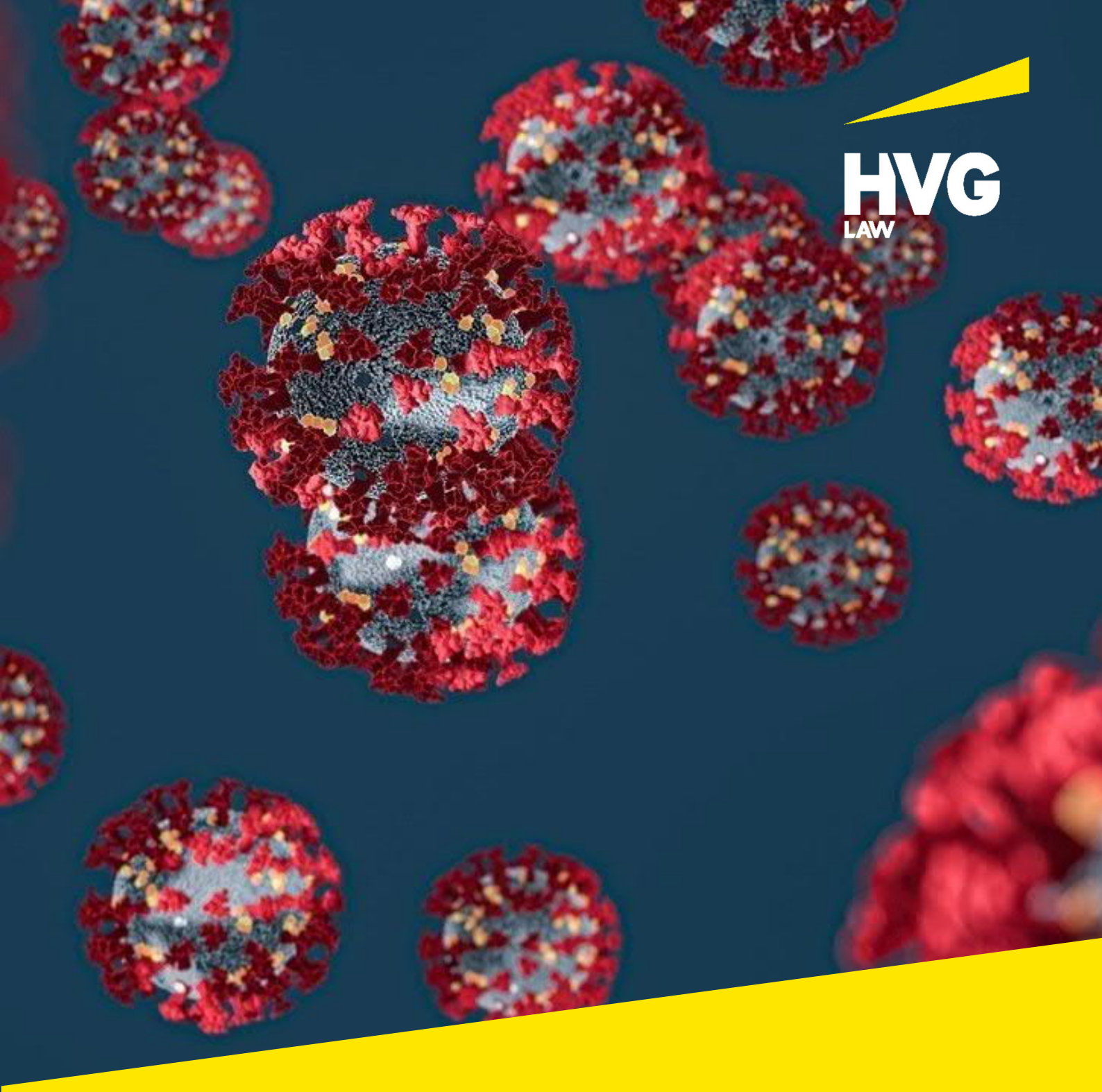

HVG LAW

NOW update: verduidelijking bonusverbod en eerste rechtspraak over het loonbegrip

Verduidelijking bonusverbod werkmaatschappijregeling

Sinds de introductie van de werkmaatschappijregeling van de NOW op 5 mei 2020 bestaan veel vragen en onduidelijkheid over de reikwijdte van één van de voorwaarden van de werkmaatschappijregeling: het bonus- en dividendbeleid. Op zich was al vanaf 5 mei 2020 duidelijk dat geen enkele rechtspersoon of vennootschap binnen de groep dividend over 2020 mag uitkeren. De vraag die daarbij wel lange tijd speelde is tot welk moment dit dividendverbod geldt. Ook heeft lange tijd veel onduidelijkheid bestaan over de reikwijdte van het bonusverbod van de werkmaatschappijregeling. Op 23 februari 2021 heeft het Ministerie SZW hierover opnieuw duidelijkheid verschaft.[1]

Maar voordat we hierop ingaan, is het belangrijk om te weten hoe het ook alweer zat onder de NOW 1? Onder de NOW 1 regeling gold er nog geen bonus- en dividendverbod voor de aanvragen op concernniveau. Indien er werd verwacht dat over een periode van 3 maanden op groepsniveau (zijnde de Nederlandse bedrijfsonderdelen en buitenlandse deelnemingen met het sociale verzekeringsloon ("**sv-loon**") in Nederland) een omzetverlies van meer dan 20% zou worden geleden, dan kon alleen NOW subsidie worden aangevraagd onder de algemene concernregeling. Er gold geen verbod op het uitkeren van bonussen aan de directie en het uitkeren van dividend aan aandeelhouders. Evenmin gold een verbod voor het inkopen van eigen aandelen. De NOW 2 en NOW 3-regelingen bevatten echter wel voor de concernregeling een bonus- en dividendverbod. Dit verbod geldt voor de aanvragende rechtspersoon of vennootschap voor zover voor die rechtspersoon of de groep het voorschotbedrag EUR 100.000 of meer, of de totale subsidie EUR 125.000 of meer bedraagt. Een bedrijfsonderdeel die zelf geen NOW heeft aangevraagd mag dus wel bonussen en dividend uitkeren. Dit betekent dat ook een buitenlands bedrijfsonderdeel die geen NOW subsidie heeft aangevraagd bonussen kan betalen aan haar directie en/of dividend kan uitkeren aan aandeelhouders.

Als gezegd, vanaf de introductie van de werkmaatschappijregeling in de NOW 1 regeling geldt een specifiek bonus- en dividendbeleid. Daarvoor geldt een veel breder bonus- en dividendverbod. Voor de duidelijkheid: de aanvraag op werkmaatschappijniveau onderscheidt zich van de aanvraag op groepsniveau, doordat de groep in Nederland dan te maken heeft met minder dan 20% omzetdaling en als zodanig niet kwalificeert voor de NOW, maar de steunmaatregel toch wil aanvragen voor een (of meerdere) van haar werkmaatschappijen die wél een omzetdaling van 20% of meer verwacht over de geldende omzetverliesperiode.

Bij een aanvraag op werkmaatschappijniveau geldt onder die omstandigheden een dividendverbod voor het 'internationale' concern. Dus ook de buitenlandse bedrijfsonderdelen dienen rekening te houden met dit verbod en mogen aldus géén dividend uitkeren aan aandeelhouders. Bij de introductie van de werkmaatschappijregeling leek op basis van de toelichting op de regeling duidelijk te zijn dat het bonusverbod enkel ziet op de aanvragende rechtspersoon of vennootschap en het groepshoofd of de moedermaatschappij. In de weken en maanden na de introductie van de werkmaatschappijregeling ontstond echter veel onduidelijkheid over de reikwijdte van het bonusverbod. Op de website van de Rijksoverheid werd uiteindelijk gecommuniceerd dat het bonusverbod ook zou gelden voor elke rechtspersoon of vennootschap in het concern. Het zou daarbij niet uitmaken of het een Nederlands of buitenlands concern betreft. Geen enkele rechtspersoon of vennootschap binnen het concern kon bonussen uitkeren aan het bestuur of directie. Dit leidde in de praktijk tot veel commotie. Veel bedrijven die initieel gebruik hadden gemaakt van de werkmaatschappijregeling besloten vanwege dit verstrekkende bonusverbod om niet langer van de NOW-regeling(en) gebruik te maken.

Op 23 februari jl. heeft het Ministerie SZW echter de website van de Rijksoverheid kenbaar gemaakt dat het hiervoor genoemde bonusverbod van de NOW werkmaatschappijregeling toch een beperktere reikwijdte kent dan in de afgelopen maanden werd gecommuniceerd. Deze verduidelijking van het bonusverbod houdt in dat bij gebruikmaking van de werkmaatschappijregeling geen bonussen mogen

[1] https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-financiele-regelingen/overzicht-financiele-regelingen/now/informatie-ter-voorbereiding-op-het-aanvragen-van-now3

worden uitgekeerd aan de Raad van Bestuur, het bestuur en de directie van het groepshoofd of moedermaatschappij én de aanvragende werkmaatschappij. Hierbij is helaas nog steeds onduidelijk of dit verbod dan nog steeds voor elke rechtspersoon binnen het (inter)nationale concern geldt ten aanzien van het, kort gezegd, bestuur en directie van het groepshoofd of moedermaatschappij én de aanvragende werkmaatschappij. Tevens is nog steeds onduidelijk of hierbij het groepshoofd dezelfde rechtspersoon is als de moedermaatschappij, dan wel of dit twee aparte rechtspersonen kunnen zijn. Wel is duidelijk dat onder dit verbod niet enkel het statutaire bestuur valt, maar dat elke persoon die als beleidsbepaler kwalificeert geen bonus mag ontvangen over 2020 (voor NOW 1, 2 en 3.1) en/of 2021 (voor NOW 3.2 en 3.3).

Loonbegrip NOW sluit aan bij loonbegrip sociale verzekeringsloon

De steunmaatregelen van de NOW zijn ingevoerd met het doel om werkgevers in de betaling van de *loonkosten* tegemoet te komen, indien sprake is van een zeker percentage aan omzetverlies. Voor de invulling van dit loonbegrip dient aansluiting bij het sv-loon te worden gezocht, voor zover het loon uit tegenwoordige dienstbetrekking betreft. Dit is inmiddels ook bevestigd in twee recente rechtbankuitspraken.

De rechtbank Limburg[2] diende kortweg te oordelen over de vraag of het deel van het loon wat op basis van de 30-procent regeling belastingvrij aan een expat werd betaald, sv-loon betrof. Een werkgever had voor twee werknemers een aanvraag voor een tegemoetkoming in de loonkosten ingediend. Voor de expat werknemer ontving de werkgever alleen een tegemoetkoming voor het deel van de loonkosten dat met premies en heffingen (70% van het loon) werd belast. De conclusie van de rechtbank is dat dit correct is. Door de 30-procentregeling krijgt de expat 30% van het loon onbelast (netto) uitgekeerd. Dat deel van het loon betreft een eindheffingsbestandsdeel. Volgens de Wet financiering sociale verzekeringen behoort dit niet tot het sv-loon. Ondanks dat de feitelijke loonkosten van de betreffende werkgever ruimschoots hoger zijn dan het sv-loon waarvoor zij een tegemoetkoming ontvangt, kan hierop geen uitzondering worden gemaakt.

De rechtbank Noord-Holland[3] diende kortweg te oordelen over de vraag of de ziektewetuitkering die een werkgever als eigenrisicodrager na de beëindiging van de dienstbetrekking betaalde, loon is uit vroegere dienstbetrekking en derhalve niet tot het sv-loon behoort. Een werkgever had een aanvraag voor tegemoetkoming in de loonkosten ingediend omdat hij als eigenrisicodrager voor de ziektewet ziekengeld aan een ex-werknemer betaalde, maar had verder geen loonkosten in de betreffende referte periode gehad. Volgens de rechtbank is in dit geval sprake van loon uit vroegere dienstbetrekking en vindt hiervoor steun in een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep uit 2015: "*Slechts voor zover het loon een rechtstreekse beloning vormt voor bepaalde arbeid of in een bepaald tijdvak verrichte arbeid is sprake van loon uit tegenwoordige dienstbetrekking en maakt het deel uit van het sociaal-verzekeringsrechtelijke loonbegrip*". Dit geldt ook volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad. De rechtbank concludeert dat de door werkgever als eigenrisicodrager betaalde ZW-uitkering niet een onmiddellijke tegenprestatie voor arbeid vormt, maar haar grondslag vindt in het voorheen verricht zijn van arbeid. Derhalve is volgens de rechtbank sprake van loon uit vroegere dienstbetrekking en dus valt het niet onder het sv-loon begrip.

Conclusie

Het is van groot belang om te beoordelen of een bonusbetaling en/of dividenduitkering nog mogelijk is, om niet in strijd te handelen met één van de voorwaarden om voor de NOW in aanmerking te komen. Belangrijk is dat altijd goed moet worden gekeken of de aanvraag op concernniveau of op werkmaatschappijniveau is gedaan.
Verder is duidelijk dat voor het loonbegrip aansluiting bij het sv-loon dient te worden gezocht, voor zover het loon uit tegenwoordige dienstbetrekking betreft. Hiervan ging men al uit, maar het is prettig dat dit inmiddels ook is bevestigd in twee recente rechtbankuitspraken.

[2] Rechtbank Limburg, 16 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9970.

[3] Rechtbank Noord-Holland, 13 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11433.

Wat HVG Law voor u kan doen

Wij doen álle zaken die een organisatie in vorm houden. Van reorganisaties tot overnames, van compliance tot procedures.

U doet zaken met advocaten en notarissen die samenwerken. Met u en met elkaar, op het hoogste niveau. Wij adviseren én procederen.

Huub van Osch
Advocaat | Labor & Employment
E: huub.van.osch@hvglaw.nl
T: 06 55 44 20 48

Jeannet van Vleuten
Advocaat | Labor & Employment
E: jeannet.van.vleuten@hvglaw.nl
T: 06 55 44 26 70

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.

HVG Law is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales en geregistreerd bij Companies House onder nummer OC335658. De term partner in relatie tot HVG Law, wordt gebruikt om te verwijzen naar (de vertegenwoordiger van) een vennoot van HVG Law. HVG Law LLP is statutair gevestigd te 30 Crown Place, Earl Street, London EC2A 4 ES, Verenigd Koninkrijk, heeft haar hoofdvestiging aan Boompjes 258, 3011 XZ Rotterdam, Nederland en is geregistreerd bij het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164. HVG Law LLP heeft een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en maakt onderdeel uit van het wereldwijde EY Law netwerk. Op de dienstverlening van HVG Law zijn de algemene voorwaarden van toepassing waarin is bepaald dat iedere aansprakelijkheid beperkt is tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitgekeerd. Deze algemene voorwaarden zijn gedeponeerd bij het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel en in te zien via hvglaw.nl

hvglaw.nl | © 2021 HVG Law LLP