

Verstrekken fouten bij bepalen NOW groep

De NOW-regelingen zijn complex. Dit geldt te meer bij meeromvattende organisatiestructuren, zoals multinationals, familiebedrijven of private equity huizen. Een verkeerde aanvraag kan grote gevolgen hebben. Daarmee is NOW-advies noodzaak en echt specialistenwerk. Wij zien in de praktijk veel mis gaan bij het bepalen welke rechtspersonen tot de groep moeten worden gerekend. In deze alert geven wij meer duidelijkheid hoe dit dient te gebeuren.

1 Importantie juiste vaststelling NOW groep

Het is essentieel voorafgaand aan de NOW 2.0 aanvraag zorgvuldig te beoordelen welke rechtspersonen behoren tot de NOW groep. Ook is dit (nog steeds) van belang voor een subsidieaanvraag op basis van de NOW 1.0 regeling.

Een onjuiste toepassing van het groepsbegrip bij de initiële subsidieaanvraag kan grote financiële gevolgen voor de onderneming hebben. Immers, voorstelbaar is dat de rechtspersoon bijvoorbeeld ten onrechte ervan uitging niet onderdeel uit te maken van een groep, dan wel uitging van een (te) beperkte groep van rechtspersonen. Dit kan ertoe leiden dat de (verwachte) omzetsdaling onder of juist boven de minimumgrens van 20% komt, waardoor de rechtspersoon niet in aanmerking komt voor de subsidie en/of een verkeerde aanvraag heeft gedaan. Ook komt het voor dat rechtspersonen van een groep elk, zonder het van elkaar te weten, NOW 1.0 hebben aangevraagd en daarbij afwijkende omzetverliesperioden hebben gekozen.

Bij het – na indiening van de subsidieaanvraag – ontdekken van een foutieve bepaling van de NOW groep, kan niet of niet makkelijk meer worden geswitcht tussen bijvoorbeeld de concernregeling of de werkmaatschappijregeling. Voor de werkmaatschappijregeling gelden diverse aanvullende voorwaarden waaraan voorafgaand aan de subsidieaanvraag moeten worden voldaan. Is niet tijdig aan die voorwaarden voldaan, dan zou op grond van de tekst van de NOW-regelingen de aanvraag tot subsidievaststelling moeten worden afgewezen. De hoop bestaat op coulancebeleid vanuit het UWV en/of het Ministerie SZW, indien werkgevers niet tijdig aan (alle) voorwaarden van de werkmaatschappijregeling hebben voldaan. Voorsnog is hierover echter nog niets gecommuniceerd vanuit de overheid en hebben rechtspersonen zich dus strikt én tijdig aan de letter van de NOW-regelingen te houden.

2 Bepalen groep

Uit de NOW-regelingen volgt dat voor zover de werkgever onderdeel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek, dan wel een dochtermaatschappij is van een ander als bedoeld in artikel 2:24a van het Burgerlijk Wetboek die entiteiten tezamen voor de toepassing van de NOW als een groep worden behandeld.

Voor de bepaling of sprake is van een groep in de zin van artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek zijn de volgende gezichtspunten van belang:

- ▶ organisatorische verbondenheid van de rechtspersonen en/of vennootschappen
- ▶ centrale leiding (een hiërarchische organisatiestructuur op grond waarvan een gemeenschappelijke strategie wordt gevoerd)
- ▶ economische eenheid

Voor de bepaling of sprake is van een moeder-dochterrelatie in de zin van artikel 2:24a van het Burgerlijk Wetboek zijn de volgende gezichtspunten van belang:

- ▶ kan de moedermaatschappij, al dan niet tezamen met of via één of meer dochtermaatschappijen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering uitoefenen?
- ▶ kan de moedermaatschappij, al dan niet tezamen met of via één of meer dochtermaatschappijen meer dan de helft van de bestuurders en/of commissarissen benoemen of ontslaan?

3 Omzetbepaling

Indien de groep eenmaal is vastgesteld, dient te worden bepaald of enige rechtspersoon binnen de groep in aanmerking komt voor de NOW subsidie. Hiervoor is allereerst van belang te bepalen wat de (verwachte) omzetsdaling is.

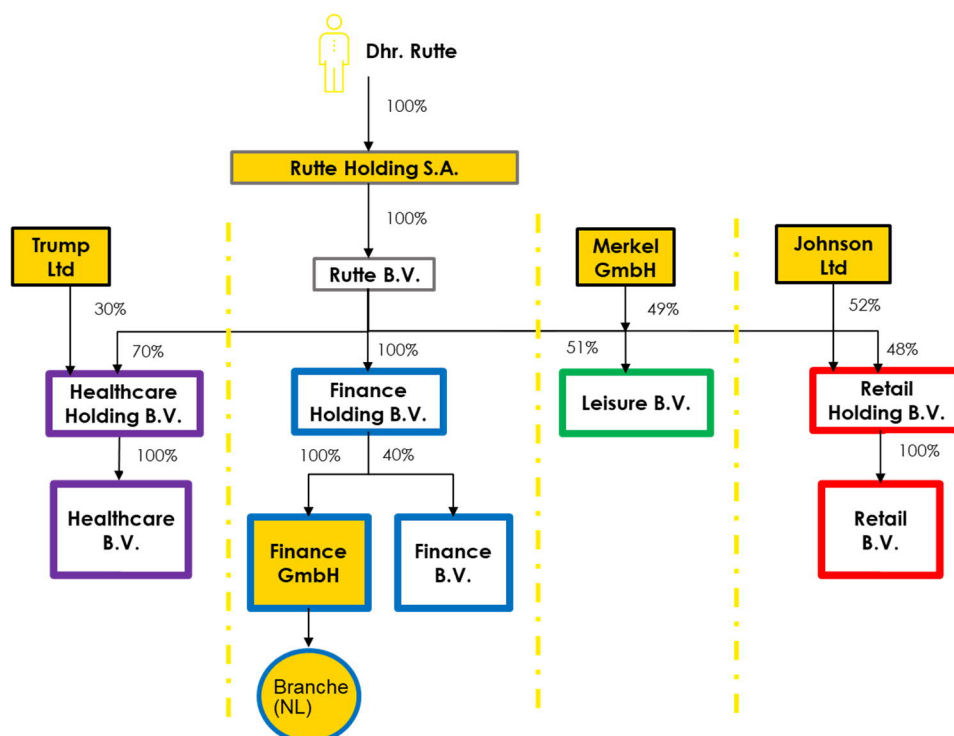
Bij een groep gelden hiervoor de volgende specifieke regels:

- ▶ alle Nederlandse rechtspersonen en/of vennootschappen binnen de groep tellen mee
- ▶ enkel de buitenlandse rechtspersonen en/of vennootschappen binnen de groep tellen mee, indien zij SV-loon in Nederland betalen.

Let wel, bovenstaande limitering van de buitenlandse rechtspersonen en/of vennootschappen geldt enkel bij de bepaling van de omzetsdaling en aldus niet voor andere voorwaarden van de NOW-regelingen waarbij bij het groepsbegrip wordt aangehaakt, zoals met het bonus- en dividendbeleid.

4 Een praktisch voorbeeld

We zien in de praktijk veel onduidelijkheid bij en vragen over het bepalen van de groep in de zin van de NOW-regelingen. Hiervoor bestaan diverse oorzaken, zoals de onbekendheid van de werkgever met het bestaan van andere groepsmaatschappijen of de onbekendheid bij het groepshoofd en/of de moedermaatschappij dat bepaalde onderdelen van de groep al een NOW subsidie hebben aangevraagd. Hieronder hebben wij een hypothetische organisatiestructuur opgenomen, waarvoor wij stapsgewijs de bepalingen van de groep, de verwachte omzetsdaling en de "NOW-entiteiten" bespreken.

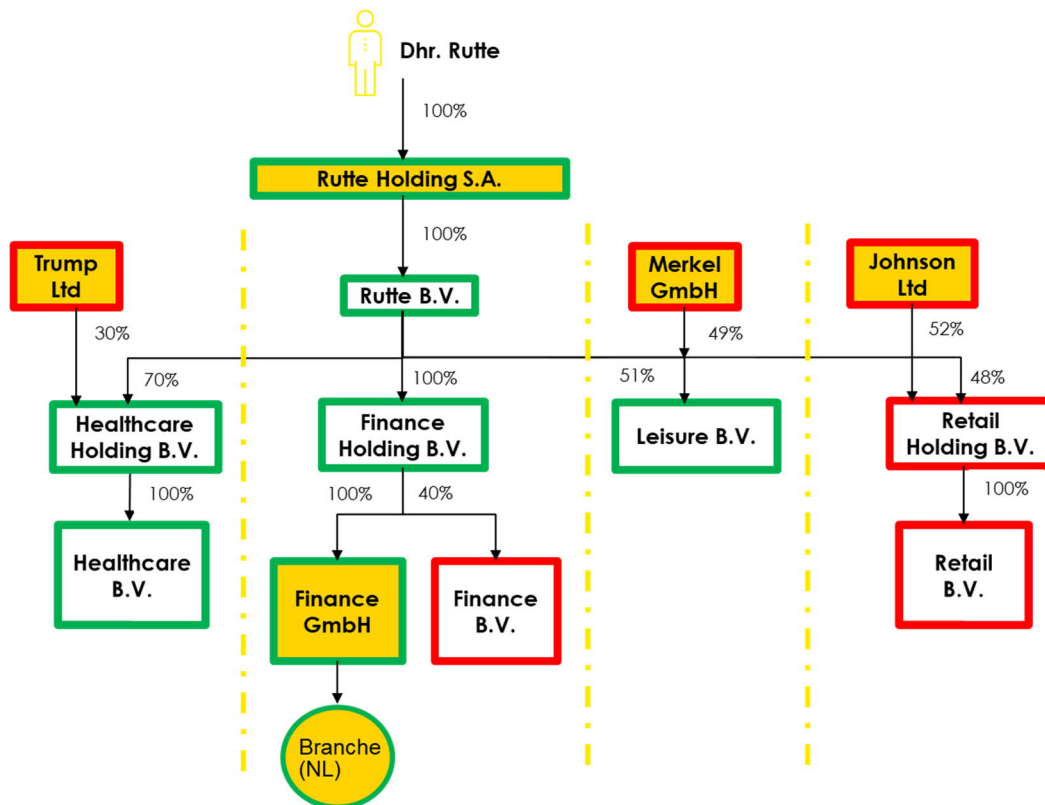


In het bovenstaande overzicht is een organisatiestructuur van een private equity huis opgenomen. De moedermaatschappij is een Luxemburgse entiteit. Het private equity huis houdt 4 portfolio-staken actief in de gezondheidssector, de financiële sector, de recreatiesector en de retailsector. Vanwege de COVID-19 pandemie is de omzet van de ondernemingen in de recreatie en retail sector drastisch teruggelopen, terwijl de omzet van de ondernemingen in de gezondheidssector sterk zijn toegenomen en ook de omzet van de ondernemingen in de financiële sector een lichte stijging laat zien. Retail B.V. en Leisure B.V. hebben elk direct toen het loket van het UWV open ging in april 2020 de NOW 1.0 voor die B.V.'s aangevraagd. Zij hebben daarover voorafgaand aan de subsidieaanvraag geen onderling contact gehad.

De vraag is of Retail B.V. en Leisure B.V. correct hebben gehandeld door direct in april 2020 voor de eigen rechtspersoon de NOW 1.0 aan te vragen. Hieronder volgt een stapsgewijze behandeling van de bepaling van de groep, de omzetzijden en de voor de NOW kwalificerende NOW-entiteiten.

1. Bepalen groep

Binnen deze organisatiestructuur vormen enkel de volgende groen omcirkelde rechtspersonen voor de werking van de NOW-regelingen een groep:



- ▶ de moedermaatschappij is Rutte Holding S.A.
- ▶ géén groepsonderdelen: de overige minderheidsaandeelhouders, Finance B.V., Retail Holding B.V. en Retail B.V., aangezien sprake is van:
 - ▶ een minderheidsbelang, inhoudende een minderheid van stemrechten in de algemene vergadering en/of een minderheidsstem in de benoeming en/of ontslag van bestuurders of commissarissen; en/of
 - ▶ een gebrek aan (i) organisatorische verbondenheid van die rechtspersonen en/of vennootschappen, (ii) centrale leiding en (iii) een economische eenheid
- ▶ Johnson Ltd, Retail Holding B.V. en Retail B.V. vormen samen echter wel een aparte groep

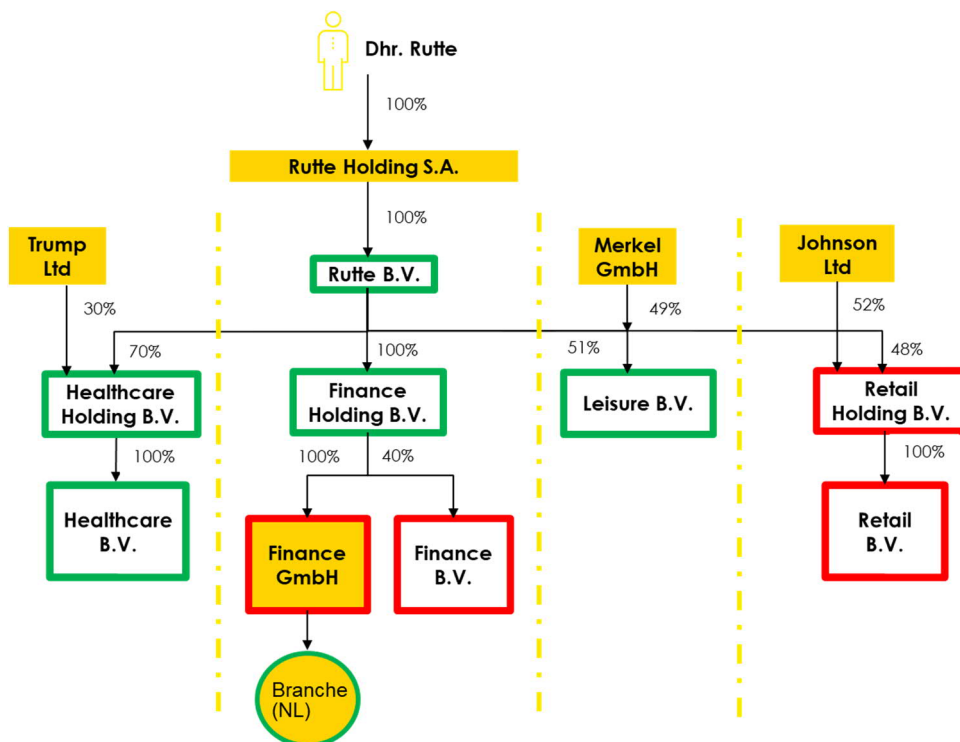
2. Bepalen omzetzaling

Voor de bepaling van de omzetzaling tellen alle groepsmaatschappijen zoals hierboven groen omcirkeld mee. Het betreft hier namelijk de Nederlandse rechtspersonen uit de groep, alsmede de in Duitsland gevestigde Finance GmbH, omdat deze GmbH door middel van de Nederlandse branche in Nederland SV-loon betaalt. Van belang is te realiseren dat de volledige omzet van de GmbH in dit geval in aanmerking moet worden genomen.

3. Bepalen NOW-entiteiten

De hieronder groen omcirkelde NOW-entiteiten kunnen vervolgens een NOW subsidie aanvragen, voor zover:

- ▶ de groep minimaal 20% omzetverlies verwacht
- ▶ Finance GmbH kan enkel de NOW subsidie aanvragen voor de werknemers voor wie in Nederland SV-loon wordt betaald, aldus de werknemers van de branche (vandaar dat de GmbH voor het gemak rood is omcirkeld, al zal de GmbH als formeel werkgever en rechtspersoon de NOW moeten aanvragen)



4. Gevolgen al ingediende NOW aanvragen

Zoals uit het voorbeeld blijkt, hebben Retail B.V. en Leisure B.V. direct in april 2020 de NOW subsidie aangevraagd.

- ▶ Leisure B.V. had overleg moeten voeren met de andere groepsentiteiten om eerst de volledige groep en de omzetzaling van de groep te bepalen.

Door dit overleg na te laten, is bijvoorbeeld niet vastgesteld of de groep als geheel wel minimaal 20% omzetzaling verwachtte. Nu de andere staken van het private equity huis het financieel goed doen, is maar zeer de vraag of op concernniveau 20% omzetzaling kan worden verwacht. Blijkt dit niet het geval te zijn, dan had Leisure B.V. moeten wachten tot de introductie van de werkmaatschappijregeling die vanaf 5 mei jl. had kunnen worden aangevraagd, mits aan de daarvoor geldende voorwaarden werd voldaan.

Voor NOW 2.0 kan Leisure B.V. alsnog van de werkmaatschappijregeling gebruik maken, mits dan uiteraard aan de voorwaarden ter zake wordt voldaan. Eén van de voorwaarden betreft echter het strikte bonus- en dividendbeleid waaraan de groep zich moet houden. Mogelijkerwijs betekent dit alsnog dat voor het private equity huis in zijn geheel de NOW 2.0 niet gunstig is en dus niet zal worden aangevraagd voor Leisure B.V.

Nu dit – het niet kwalificeren voor NOW 1.0 en/of 2.0 – grote gevolgen kan hebben voor de liquiditeitspositie van Leisure B.V. is onmiddellijke actie vereist, zoals het doorvoeren van een herstructurering, in overleg treden met banken als die bijvoorbeeld een extra kredietruimte hebben verstrekt op basis van de aanname dat Leisure B.V. de NOW subsidie(s) zou ontvangen, en/of bij de Belastingdienst een uitstel van betaling van belastingen aanvragen (voor zover dat niet al was aangevraagd). Ook moet worden gerealiseerd dat de andere aandeelhouder (Merkel GmbH) door deze situatie kan worden gedupeerd. Immers, die rechtspersoon ging ervan uit dat de financiële positie kon worden gestabiliseerd door de aangevraagde NOW 1.0 (en mogelijk 2.0), hetgeen achteraf dan onterecht blijkt te zijn.

- ▶ Retail B.V. vormt – in elk geval – samen met Johnson Ltd en Retail Holding B.V. een aparte groep. Dat Retail B.V. de NOW 1.0 al had aangevraagd zonder overleg met het private equity huis, heeft geen impact op de mogelijke aanspraak van het private equity huis op de NOW. Wel is het verstandig ook voor Retail B.V. de hiervoor genoemde stappen nogmaals te doorlopen om er zeker van te zijn dat de regels van de NOW-regelingen goed worden toegepast. Mochten hier ook fouten zijn gemaakt, dan kunnen die mogelijkerwijs alsnog – en dan wel zo snel mogelijk – worden hersteld.

Wat HVG Law voor u kan doen

Dagelijks beoordelen wij complexe organisatiestructuren in het licht van de NOW. Zo voorkomen wij afwijzing van NOW aanvragen en/of terugbetalingsvorderingen.

COVID-19 helpdesk

Onze helpdesk is bereikbaar via info@hvglaw.nl en op onze speciale website vindt u meer informatie over o.a. de NOW-regeling: hvglaw.nl/corona/



Joost van Ladesteijn
Partner | Advocaat Labor & Employment
E: joost.van.ladesteijn@hvglaw.nl
T: 06 29 08 45 28

Over HVG Law

HVG Law LLP (HVG Law) behoort tot de top van de Nederlandse advocatuur en notariaat en kenmerkt zich door een ondernemende, innovatieve en oplossingsgerichte benadering. HVG Law biedt, met meer dan 150 toegewijde en pragmatische advocaten en (kandidaat-)notarissen, hoogwaardig juridische dienstverlening vanuit een brede en multidisciplinaire context. Onze advocaten en (kandidaat-)notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden en sectoren die voor het bedrijfsleven, bestuurders, aandeelhouders en overheden relevant zijn en hebben kennis van uw business én markt. Op onze vestigingen in Amsterdam, Rotterdam, Utrecht, Den Haag, Eindhoven, New York, Chicago en San Jose (Donahue & Partners LLP in de VS) zijn wij in staat onze nationale en internationale cliënten oplossingen te bieden voor juridische vraagstukken. In Nederland heeft HVG Law LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en tevens maken wij onderdeel uit van het global EY Law netwerk.