslaggevend is, ook niet of de betrokken personen tekeningsbevoegd zijn en welke interne benaming of functietitel aan deze personen is gegeven en ook ongeacht of de betrokken persoon al dan niet tijdelijk zitting heeft in het bestuur, directie of management. DGA's, bestuurders en andere directieleden vallen er volgens de Toelichting NOW-2 in ieder geval onder.²⁰

Om vast te stellen wie onder het Uitkeringsverbod vallen, zal per onderneming steeds een analyse moeten worden gemaakt. Leidend is volgens de Toelichting NOW-2 het uitgangspunt dat bestuursleden, directieleden of het management die "het beleid bepalen" onder de reikwijdte van het Uitkeringsverbod vallen. Gelet hierop ligt het voor de hand dat de reikwijdte van personen is beperkt tot degenen die eindverantwoordelijk zijn voor het beleid binnen de onderneming. In de praktijk zal dit betekenen dat binnen grotere ondernemingen waar zowel een *Executive Board* van statutair bestuurders als een *Executive Committee* van niet-statutair bestuurders functioneert, al deze personen mogelijk onder het Uitkeringsverbod zullen vallen. Dat zal in de regel weer niet gelden voor leden van managementteams die aan de *Executive Board* en *Executive Committee* rapporteren als zij slechts operationele verantwoordelijkheden hebben. Het is moeilijk voorstelbaar dat ook zij naast de *Executive Board* en het *Executive Committee* kwalificeren als diegenen die het beleid bepalen in de betekenis van de NOW-2. Al met al zou de groep die onder de begrippen "Raad van Bestuur, bestuur en directie" valt in mijn ogen dus beperkt moeten zijn.

Ik vat de hiervoor genoemde overweging uit de Toelichting NOW-2 dat de reikwijdte "breed" moet worden uitgelegd dan ook zo op dat de regering misbruik en ontduiking, door bepaalde personen doelbewust buiten het Uitkeringsverbod te houden door omzeilingsconstructies, bijvoorbeeld door hen tijdelijk een andere functietitel te geven of te ontheffen uit het statutair bestuurderschap, terwijl zij feitelijk als directeur verantwoordelijk zijn voor het beleid, wil tegengaan.

¹⁷ Zie hiervoor de Toelichting NOW-2, p. 17.

¹⁸ Zie hiervoor de Toelichting NOW-2, p. 36. Ik wijs hier ook op de schriftelijke verklaring die nodig is van het groepshoofd of de moedermaatschappij ex artikel 17 lid 5 NOW-2. Deze moet namelijk instemmen met de verplichtingen onder artikel 17 lid 3 NOW-2. Deze schriftelijke verklaring moet voorafgaand aan de subsidieaanvraag zijn verkregen. Zie hiervoor de Toelichting NOW-2, p. 36.

¹⁹ Zie voor de uitsluiting van overig personeel van het Uitkeringsverbod de Toelichting NOW-2, p. 17: "Het strekt zich niet uit tot het overige personeel dat in het bedrijf werkzaam is en dat mogelijk variabel beloond wordt via bonussen."

²⁰ Toelichting NOW-2, p. 17.

4. Op welke uitkeringen ziet het verbod?

Voor het dividendverbod geldt dat alle dividend- en winstuitkeringen hieronder vallen, zowel binnen de groep als aan aandeelhouders en derden, zoals de Staat, overheden of de natuurlijke personen achter de ondernemingen.²¹ Ten aanzien van het bonusverbod is geen nadere invulling gegeven aan de reikwijdte hiervan anders dan dat het verbod beperkt is tot de *“bonussen en winstdelingen die worden uitgekeerd”*.²² Gelet op de NOW-doelstelling van het Uitkeringsverbod zal het gaan om alle vormen van variabele beloning. Relevant is dat het Uitkeringsverbod (zowel in artikel 17 lid 1 als in artikel 17 lid 3 NOW-2) verwijst naar de periode *“over 2020”*. Uit de Toelichting NOW-2 volgt dat het gaat om het uitkeren van dividend en bonussen over 2020, waarover in de jaarvergadering van 2021 zal worden beslist.²³

De vraag rijst vervolgens of dividend en bonussen die reeds vóór 2020 zijn toegekend kunnen worden uitgekeerd. De Toelichting NOW-2 is op dit onderdeel niet geheel duidelijk. Dividend en bonussen over 2019 die in 2020 worden uitgekeerd vallen volgens de Toelichting NOW-2 namelijk buiten het Uitkeringsverbod omdat de *“beslissingen daarover al genomen zijn”*.²⁴ Ratio hiervan zal zijn dat het gaat om onvoorwaardelijke toekenningen. De jaarlijkse bonus over 2019 valt dan dus buiten het Uitkeringsverbod. Hoe te denken over een langetermijnbonus die al verder in het verleden was toegekend, maar waarvan de betaling tot 2020 is uitgesteld? Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan langetermijnbonusplannen, waarin een bonus al is toegekend in de jaren vóór 2020 maar vervolgens in delen wordt opgebouwd en delen hiervan pas in 2020 worden uitgekeerd.²⁵ In beginsel lijkt de tekst van artikel 17 lid 1 NOW-2 en van artikel 17 lid 3 NOW-2 absoluut: het gaat om een verbod tot uitkering over 2020. De Toelichting NOW-2 lijkt echter reeds bestaande toekenningen van vóór 2020 te respecteren, ook als die in 2020 worden uitgekeerd, voor zover beslissingen hierover al genomen zijn. In geval van een LTIP zou dan op basis van dezelfde redenering in beginsel kunnen worden verdedigd dat uitkering in 2020 is gerechtvaardigd voor zover de beslissingen over de toekenningen reeds vóór

2020 hebben plaatsgevonden. Dit veronderstelt dat de opbouw en uitkering van het LTIP in 2020 niet afhankelijk zijn gesteld van specifieke voorwaarden (bijvoorbeeld winst, omzetsijging, bijzondere prestaties van de bestuurder) waarover nog steeds inhoudelijk moet worden beslist in 2020 en op basis waarvan de bonusbedragen die tot uitkering komen in 2020 naar beneden kunnen worden bijgesteld. In dat geval kan immers niet worden betoogd dat de *“beslissingen daarover al genomen zijn”* zoals overwogen in de Toelichting NOW-2 en zullen deze betalingen onder het Uitkeringsverbod vallen. In dat geval zouden de absolute uitleg en werking van het verbod tot uitkering over 2020 moeten gelden. Deze absolute benadering voor langetermijnbonusplannen volgen ook de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) en het Ministerie van SZW: volgens de op 14 juli 2020 gepubliceerde FAQ's dient het deel van de langetermijnbonus dat betrekking heeft op 2020 te vervallen en kan dit niet worden uitgekeerd.²⁶ Voor de goede orde wijs ik hier voor het Uitkeringsverbod ook op het belang van de eis van de goedkeurende verklaring van de accountant en het risico op subsidieverlies: indien de accountant bij controle van betalingen onder het Uitkeringsverbod niet bereid is tot goedkeuring, zal dit bij de definitieve subsidievaststelling op grond van artikel 18 lid 6 sub b NOW-2 tot een nihilstelling van de subsidie leiden.²⁷

Dan nog enkele opmerkingen over de civielrechtelijke gevolgen voor bestaande bonusafspraken over het lopende jaar 2020. De NOW-subsidieregeling is een ministeriële regeling en geen formele wet: overtreding hiervan heeft dus in beginsel alleen bestuursrechtelijke gevolgen (subsidieverlies) voor de ondernemingen die de NOW-subsidie hebben aangevraagd. Deze gevolgen voor de subsidie staan dus geheel los van de civielrechtelijke implicaties voor bestaande afspraken die met een bestuurder zijn gemaakt over bonussen voor 2020. Deze afspraken zullen moeten worden herzien en gewijzigd in overeenstemming met het arbeidsrechtelijke wijzigingskader indien de onderneming de volledige NOW-subsidie achteraf niet wil verliezen. Hoewel er gegeven de belangen bij de NOW-subsidie een redelijke grondslag voor wijziging van bestaande afspraken bestaat, is echter niet uitgesloten dat nakoming van deze afspraken alsnog (deels of volledig)

21 Toelichting NOW-2, p. 16. Ik wijs er nog op dat artikel 17 lid 4 NOW-2 een uitzondering bevat op de verplichting om geen dividend uit te keren voor het geval er een wettelijke verplichting geldt om winst uit te keren of een verplichting ingevolge een vaststellingsverklaring met de Belastingdienst. Het gaat om uitzonderingsgevallen waarin een verplichting op grond van de wet of regeling met de Belastingdienst tot winstuitkering bestaat, bijvoorbeeld bij fiscale beleggingsinstellingen.

22 Toelichting NOW-2, p. 16-17.

23 Voor ondernemingen met een gebroken boekjaar is in een bijzondere regeling voorzien in artikel 17 lid 6 NOW-2: deze komt erop neer dat het Uitkeringsverbod dan geldt voor het boekjaar waarin de maanden juni, juli, augustus en september 2020 vallen. Indien er twee boekjaren in die periode vallen, geldt de verplichting voor beide boekjaren. Zie hiervoor de Toelichting NOW-2, p. 17.

24 Toelichting NOW-2, p. 16.

25 In de praktijk wordt voor een langetermijnbonusplan ook wel verwezen naar een *long term incentive plan* (LTIP).

26 Zie hiervoor het antwoord op FAQ 32a (p. 15) in de Afstemming FAQ's NOW-regeling tussen NBA en SZW ten aanzien van Concernbegrip (<https://www.nba.nl/globalassets/nba-helpt/faqs-concernbegrip-websiteversie-tbv-pdf-incl.-34-en-wijz.-vraag-27-20-en-8.pdf>): “Het deel van de meerjarenbonus dat betrekking heeft op 2020 dient in dat geval te vervallen en kan niet worden uitgekeerd aan bestuur en/of directie. De opbouw voor 2020 mag niet plaatsvinden en dus ook niet uitgekeerd worden.” De FAQ's zijn relevant in verband met het accountantsprotocol en de standaarden die door de NBA en het Ministerie van SZW worden opgesteld voor de accountantscontrole onder de NOW.

27 Voor alle duidelijkheid: voor het Uitkeringsverbod van de Concern-uitzondering ex artikel 17 lid 3 NOW-2 gelden deze bedragen en minimumgrenzen, zoals verankerd in artikel 17 lid 1 NOW-1 voor de NOW-subsidie niet. Het Uitkeringsverbod voor de Concern-uitzondering geldt dus ongeacht de hoogte van het subsidiebedrag.

door bestuurders kan worden afgedwongen bij de civiele rechter. Ook tijdens de kredietcrisis zijn in de rechtspraak bonusvorderingen toegewezen ondanks een beroep op staatssteun.²⁸ Een beroep op het Uitkeringsverbod zal dus niet per definitie leiden tot een afwijzing van een bonusvordering bij de civiele rechter.

5. Ter afsluiting

Het Uitkeringsverbod heeft een breed toepassingsbereik en is verstrekend: bij overtreding volgt subsidieverlies. Ik wijs hier ook nog op de openbaarmaking van de namen, vestigingsplaats, verstrekte voorschotten en vastgestelde subsidies in het register NOW van UWV waarmee iedere onderneming die een beroep doet op NOW-subsidie geacht wordt te hebben ingestemd (artikel 10 lid 9 NOW-2):²⁹ de gevolgen van de mogelijke reputatieschade die dit met zich brengt zullen scherp voor ogen moeten worden gehouden. Zorgvuldigheid is dus geboden voor alle ondernemingen die een NOW-subsidie aanvragen en voor wie het Uitkeringsverbod geldt.

Mogelijk zal de duur van het Uitkeringsverbod verder worden uitgebreid tot en met 2021 bij een nieuwe verlenging en een derde tranche van de NOW; het politieke debat hierover wordt onverminderd voortgezet.³⁰ De verwachting is dat over een eventuele nieuwe verlenging van de NOW uiterlijk vóór Prinsjesdag 2020 een beslissing zal worden genomen

*Mr. drs. A.M. Helstone*³¹

²⁸ Zie bijvoorbeeld SNS Reaal die geen bonussen mocht korten ondanks de nationalisatie door de staat (Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:891).

²⁹ Op 10 juli 2020 zijn de eerste NOW-voorschotten die zijn verstrekt onder de NOW-1 openbaar gemaakt en deze zijn in het NOW-register van UWV te raadplegen, zie ook voetnoot 4.

³⁰ Zie hiervoor de (verworpen) motie van Kox c.s. over het niet-uitkeren door ondernemingen van bonussen en dividenden in 2020 en 2021 (*Kamerstukken I* 2019/20, 35473, D) en de (verworpen) motie van Jasper van Dijk over het niet uitkeren van bonussen en dividend als voorwaarde voor de verlengde NOW-regeling (*Kamerstukken II* 2019/20, 35473, 19).

³¹ Astrid Helstone is advocaat te Amsterdam.