

Van WTV naar NOW; van werktijdverkorting naar loonkostensubsidie

ArbeidsRecht 2020/22

Het kan verkeren in het arbeidsrecht: 2020 zou hét jaar worden van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab), de compensatie van de transitievergoeding bij arbeidsongeschiktheid en de normalisering van de rechtspositie van ambtenaren. Nu dient zich als gevolg van de sociaaleconomische impact van de coronapandemie regelgeving van een volstrekt andere orde aan. Deze ontwikkelingen leidden in de afgelopen periode tot 17 maart 2020 tot een explosief aantal aanvragen bij UWV² voor een ontheffing van het verbod op werktijdverkorting op grond van artikel 8 lid 3 BBA (“WTV”). De WTV werd, gelet op de urgentie en ontwikkeling van de coronapandemie, echter door de regering niet langer passend geacht en deze is daarom met ingang van 17 maart 2020, 18:45 uur ingetrokken.³ In plaats daarvan verscheen de NOW.

1. NOW

Bij de intrekking van de WTV is tegelijkertijd aangekondigd dat een noodfonds voor een tijdelijke tegemoetkomingsregeling voor de loonkosten van werkgevers zou worden ingevoerd. Thans heeft dit noodfonds een basis gekregen in de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (“NOW”) die op 2 april 2020 van kracht is geworden.⁴ De NOW voorziet in een tegemoetkoming in de loonkosten aan werkgevers in geval van een acute en zware terugval in de omzet van ten minste 20%. Op deze manier maakt de NOW mogelijk dat werkgevers hun werknemers zoveel mogelijk in dienst houden voor de uren die zij werkten voordat sprake was van die zware terugval.⁵

1 Mr. drs. A.M. Helstone is advocaat en partner bij Stibbe. De tekst van deze bijdrage is door de auteur afgesloten op 6 april 2020. Zij is hierbij uitgegaan van de geconsolideerde versie van de tekst van de NOW met drie technische aanpassingen die op 3 april 2020 is gepubliceerd. Geen rekening is gehouden met eventuele ontwikkelingen of wijzigingen die vanaf 6 april 2020 in de NOW zijn aangebracht. Wel zijn in de drukproefversie op 28 april 2020 enkele tekstuele wijzigingen en aanscherpingen aangebracht door de auteur ten opzichte van de eerder geplaatste online versie.

2 Naar verluidt gaat het om 55.000 aanvragen voor bijna 800.000 werknemers.

3 Beleidsregel van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, houdende de beëindiging van de mogelijkheid tot ontheffing van het verbod op werktijdverkorting (Stcrt. 2020, 17126). Zie ook de brief over het Noodpakket banen en economie in verband met de uitbraak van het coronavirus (Kamerstukken I 2019/20, 35420, A).

4 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vaststelling van een tijdelijke subsidieregeling tegemoetkoming in de loonkosten teneinde de werkgelegenheid onder buitengewone omstandigheden te behouden (Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid), (Stcrt. 2020, 19874, zoals gewijzigd door Stcrt. 2020, 20561).

5 Zie voor het doel van de subsidieverstrekking art. 3 NOW.

Deze bijdrage bevat een eerste verkenning van de arbeidsrechtelijke implicaties⁶ die van belang zijn voor de aanvraag van de NOW.⁷ Ik ga hierna eerst in op de belangrijkste verschillen tussen de WTV en de NOW. Daarna bespreek ik de aanvraagprocedure en de rechtsbescherming onder de NOW. Hierbij besteed ik ook aandacht aan de relevante aandachtspunten uit de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”). Dit uitstapje naar het bestuurs(proces)recht is nodig aangezien de NOW als een subsidieregeling kwalificeert. Daarna licht ik de reikwijdte, de toegang en de kernvariabelen toe die de NOW-subsidie bepalen. Tot slot sta ik stil bij de belangrijkste verplichtingen van de werkgever onder de NOW. Waar mogelijk verwijs ik hierna steeds naar de toelichting op de NOW (“Toelichting”).⁸

2. Van WTV naar NOW: belangrijkste verschillen en overgangsmaatregelen voor samenloop

Met de NOW wordt een sterke vereenvoudiging ten opzichte van de oude regeling van de WTV beoogd; gelet op de huidige nood situatie is het kerndoel een snelle en simpele regeling te realiseren die de effecten van het omzetverlies tijdelijk dempen.

De belangrijkste verschillen tussen de WTV en de NOW zijn de volgende. Voor de WTV⁹ werd als kerncriterium een vermindering van ten minste 20% van de inzetbare arbeidscapaciteit gehanteerd. Voor de NOW geldt als vereiste een omzetzaling van minimaal 20%. Bij de WTV bestond een rechtstreekse koppeling met de Werkloosheidswet (WW). Bij de NOW gaat het om een subsidie waarbij het loon dient te worden doorbetaald door de werkgever en is de subsidie

6 Ik streef met deze bijdrage, gelet op de korte termijn waarbinnen de NOW tot stand is gekomen, geen volledigheid na. Hiervoor wijs ik erop dat op 3 april 2020 al technische aanpassingen in de NOW zijn aangebracht. Zie voor een toelichting op deze aanpassingen de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (Stcrt. 2020, 20561). Niet kan worden uitgesloten dat na de afsluiting van deze bijdrage vanaf 6 april 2020 nieuwe wijzigingen worden aangebracht. Het gaat in deze bijdrage dus nadrukkelijk om eerste bevindingen van de belangrijkste aandachtspunten.

7 Deze bijdrage beperkt zich tot de NOW. Ik wijs erop dat het noodpakket van de regering breder is en zich uitstrekt tot andere noodmaatregelen zoals een tijdelijke overbruggingsregeling voor zzp-ers, fiscale maatregelen die zien op bijzonder uitstel van betaling van belastingen en andere tijdelijke steunmaatregelen. Al deze andere maatregelen blijven buiten beschouwing van deze bijdrage.

8 In de tekst verwijs ik omwille van de leesbaarheid naar de “Toelichting”. De uitvoerige toelichting is gepubliceerd op 31 maart 2020: zie hiervoor Kamerstukken II 2019/20, 35420, 8 (in de voetnoten wordt hiervoor verwezen naar “Toelichting NOW”). Voor de nadere toelichting verwijs ik naar de toelichting bij Stcrt. 2020, 19874, zoals gewijzigd door Stcrt. 2020, 20561 (in de voetnoten wordt hiervoor verwezen naar “Nadere Toelichting NOW”).

9 Zie ook W.A. Zondag, *Werktijdverkorting: over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

losgekoppeld van de WW. Dat heeft tevens als voordeel voor de werknemer dat zijn rechten uit hoofde van de WW, anders dan onder de WTV, niet worden opgesoupeerd. Tot slot is de initiële duur van een subsidie die wordt verleend onder de NOW langer, te weten drie maanden terwijl de initiële termijn voor de WTV op zes weken was vastgesteld.

Wat betekent de NOW voor (i) bestaande aanvragen én (ii) verkregen toestemmingen voor de WTV? De WTV is met ingang van 17 maart 2020, 18:45 uur (“**Peildatum**”) ingetrokken. De implicaties voor bestaande aanvragen voor WTV waarop (i) nog niet op de Peildatum en (ii) reeds voorgegaan aan de Peildatum door UWV was beslist, zijn als volgt.

Voor bestaande aanvragen waarvoor op de Peildatum nog niet was beslist geldt dat deze vanaf de Peildatum als aanvragen onder de NOW worden aangemerkt en behandeld (artikel 2 lid 3 NOW).¹⁰ Beoogd wordt dat UWV deze werkgevers zal verzoeken om aanvullende informatie te overleggen zodat de aanvraag voldoet aan de voorwaarden onder de NOW.¹¹ Het verdient uiteraard aanbeveling voor deze werkgevers om hun aanvragen proactief aan te vullen met de voor de NOW relevante informatie.

Voor bestaande aanvragen waarvoor reeds WTV was verleend op de Peildatum geldt dat de WTV doorloopt, maar dat deze ontheffing niet meer kan worden verlengd. De NOW vervangt vanaf de Peildatum dus volledig de WTV. Het is dan ook, aangezien het om verschillende regelingen met verschillende grondslagen gaat, voor deze werkgevers wel mogelijk om een beroep te doen op de NOW. Hierbij is onderkend dat sprake kan zijn van samenloop tussen de NOW-loonkostensubsidie en de WTV: bij de subsidievaststelling zal de laatste WTV-betaling in mindering worden gebracht op de loonsom in de periode van maart tot en met mei 2020. Op deze manier wordt in geval van samenloop tussen de WTV en de NOW voorkomen dat sprake is van dubbele overheidsfinanciering.¹²

3. Plaats en duiding, procedure aanvraag NOW en rechtsbescherming

De NOW is een subsidieregeling die is gebaseerd op een dubbele wettelijke grondslag, namelijk die van (i) de Kaderwet SZW-subsidies (“**Kaderwet**”) en (ii) de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (“**Wet SUWI**”).¹³ De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is het bevoegde bestuursorgaan maar heeft voor de uitvoering

van de NOW mandaat verleend aan UWV die de aanvragen onder NOW beoordeelt.¹⁴ Voor een goed begrip van de reikwijdte van de NOW is van belang voor ogen te houden dat, hoewel de coronapandemie de directe aanleiding is voor de NOW, de subsidie niet alleen beschikbaar is voor werkgevers die een omzetzaling hebben vanwege de coronapandemie opgelegde maatregelen. Ook andere buitengewone omstandigheden (mits aan de in de NOW genoemde voorwaarden wordt voldaan) komen in beginsel voor subsidie onder de NOW in aanmerking. Hierbij kan worden gedacht aan een brand in het bedrijf van de werkgever.¹⁵

3.1 Aanvraagperiode en onderscheid subsidieverlening en subsidievaststelling

De regeling van de NOW geldt van 2 april 2020 tot 1 augustus 2021 (artikel 20 lid 1 en lid 2 NOW). Op grond van artikel 8 lid 2 NOW en de bekendmaking van UWV op 3 april 2020 geldt dat vanaf 6 april 2020 aanvragen voor subsidie kunnen worden ingediend tot en met 31 mei 2020.¹⁶ De aanvraag dient elektronisch te worden ingediend tenzij op de website van UWV bekend wordt gemaakt dat een schriftelijke subsidieaanvraag ook mogelijk is (artikel 8 lid 7 NOW).¹⁷ Vóór 1 juni 2020 zal de regering een besluit nemen of de NOW met een extra periode van drie maanden moet worden verlengd. Voor verlenging kunnen nadere voorwaarden aan de NOW worden toegevoegd. Deze nadere voorwaarden kunnen bijvoorbeeld zien op de hoogte van de subsidie, op afspraken met een werknemersvertegenwoordiging of een scholingsverplichting.¹⁸

In de NOW wordt onderscheid gemaakt tussen twee fases voor aanvragen door de werkgever, i.e. (a) de aanvraag voor de **subsidieverlening (artikel 8 NOW)** en (b) de aanvraag voor de **subsidievaststelling (artikel 14 NOW)**. Beslissingen van UWV op deze aanvragen worden aangemerkt als een besluit onder de Awb.¹⁹ De NOW kent hierbij twee beslistermijnen voor beide aanvraagfases, namelijk (a) een beslistermijn van 13 weken voor **subsidieverlening** (ex artikel 9 lid 1 NOW) en (b) een beslistermijn van 52 weken voor **subsidievaststelling** (ex artikel 14 lid 4 NOW).

3.2 Subsidieverlening: artikel 8 NOW en voorschot

Artikel 8 NOW bevat de eisen voor de aanvraag voor de subsidieverlening. Er geldt een beslistermijn van 13 weken voor UWV na ontvangst van de volledige aanvraag (artikel 9 lid 1 NOW). Volgens de Toelichting moet UWV er in de praktijk naar streven om na ontvangst van de volledige aan-

10 Voor de goede orde wijs ik erop dat art. 2 lid 3 NOW refereert aan aanvragen WTV “waarop voor de datum van inwerkingtreding van deze regeling nog niet is beslist”. De datum van inwerkingtreding van de NOW is 2 april 2020; strikt genomen is volgens lezing van de tekst dat dus niet de Peildatum. Uit de Toelichting NOW, p. 19, volgt echter wel dat dat de bedoeling is dat de Peildatum hier leidend is. Dat is in beginsel ook te billijken nu vanaf dat tijdstip de NOW voorzienbaar was.

11 Toelichting NOW, p. 19 en zie ook art. 4:5 Awb.

12 Toelichting NOW, p. 19-20.

13 Zie hiervoor art. 32d lid 2 Wet SUWI.

14 Art. 17 NOW.

15 Toelichting NOW, p. 11.

16 Aanvankelijk was op 31 maart 2020 nog onzeker of UWV voor de uitvoering erin zou slagen om 6 april 2020 als startdatum te hanteren voor aanvragen onder de NOW, vandaar dat in art. 8 lid 2 NOW is opgenomen dat een aanvraag voor subsidie zou kunnen worden ingediend vanaf 14 april 2020, “...of een eerder tijdstip, dat bekend gemaakt wordt via www.uwv.nl...[...]”.

17 Zie hiervoor art. 2 lid 2 NOW: mededelingen door UWV worden gedaan via www.uwv.nl.

18 Toelichting NOW, p. 18.

19 Meer specifiek gaat het om een beschikking. Zie hiervoor art. 1:3 lid 1 en lid 2 Awb.

vraag binnen twee tot vier weken een voorschot ter hoogte van 80% van de subsidie te verstrekken en aan de werkgever uit te betalen.²⁰ Ook het besluit tot het verlenen van een voorschot is een besluit in de zin van de Awb.²¹ Dit besluit wordt door UWV tegelijkertijd met de subsidiebeschikking genomen (artikel 9 lid 2 sub b NOW). Verstrekking van het voorschot wordt gerealiseerd in ten hoogste drie termijnen (artikel 11 lid 3 NOW). Doel van het voorschot is om het liquiditeitsstekort van de werkgever als gevolg van het omzetverlies tijdelijk te dichten en zo te voorkomen dat het loon van werknemers niet kan worden doorbetaald.

Betaling van het voorschot kan door UWV worden opgeschort (artikel 12 NOW) als sprake is van een ernstig vermoeden dat de werkgever niet voldoet aan zijn verplichtingen onder de NOW of als een melding van de werkgever hiertoe aanleiding geeft.²²

3.3 *Subsidievaststelling: artikel 14 NOW*

De werkgever dient vervolgens binnen 24 weken (artikel 14 lid 1 NOW) na afloop van de (aaneengesloten) periode waarin de omzetsdaling heeft plaatsgevonden, een aanvraag te doen voor de subsidievaststelling. Hierbij zal door UWV binnen 52 weken²³ (artikel 14 lid 4 NOW) de definitieve hoogte van de subsidie worden vastgesteld op basis van de definitieve gegevens van de omzetsdaling van de werkgever, een accountantsverklaring²⁴ en een verklaring dat door de werkgever is voldaan aan alle overige voor de subsidie geldende verplichtingen.

Voor de subsidievaststelling zal dus door UWV worden getoetst hoe groot de omzetsdaling daadwerkelijk is geweest en of en zo ja, in hoeverre door de werkgever is voldaan aan de overige voor de subsidie geldende verplichtingen. Bij de afrekening door UWV kan sprake zijn van terugvordering²⁵ (het voorschot was aanvankelijk te hoog en/of de werkgever heeft niet of niet geheel aan de relevante verplichtingen onder artikel 13 NOW voldaan) of juist nabetaling (het voorschot was aanvankelijk te laag). Daarnaast kan de subsidievaststelling worden ingetrokken of gewijzigd door UWV ingeval op enig moment achteraf blijkt dat de werkgever door zijn handelen of nalaten in strijd heeft gehandeld met de NOW (artikel 16 NOW). Ratio hiervan is om misbruik en oneigenlijk gebruik van de NOW te voorkomen.²⁶ Het gaat daarbij nadrukkelijk niet om aspecten die bij de beslissing voor de subsidievaststelling al door UWV zijn meegewogen maar om feiten en omstandigheden die pas daarna aan het

licht zijn gekomen.²⁷ Hierbij kan worden gedacht aan vervalsing van de cijfers van de omzetsdaling.

3.4 *Weigeringsgronden (artikel 5 NOW juncto artikel 4:35 lid 1 en lid 2 Awb)*

Artikel 5 NOW bevat de weigeringsgronden voor de subsidieverlening. In ieder geval zal de aanvraag worden geweigerd indien niet wordt voldaan aan het kerncriterium van de NOW, i.e. het minimum percentage van 20% omzetsdaling is niet of onvoldoende aannemelijk gemaakt.²⁸ Daarnaast volgt weigering van de subsidieverlening ingeval het rekeningnummer dat bij de aanvraag is opgegeven niet correspondeert met het loonheffingsnummer van de werkgever en de daaraan verbonden rekeninggegevens, geen loongegevens beschikbaar zijn over – kort gezegd – november 2019 of januari 2020²⁹, of ingeval de aanvraag “*anderszins niet voldoet aan de in deze regeling gestelde eisen*”. Bij deze laatste weigeringsgrond zal in ieder geval moeten worden gedacht aan aanvragen die niet voldoen aan de eisen die bijvoorbeeld worden gesteld in artikel 8 NOW.

De weigeringsgronden van artikel 5 NOW kwalificeren als aanvulling op de algemene weigeringsgronden van artikel 4:35 lid 1 en lid 2 Awb. Hieruit volgt onder meer dat een aanvraag in ieder geval moet worden geweigerd in geval van een failliet- of surseance verklaring of de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling, of verzoek daartoe. Noodlijdende ondernemingen voor wie daadwerkelijk insolventie dreigt zullen dus geen rechten kunnen ontlenen aan de NOW.

3.5 *Rechtsbescherming*

Indien de werkgever het niet eens is met de beslissing van UWV, staat bezwaar en beroep open. De bezwaarprocedure vindt plaats bij UWV (die gemandateerd is om de NOW uit te voeren); het beroep tegen de beslissing op het bezwaar bij de rechtbank. In de Toelichting is de vraag opgeworpen welke rechter in hoger beroep bevoegd is om over geschillen tussen de werkgever en de NOW te oordelen. In de Toelichting is geconcludeerd dat dit niet de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de “**RvS**”) is maar de Centrale Raad van Beroep (“**CRvB**”).³⁰ In de Toelichting is hiervoor aangesloten bij de laatste uitspraak van de RvS uit 2018.³¹ De uitkomst was dat “*nu het bestreden besluit [van UWV, **toevoeging AH**] zich naar onderwerp en strekking niet onderscheidt van door het UWV genomen besluiten ter zake*

20 Toelichting NOW, p. 19.

21 Zie opnieuw art. 1:3 Awb.

22 Het gaat om de verplichtingen uit hoofde van art. 13 sub a en sub c tot en met j NOW.

23 Aanvankelijk was een vaststellingstermijn van 22 weken opgenomen; deze termijn is op 3 april 2020 verruimd naar 52 weken om zorgvuldige controle door UWV mogelijk te maken en misbruik en oneigenlijk gebruik tegen te gaan. In de praktijk zal ernaar worden gestreefd de subsidie binnen een termijn van 22 weken vast te stellen. Zie hiervoor Nadere Toelichting NOW, p. 2.

24 Zie hiervoor art. 14 lid 2 sub a en b NOW.

25 Zie voor de wettelijke grondslag van de terugvordering art. 15 NOW.

26 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 43.

27 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 43.

28 Art. 5 sub a NOW.

29 Ratio hiervan is dat de loongegevens uit de periode van vóór november 2019 niet representatief worden geacht voor het berekenen van een loonkostensubsidie in 2020.

30 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 27.

31 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 27, voetnoot 10. In deze zaak verklaarde de RvS zich – kort gezegd onbevoegd vanwege de regeling die in geschil was, i.e. een aanvraag van een scholingsvoucher op grond van de Regeling subsidie scholing en plaatsing oudere werklozen die evenals de NOW is gebaseerd op de dubbele wettelijke grondslag van de Kaderwet en de Wet SUWI.

waarvan de CRvB het hoger beroep behandelt³² de RvS zichzelf onbevoegd achtte in dit hoger beroepsgeschil. In deze zaak ging het (om) scholings en plaatsings subsidies die door het UWV in mandaat van de Minister van SZW werden verstrekt of geweigerd op basis van ministeriële regelingen die waren gebaseerd op dezelfde dubbele grondslag als de NOW, i.e. de Kaderwet en de Wet SUWI. De RvS oordeelde in die zaak dat de CRvB bevoegd was omdat de betrokken regelingen qua onderwerp en strekking beter zouden aansluiten bij de zaken die normaal gesproken door de CRvB worden behandeld. In de literatuur zijn kanttekeningen geplaatst bij deze uitspraak en de bevoegdheid van de CRvB die ook voor de NOW opgaan: het gaat hier primair om subsidieverlening en niet om uitkeringsverstrekking.³³ Om die reden zou in dat geval de hoofdregel van de Awb van toepassing zijn,³⁴ inhoudende dat de RvS bevoegd is. Dat het in het geval van de NOW niet gaat om uitkeringsverstrekking wordt ook nader geduid in de Toelichting: de NOW-subsidie kwalificeert niet als werkloosheidsuitkering (doel is immers behoud van werkgelegenheid) en het betreft een *“algemeen bedrag dat aan de werkgever wordt toegekend”* dat niet specifiek ziet op arbeidsurenverlies van individuele werknemers.³⁵ Hoewel de opmerking van de regering in de Toelichting dat de CRvB bevoegd zou zijn op zichzelf begrijpelijk is, kan om deze redenen, mede gelet op het subsidie karakter van de NOW, niet worden uitgesloten dat de RvS toch bevoegd is. In ieder geval is er voor zowel de CRvB als de RvS iets te zeggen, waardoor er twijfel is over wie de bevoegde hoger beroep rechter is.

In verband met de rechtsbescherming wijs ik hierop het volgende. In artikel 1:2 lid 1 Awb wordt als belanghebbende aangemerkt *“degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken”*. Dat is in dit geval de werkgever aangezien de NOW zich uitsluitend richt tot de werkgever die de aanvraag voor subsidie doet. Er zijn dus, hoewel de subsidie van de loonkosten onder de NOW uiteindelijk aan werknemers ten goede komt, geen (rechtstreekse) rechten en verplichtingen voor werknemers opgenomen in de NOW. Een interessante vraag is of de werknemers voor wie de aanvraag is ingediend of bijvoorbeeld de ondernemingsraad (OR) als belanghebbenden zouden kunnen worden aangemerkt in de zin van de Awb. Gelet op het doel van de NOW dat strekt tot werkbehoud, het evidente belang van de werknemers en de informatieverplichting jegens de OR, personeelsvertegenwoordiging en de werknemers (artikel 13 sub d NOW), kan op voorhand echter niet worden uitgesloten dat werknemers als belanghebbende in de zin van de Awb zouden

kunnen worden aangemerkt.³⁶ Dat zou betekenen dat ook zij rechtsbescherming aan de Awb zouden kunnen ontleenen. Deze vraag leent zich voor nader onderzoek.

4. Reikwijdte en toegang tot de NOW, kernvariabelen en berekeningsgrondslag subsidie

De reikwijdte en de toegang tot de NOW zijn gebaseerd op een omvangrijk en complex juridisch kader. Binnen het bestek van deze bijdrage beperk ik mij dan ook tot de basisbegrippen en een korte uitleg op hoofdlijnen. In beginsel vallen alle werkgevers, mits zij voldoen aan de voorwaarden, onder de reikwijdte van de NOW. Voor payroll- en uitzendwerkgevers gelden dezelfde voorwaarden als voor reguliere werkgevers. Bij de aanvraag dient het loonheffingsnummer van de werkgever te worden opgenomen.³⁷

De subsidie geldt voor de loonkosten van alle werknemers die in dienst zijn bij een werkgever en verplicht verzekerd³⁸ zijn voor de werknemersverzekeringen. DGA's dus niet. Flexkrachten (waaronder oproepkrachten) weer wel. Uitzendkrachten vallen erbuiten; de uitzendwerkgever dient zelf voor de werknemers die bij hem in dienst zijn de NOW aan te vragen.

Ten aanzien van het loon en de loonsom geldt het volgende. De kernvariabelen die de hoogte van de subsidie bepalen zijn de loonsom en het percentage omzetverlies van ten minste 20% (artikel 7 NOW). Deze beide begrippen worden hierna toegelicht, waarbij ook zal worden ingegaan op de berekeningsgrondslag van de hoogte van de subsidie.

4.1 Begrippen loon en loonsom, referentieperiode

Het subsidiebedrag is gebaseerd op maximaal 90% van de totale loonsom. De referentieperiode voor de loonsom bedraagt een maand; hiervoor wordt in beginsel uitgegaan van januari 2020. Ratio van de keuze voor deze referentieperiode is dat dit de meest recente maand is waarvoor UWV voldoende loongegevens beschikbaar heeft in de eigen administratie. Aangezien dit niet het geval is voor recentere tijdvakken, i.e. de maanden ná januari 2020, is deze keuze begrijpelijk. Bij gebreke van loongegevens over januari 2020, zal door UWV als referentieperiode worden uitgegaan van de maand november 2019. Indien van november 2019 geen loongegevens beschikbaar zijn, wordt de aanvraag subsidie geweigerd (artikel 5 sub c juncto artikel 10 NOW).

Uit de begripsbepaling van de NOW (artikel 1) voor loon volgt dat het gaat om het loon als bedoeld in artikel 16 van de Wet financiering sociale verzekeringen. Hierbij geldt

32 Zie hiervoor r.o. 3 in RvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:776, AB 2018/214, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

33 Zie hiervoor de kanttekeningen van Bruggeman in zijn annotatie bij de uitspraak, RvS 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:776, AB 2018/214, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman. Bruggeman concludeert dat de door de RvS in deze uitspraak gekozen route te billijken is maar dat bevoegdheid van de RvS toch denkbaar was.

34 Zie voor de hoofdregel art. 8:105 lid 1 Awb, waaruit volgt dat de RvS normaliter bevoegd is.

35 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 27 waarin expliciet is overwogen dat de NOW-subsidie niet als werkloosheidsuitkering kwalificeert op grond van de Coördinatieverordening sociale zekerheid (Verordening (EG) 883/2004).

36 De definitie van het begrip “belanghebbende” uit art. 1:2 lid 1 Awb wordt in de rechtspraak zo uitgelegd dat sprake moet zijn van de zogenoemde OPERA-criteria, namelijk van een (i) objectief bepaalbaar, (ii) persoonlijk, (iii) eigen, (iv) rechtstreeks en (v) actueel belang. Zie hiervoor ook CRvB 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:655 en ECLI:NL:CRVB:2019:669.

37 Zie hiervoor art. 4 NOW en Toelichting NOW, p. 13-14.

38 Vrijwillig verzekerden vallen dus niet onder de reikwijdte.

een maximum: er wordt uitgegaan van maximaal twee keer het maximumdagloon per werknemer, hetgeen neerkomt op een bedrag van € 9.538 bruto per maand (artikel 7 sub d NOW). Loon boven dit bedrag valt dus niet onder de reikwijdte van de subsidie. Dit maximum stelt scherp dat het doel van de NOW niet is om hoge beloningen van bestuurders en senior management te subsidiëren. Voor het loonbegrip geldt verder nog dat aanvullende lasten zoals de werkgeverspremies en de werknemersbijdragen pensioen en de opbouw van vakantiebijslag ook voor subsidie in aanmerking komen, met dien verstande dat een forfaitaire opslag van 30% geldt voor werkgeverslasten. Ratio hiervan is dat deze lasten per werkgever en werknemer kunnen verschillen, zoals in het geval van de WW-premiedifferentiatie (die doorgaans zal afhangen van de aard van het contract) en de hoogte van pensioenpremies.³⁹

4.2 Berekeningsgrondslag subsidie

Uit het voorgaande volgt dat de subsidie in beginsel wordt gebaseerd op (i) de loonsom van januari 2020 en (ii) per maand maximaal 90% van de loonsom over januari 2020 bedraagt. Hierbij gaat het om een tegemoetkoming over de periode van 1 maart tot en met 31 mei 2020 (“**Loonkostenperiode**”).⁴⁰

Hierbij dient scherp voor ogen te worden gehouden dat de Loonkostenperiode geldt voor alle aanvragen onder de NOW, ongeacht of de periode van omzetzaling loopt vanaf 1 april of 1 mei en dus doorloopt tot en met 30 juni of 31 juli 2020. In alle gevallen geldt dus dat de subsidie aan werkgevers wordt verstrekt voor de Loonkostenperiode. Ratio van deze objectivering van de Loonkostenperiode is dat dit de periode is waarin sprake is van de acute en niet voorzienbare nood situatie: de subsidie moet bijdragen aan werkbehoud in deze periode.⁴¹

Het percentage van 90% van de subsidie is het maximumpercentage dat geldt bij een omzetzaling van 100%. Er geldt een evenredigheidsstaffel voor berekening van de subsidiehoogte: dat betekent dat de subsidie steeds evenredig lager wordt gesteld aan de hand van de hoogte van de omzetzaling. Bij een omzetzaling van 50% bedraagt de subsidie 45% van de loonsom (i.e. 50% van 90%) en bij een omzetzaling van 20% zal de subsidie 18% van de loonsom bedragen (i.e. 20% van 90%) enzovoorts.⁴²

4.3 Reikwijdte omzetverlies en meetperiode

Kernvoorwaarde voor de subsidie is dat wordt verwacht dat ten minste 20% omzetverlies zal worden geleden in een aaneengesloten periode van drie maanden, gerekend vanaf 1 maart tot en met 31 juli 2020 (artikel 4 NOW). Werkgevers zijn vrij om te kiezen voor omzetzaling vanaf 1 maart, 1 april of 1 mei 2020, zo lang de voorwaarde van de aan-

eengesloten periode van drie maanden (de “**Meetperiode**”) wordt vervuld. Deze keuze voor het aanvangstijdstip voor de Meetperiode moet reeds op voorhand bij de aanvraag worden gemaakt; het is niet mogelijk deze achteraf nog voor de subsidievaststelling nog te wijzigen.⁴³ Ook tussentijds (dus lopende de verlening) kan dat niet meer.

Voor de definitie van omzet wordt primair aangesloten bij het jaarrekeningenrecht. Hiervoor wordt op grond van artikel 2:377 lid 6 BW en de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving⁴⁴ uitgegaan van de netto-omzet. De omzet op grond van de Meetperiode wordt vergeleken met een referentieperiode. Hoofregel is dat voor de referentieperiode de omzet van januari tot en met december 2019 wordt gedeeld door vier (i.e. 25% van de jaaromzet 2019).

In geval van concerns als bedoeld in artikel 2:24b BW geldt dat de omzetzaling van de gehele groep de basis vormt voor de subsidie (artikel 6 lid 4 NOW). Ratio hiervan is dat (i) omzetzaling en inzet van het personeel uiteindelijk op het hoogste aggregatieniveau binnen concerns samenkomen en (ii) dit goed aansluit bij het omzetzalingsbegrip in het jaarrekeningenrecht waarbij de geconsolideerde jaarrekening van concerns doorgaans de basis vormt. Omzet van buitenlandse concernonderdelen die geen in Nederland gevestigde rechtspersonen of vennootschappen zijn en waar geen sprake is van in Nederland verzekerd loon, blijven buiten beschouwing voor het omzetverlies.⁴⁵ De redenering hiervoor is dat het behoud van werkgelegenheid in Nederland doorslaggevend is voor het doel van de NOW en dit belang in deze buitenlandse concernonderdelen niet aanwezig wordt geacht. Voor concerns zal de uitkomst van een subsidieaanvraag onder NOW dus niet altijd even kansrijk zijn: dat zal in ieder geval aan de orde zijn indien bij een concern één entiteit verlieslijdend is maar de andere entiteiten nog steeds goed draaien.⁴⁶

5. Belangrijkste verplichtingen van de werkgever

Naast de hiervoor genoemde eisen die toegang geven tot de NOW, zal de werkgever zich ook moeten houden aan specifieke verplichtingen (artikel 13 NOW). Deze verplichtingen zijn relevant voor zowel (a) de subsidieverlening en bijbehorend voorschot dat wordt verleend (artikel 8 NOW) als (b) de subsidievaststelling waarbij verrekening zal plaatsvinden van het voorschot (artikel 14 NOW). Ik beperk mij hier tot de belangrijkste verplichtingen die impact hebben op de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werknemer.⁴⁷

39 Toelichting NOW, p. 13.

40 Toelichting NOW, p. 12.

41 Toelichting NOW, p. 12.

42 Zie voor de uitvoerige uitwerking van de hoogte van de subsidie en de rekenformules art. 7 NOW.

43 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 16.

44 Zie hiervoor RJ 940, Toelichting NOW, p. 17.

45 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 31.

46 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 14-15.

47 Zie hiervoor art. 13 sub a, b, c en d NOW. De overige verplichtingen die zijn opgesomd in art. 13 sub e tot en met sub j NOW zien hoofdzakelijk op nalevings-, controle-, medewerkings-, meldings- en informatieverplichtingen van de werkgever jegens UWV, Belastingdienst en de accountantsverklaring.

In de eerste plaats dient de werkgever de loonsom “zoveel mogelijk gelijk te houden”.⁴⁸ Hiermee wordt gestimuleerd dat ook oproepkrachten en andere werknemers met flexibele arbeidsomvang toch “coulance-halve” worden doorbetaald, ook al bestaat er jegens hen geen wettelijke doorbetalingsverplichting.⁴⁹ Daarnaast mag de subsidie uitsluitend worden aangewend voor de betaling van de loonkosten.⁵⁰ Deze bepaling beoogt misbruik van subsidie voor andere doeleinden dan waar die voor verstrekt is, tegen te gaan. Hierbij kan worden gedacht aan het (oneigenlijk) gebruik door werkgevers van de subsidie voor nieuwe investeringen.

Verder voorziet de NOW in een informatie-verplichting van de werkgever over de *subsidieverlening* jegens de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de werknemers.⁵¹ De tekst van de NOW verwijst naar *subsidieverlening* hetgeen strikt genomen wijst op de beslissing tot subsidieverlening van UWV in de eerste fase, waarbij het voorschot wordt verstrekt (artikel 11 NOW). In de praktijk ligt voor de hand dat de OR, personeelsvertegenwoordiging of werknemers zelf proactief de vraag zullen opwerpen of de werkgever NOW aanvraagt. De aanvraag voor de subsidie valt in beginsel niet onder het advies- of instemmingsrecht van de WOR. Voorafgaand aan de aanvraag zal de OR dus in beginsel niet hoeven te worden betrokken. Wel is denkbaar dat, indien de werkgever besluit om de NOW niet aan te vragen maar in plaats hiervan een advies-plichtige herstructurering doorvoert waar bedrijfseconomisch ontslagen bij zijn betrokken, de OR dit gegeven bij de adviesaanvraag over de herstructurering ex artikel 25 WOR zal kunnen meewegen.⁵²

Tot slot is een belangrijke verplichting dat de werkgever na 17 maart 2020 geen ontslagaanvragen op de “a-grond” mag indienen.⁵³ Deze verplichting voorziet in geval van niet-naleving in een specifieke sanctie in de vorm van een boete-korting van 50%.⁵⁴ Ontslagaanvragen die tot 17 maart 2020 zijn ingediend vallen buiten dit verbod.⁵⁵ Voor alle ontslagaanvragen die na deze datum worden gedaan of die niet tijdig⁵⁶ worden ingetrokken, geldt dat UWV deze in behandeling zal nemen en hierover zal beslissen. Hiervoor geldt dat de totale loonsom van de betrokken werknemers die zijn voorgedragen voor ontslag wordt verhoogd met 50%. Dit totaalbedrag, dus 150% van de loonsom, wordt afgetrokken van de subsidie, ongeacht of UWV wel of niet positief op de ontslagaanvragen beslist. Hiermee wordt blijkens de

Toelichting beoogd dat een duidelijke weloverwogen keuze door werkgevers wordt gemaakt tussen ontslag of werkbehoud.⁵⁷ Bij dit doel passen de volgende kanttekeningen. De verplichting ziet uitsluitend op (i) de ontslagaanvragen van de werkgever bij UWV (ii) op basis van de “a-grond” (artikel 7:669 lid 3 sub a BW). Alle andere vormen van beëindiging zoals proeftijdontslag, regelingen met wederzijds goedvinden via een vaststellingsovereenkomst en ontslagen om andere redenen dan de “a-grond”, vallen hierbuiten. In de praktijk is het dus maar de vraag of maximaal werkbehoud hiermee wel wordt gerealiseerd: het blijft immers onder de NOW nog steeds mogelijk om via de andere ontslagroutes en om andere redenen dan de “a-grond” tot ontslag over te gaan. Ook zullen werkgevers naar verwachting een kosten-baten afweging maken van de voorwaarden voor subsidie, met inachtneming van de boete-korting. Dat kan er ook toe leiden dat werkgevers terughoudend zullen zijn een beroep te doen op de NOW.

6. Ter afsluiting

De NOW lijkt op het eerste gezicht een sterk vereenvoudigde regeling, vergeleken met de WTV. De belangrijkste knelpunten zijn gelegen in de uitvoering, de duur en de haalbaarheid van de NOW. Op basis van deze eerste bevindingen kan vooralsnog niet worden uitgesloten dat er nog veel zal worden gestreden tussen werkgevers en UWV over de hoogte van de subsidie.

48 Art. 13 sub a NOW.

49 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 20.

50 Art. 13 sub c NOW.

51 Art. 13 sub d NOW.

52 Ik wijs hier opnieuw naar de vraag die ik hiervoor heb opgeworpen of de OR en werknemers als belanghebbenden bij de besluiten tot subsidieverlening en subsidievaststelling in de betekenis van art. 1:2 lid 1 Awb zouden kunnen worden aangemerkt.

53 Art. 13 sub b NOW.

54 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 21-22 en Nadere Toelichting NOW, p. 1. Zie voor de subsidieverlening ook art. 7 lid 5 NOW.

55 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 21: de redenering hiervoor is dat voor deze werkgevers bij de aanvragen tot 17 maart 2020 nog niet voorzienbaar was dat deze voorwaarde zou worden verbonden aan de NOW.

56 Intrekking dient binnen vijf werkdagen na inwerkingtreding van de NOW te geschieden, zie hiervoor Toelichting NOW, p. 21.

57 Zie hiervoor Toelichting NOW, p. 22.