

DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK

# ARBEIDSRECHT EN DE CULTURELE SECTOR

Coronavirus Q&A

Mei 2020

## ARBEIDSRECHT EN HET CORONAVIRUS

Het coronavirus houdt ons in de greep. Werkgevers proberen de economische impact van het virus zo veel mogelijk te verkleinen en kampen daarbij met verschillende vragen over wat zij wel en niet van hun werknemers mogen verlangen. Hieronder zullen wij ingaan op een aantal arbeidsrechtelijke vraagstukken waar werkgevers binnen de culturele sector tegenaan kunnen lopen tijdens deze crisis. Dit document behandelt de vragen die ons werden gesteld tijdens gesprekken met diverse culturele instellingen.

Dit document is opgesteld in het kader van een pro bono initiatief van De Brauw Blackstone Westbroek, waarbij we zoveel mogelijk (overkoepelende) culturele organisaties van juridische steun en begeleiding proberen te voorzien tijdens de coronacrisis.

Mocht u verdere vragen hebben over de inhoud van dit document of over andere arbeidsrechtelijke kwesties, dan horen wij dat graag via [taskforceculturelesector@debrauw.nl](mailto:taskforceculturelesector@debrauw.nl).

### 1 LOONDOORBETALING

#### 1.1 Dient het loon te worden doorbetaald aan werknemers die thuis geen werkzaamheden kunnen verrichten?

1.1.1 Werknemers die niet naar het werk kunnen en thuis geen werkzaamheden kunnen verrichten behouden in beginsel recht op hun reguliere loon.

1.1.2 De eerste paar dagen dat de scholen dicht waren en werknemers vanwege de zorg voor hun kinderen thuis waren, hadden die werknemers recht op calamiteitenverlof en daarmee op loon, op grond van artikel 4 lid 1 Wet Arbeid en Zorg. Het recht op calamiteitenverlof is vaak (nader) geregeld bij cao. Buiten de situatie van calamiteitenverlof, geldt het volgende.

1.1.3 Werknemers die niet werken hebben recht op loon als de reden voor het niet-verrichten van werkzaamheden voor risico van de werkgever komt. Dat is geregeld in artikel 7:628 BW.

1.1.4 De regering is van oordeel dat de coronacrisis voor risico van de werkgever komt. Volgens de regering

behouden werknemers recht op hun volledige loon zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, ook als zij niet werken door de coronamaatregelen. In dat verband is van belang dat de NOW-subsidie, waarover in hoofdstuk 2 meer, alleen aan loonkosten besteed mag worden. De subsidie dekt echter niet alle loonkosten (ook niet als er geen enkele omzet wordt behaald en de werkgever dus aanspraak heeft op de volle subsidie).

1.1.5 Hoewel dit standpunt van de regering (als onderdeel van de wetgevende macht) belangrijk is, is het uiteindelijk aan de rechter om te beslissen of en voor hoe lang een werkgever verplicht is het loon van werknemers die thuis geen werkzaamheden verrichten door te betalen gedurende de coronacrisis. Wij verwachten dat de rechter zal oordelen dat ten minste een deel van de coronacrisis voor rekening en risico van de werkgever komt. Maar welk gedeelte? Dat is nog onduidelijk; deze crisis is te vergelijken met andere bijzondere situaties die aan de rechter zijn voorgelegd, zoals de economische crisis van 2008, de uitbraak van de vogelpest of orkaan Irma op Sint-Maarten, maar verschilt ook van die situaties.

1.1.6 De rechter zal zijn oordeel baseren op specifieke feiten en omstandigheden, zoals (i) de duur en impact van de maatregelen, (ii) of de werkgever in aanmerking komt voor NOW-subsidie, (iii) de maatregelen die de werkgever heeft genomen om de werknemer in staat te stellen thuis of elders te werken en (iv) de financiële situatie van de werkgever en de werknemer.

1.1.7 Omdat er altijd een belangenafweging zal plaatsvinden, is het belangrijk om te kunnen laten zien dat geprobeerd is werknemers te laten werken ondanks de maatregelen. Te denken valt aan het creëren van toegang tot het IT-netwerk en bijeenkomsten vanuit huis, het zo mogelijk creëren van veilige werkplekken en procedures op het werk waarbij de richtlijnen van het RIVM gewaarborgd worden, het zo mogelijk opstarten van vervangende activiteiten waarmee omzet gegenereerd kan worden, etc. Als het ondanks die inzet niet mogelijk is werknemers arbeid te laten verrichten, is de kans groter dat dit niet voor rekening en risico van de werkgever komt dan wanneer de werkgever een afwachtende houding heeft aangenomen.

**1.2 Dient het loon te worden doorbetaald als er wel gewerkt kan worden op de werkplek maar de werknemer dit weigert in verband met het coronavirus?**

1.2.1 Als een werknemer gezondheidsklachten heeft en niet naar het werk komt conform de richtlijnen van het RIVM, dan is de werknemer wegens ziekte niet in staat te werken en heeft hij recht op loon tijdens ziekte (artikel 7:629 BW). Dat de klachten beperkt zijn en de werknemer onder andere omstandigheden niet zouden beletten naar het werk te komen (bijvoorbeeld een lichte verkoudheid), maakt niet uit.

1.2.2 Als een werknemer tot een risicogroep behoort en daarom niet komt werken, dan geldt hetgeen onder de vorige vraag is opgemerkt: waarschijnlijk heeft de werknemer gedurende zekere tijd recht op loondoorbetaling op grond van artikel 7:628 BW. De coronacrisis belet de werknemer immers om naar het werk te komen en die crisis komt hoogstwaarschijnlijk gedurende zekere tijd voor rekening en risico van de werkgever. Mogelijk heeft een werknemer bovendien recht op loondoorbetaling tijdens ziekte op grond van artikel 7:629 BW.

1.2.3 Als een werknemer niet naar het werk wil komen, ook al behoort hij niet tot een risicogroep en heeft hij geen klachten, zal er een belangenafweging moeten plaatsvinden om te beoordelen of een werknemer die niet werkt toch recht heeft op loon. In de eerste plaats is relevant of de werkgever voor een veilige werkplek heeft gezorgd. Een werkgever mag niet van een werknemer verlangen naar de werkplek te komen als de richtlijnen van het RIVM op de werkplek niet worden nageleefd. In de tweede plaats is relevant wat de beweegredenen van de werknemer zijn om niet te komen en wat de werkgever heeft gedaan om de werknemer in staat te stellen toch naar het werk te komen of thuis te werken. Heeft hij de zorg voor zijn kinderen, kan hij niet op een veilige manier naar de werkplek komen, heeft hij een gezinslid dat in een risicogroep valt, etc.? Er zal overleg tussen werkgever en werknemer nodig zijn om te bespreken of de redenen van de werknemer deugdelijk zijn en of die redenen door de werkgever of werknemer weggenomen kunnen worden. De werkgever zal zich daarin als goed werkgever moeten opstellen, en werknemer als goed werknemer.

1.2.4 Let wel: als de werknemer kan en wil thuiswerken, dan zal de werkgever dat moeten faciliteren. Ook als de werkplek veilig is en de werkgever thuiswerken liever niet heeft, maar geen zwaarwegende redenen heeft om van de werknemer te verlangen naar het werk te komen. Voorlopig houdt de richtlijn van de overheid immers in: thuiswerken als dat kan.

## **2 NOW**

### **2.1 Wat is de NOW?**

2.1.1 Op 31 maart 2020 heeft de regering de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid gepubliceerd, ook wel de NOW genoemd. De NOW is in de plaats van de Regeling Werktijdverkorting gekomen, die per direct is vervallen.

2.1.2 Op grond van de NOW kunnen werkgevers (groot en klein) een subsidie aanvragen ter hoogte van maximaal 90% van hun loonkosten, naar evenredigheid van hun verwachte omzetzaling van ten minste 20%. Als de werkgever bijvoorbeeld een omzetzaling verwacht van 60% zal een subsidie worden toegekend van 54% (namelijk 90% van 60%) van de loonkosten. De loonkosten die in aanmerking komen voor vergoeding onder de NOW zijn gemaximeerd op EUR 9.538 bruto per werknemer per maand.

2.1.3 Het eerste subsidietijdvak onder de NOW betreft drie maanden vanaf 1 maart 2020, waarbij de aanvrager zelf mag bepalen of de drie-maandsperiode aanvangt op 1 maart, 1 april of 1 mei 2020 (zie hierna onder 2.2). De subsidie wordt gebaseerd op de loonsom over januari 2020. Werkgevers kunnen tot en met 5 juni 2020 een subsidie voor deze periode aanvragen. Op 20 mei 2020 heeft de regering laten weten dat de NOW wordt verlengd; deze verlenging wordt ook wel NOW 2.0 genoemd. Volgens het laatste nieuws (28 mei 2020) wordt de NOW verlengd voor de duur van vier maanden. De verlenging houdt in dat ondernemers die minstens 20% omzetverlies verwachten vanaf (naar verwachting) 6 juli 2020 tot en met 30 september 2020 een vergoeding voor de loonkosten kunnen aanvragen overeen periode van vier maanden

(zie hierover verder paragraaf 2.2). De voorwaarden voor het ontvangen van een subsidie onder NOW 2.0 verschillen van de voorwaarden voor het ontvangen van een subsidie voor het eerste tijdvak. Zie hiervoor paragrafen 2.6 en 2.7.

## 2.2 Hoe moet de omzetzijding voor de aanvraag van de NOW-subsidie worden berekend?

2.2.1 Om de verwachte omzetzijding te bepalen, mag de werkgever kijken naar de omzetzijding over de naar zijn verwachting slechtst presterende periode van drie opeenvolgende maanden, die voor het eerste subsidietijdvak begint op 1 maart, 1 april of 1 mei 2020. Indien een beroep wordt gedaan op NOW 2.0 en niet eerder subsidie is aangevraagd onder de NOW kan een werkgever de periode voor omzetzijding laten beginnen op 1 juni, 1 juli, 1 augustus of 1 september 2020. Indien eerder een beroep is gedaan op de NOW voor het subsidietijdvak van 1 maart tot en met 31 mei 2020 moet de omzetperiode voor het berekenen van subsidie onder NOW 2.0 aansluiten op de eerder gekozen periode. De verwachte omzet in de gekozen periode wordt afgezet tegen de referentieomzet. De referentieomzet bedraagt 25% van de jaaromzet van de werkgever in 2019 zoals opgenomen in het financiële jaarverslag.

2.2.2 De werkgever hoeft geen oorzakelijk verband aan te tonen tussen de omzetzijding en de maatregelen om het coronavirus te beperken.

## 2.3 Vallen subsidies ook onder het omzetzijding in de NOW?

Baten, opbrengsten en andere voordelen zoals uitkeringen, subsidies, renteopbrengsten, bijdragen vanuit een overheidsinstelling of giften worden onder de NOW ook als omzet aangemerkt. Mogelijk zijn deze posten in het financiële jaarverslag over 2019 niet opgenomen in de jaaromzet, omdat daarin een ander omzetzijding is gebruikt. In dat geval zal voor het berekenen van de omzetzijding onder de NOW de jaaromzet over 2019 opnieuw moeten worden berekend om tot de juiste referentieomzet te komen. Daarnaast moet de werkgever, als hij bijvoorbeeld een jaarlijkse subsidie ontvangt, deze inkomsten naar rato verdelen over de periode (drie of vier maanden) waarvoor de werkgever de NOW-subsidie aanvraagt, voor zover dat in het financiële jaarverslag nog niet is

gebeurd. Als de werkgever bijvoorbeeld jaarlijks een subsidie ontvangt van EUR 5.000, zal deze voor  $5.000/12 \cdot 3 = \text{EUR } 1.250$  moeten worden meege-  
nomen in de (referentie)omzet voor de berekening van de subsidie over het eerste subsidietijdvak.

## 2.4 Valt een voorwaardelijke private subsidie, die bijvoorbeeld alleen wordt uitgekeerd als een bepaalde tentoonstelling doorgang vindt, onder het omzetzijding in de NOW?

2.4.1 Voorwaardelijke private subsidies worden onder de NOW ook als omzet aangemerkt. Bij de aanvraag om subsidieverlening moet de verwachte omzetzijding worden opgegeven (zie artikel 8 lid 4 sub c NOW). Het bedrag waarvoor subsidie wordt verleend wordt volgens artikel 10 NOW berekend aan de hand van het percentage van de verwachte omzetzijding. Vervolgens wordt 80% van het bedrag van de subsidieverlening als voorschot verstrekt. Tot zover is de verwachting bepalend. Als een private subsidie wordt verstrekt onder de voorwaarde dat een bepaalde tentoonstelling doorgang vindt, zal een inschatting moeten worden gemaakt van de kans dat de betreffende tentoonstelling doorgang vindt. Oftewel: wordt verwacht dat de subsidie niet wordt verstrekt of ingetrokken omdat een bepaalde tentoonstelling als gevolg van de coronacrisis niet door kan gaan? Zo ja, dan zou bij de berekening van de verwachte omzet geen rekening gehouden hoeven te worden met de subsidie die hoogstwaarschijnlijk niet ontvangen wordt.

2.4.2 Pas bij de aanvraag tot vaststelling van de NOW-subsidie (zie voor wanneer vaststelling kan worden aangevraagd paragraaf 2.8) worden de gegevens over de daadwerkelijke omzetzijding meegezonden. Het uiteindelijke bedrag waarop de NOW-subsidie wordt vastgesteld is dus niet de verwachte omzetzijding, hoe reëel die op dat moment ook had mogen zijn, maar de daadwerkelijk gerealiseerde omzetzijding. Daarbij is van belang dat de subsidie uiteindelijk lager kan worden vastgesteld dan het voorschot en is het dus mogelijk dat deze (gedeeltelijk) moet worden terugbetaald. Als bijvoorbeeld verwacht werd dat de private subsidie niet zou worden ontvangen, maar die subsidie toch is ontvangen, zal dus een gedeelte van het ontvangen voorschot onder de NOW moeten worden terugbetaald.

2.5 Hoe wordt de omzetzijding voor de NOW bepaald als de onderneming is ondergebracht in verschillende juridische entiteiten?

2.5.1 Voor de toepassing van de NOW worden een moeder- en een of meer dochterondernemingen (in de zin van artikel 2:24b BW) aangemerkt als een groep. Dat geldt ook voor de situatie waarin een stichting aandeelhouder is van een B.V. Een groep kan geen subsidieaanvraag doen; per werkgever (die een Nederlands loonheffingsnummer heeft) moet een aparte aanvraag worden ingediend.

2.5.2 In beginsel zal de groep van ondernemingen een omzetzijding van ten minste 20% moeten hebben wil een werkgever in die groep in aanmerking komen voor de NOW-subsidie. Om de omzetzijding te bepalen moet de omzet van de groep van ondernemingen bij elkaar worden opgeteld.

2.5.3 In een nieuwe regeling van 1 mei 2020 waarmee de NOW wordt gewijzigd, is de toepassing van de NOW op een groep nader gespecificeerd. Als een groep niet aan het vereiste van 20% omzetzijding voldoet, maar een van de rechtspersonen in die groep wel, komt deze rechtspersoon toch in aanmerking voor de NOW-subsidie als aan een aantal aanvullende voorwaarden wordt voldaan. Deze zijn: (i) de rechtspersoon die de aanvraag doet moet vóór de aanvraag overeenstemming bereiken met de vakbonden over werkbehoud binnen de onderneming (of als er minder dan 20 werknemers zijn, met de werknemersvertegenwoordiging binnen de onderneming), (ii) de rechtspersoon die de aanvraag doet mag geen personeels-bv zijn (de activiteiten mogen niet voor 50% of meer bestaan uit het uitlenen van personeel aan groepsentiteiten), (iii) het groepshoofd in de zin van artikel 2:406 BW of de moederonderneming in de zin van artikel 2:24a BW én de rechtspersoon die de aanvraag doet mogen geen dividenden uitkeren aan aandeelhouders en geen bonus of winstdeling uitkeren aan de raad van bestuur of de directie van de groep, en (iv) de gehele groep mag geen eigen aandelen inkopen, waarbij de voorwaarden onder (iii) en (iv) zien op het jaar 2020, tot aan de aandeelhoudersvergadering in 2021 waarin de jaarrekening over 2020 wordt vastgesteld.

2.6 Wat zijn in de eerste tranche de voorwaarden voor het ontvangen van een NOW-subsidie?

2.6.1 De werkgever die de NOW-subsidie ontvangt stemt ermee in (i) de loonkosten “zoveel mogelijk” op hetzelfde niveau te houden gedurende de periode waarin hij de NOW-subsidie ontvangt, (ii) de NOW-subsidie uitsluitend te gebruiken voor het betalen van loon (inclusief werkgeverslasten zoals vakantiebijslag en pensioenpremies) en (iii) de ondernemingsraad, werknemersvertegenwoordiging of werknemers te informeren over de ontvangen NOW-subsidie.

2.6.2 Daarnaast mag de werkgever in beginsel geen ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen indienen bij het UWV gedurende de periode dat hij de NOW-subsidie ontvangt. Doet de werkgever dit toch na 17 maart 2020, dan wordt 150% van het loon van de werknemer waarvoor een ontslagvergunning is aangevraagd in mindering gebracht op de loonsom die in aanmerking komt voor vergoeding onder de NOW. Er is dus geen verbod om over te gaan tot bedrijfseconomisch ontslag gedurende de periode dat er een subsidie onder de NOW wordt ontvangen, maar een dergelijk ontslag zal wel een grote negatieve impact op de hoogte van de subsidie hebben.

2.7 Wat zijn de aanvullende voorwaarden voor het ontvangen van een subsidie onder NOW 2.0?

2.7.1 De nieuwe voorwaarden van de NOW worden op dit moment nader uitgewerkt. Uit de kamerbrief van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat van 20 mei 2020 en uit diverse nieuwsberichten blijkt het volgende, waarbij wordt opgemerkt dat nog niet alle voorwaarden vastliggen. Hetgeen beschreven in paragraaf 2.6.1 zal ook gelden voor een subsidie onder NOW 2.0. De zogenoemde ontslagboete zal echter niet meer bij elk ontslag gelden. Werkgevers die een subsidie ontvangen onder NOW 2.0 zullen geen ontslagboete opgelegd krijgen als zij toch besluiten een ontslagaanvraag bij het UWV in te dienen, op voorwaarde dat zij eerst met de vakbonden overleggen. In dat geval zal de subsidie niet langer voor 150%, maar voor 100% worden gecorrigeerd met de hoogte van de loonsom van de werknemers waarvoor ontslag is aangevraagd wegens bedrijfseconomische redenen. Het zal hierbij dan naar alle

waarschijnlijk gaan om ontslagaanvragen die in de periode 1 juni tot en met 30 september 2020 worden ingediend. Als een werkgever niet in overleg treedt met de vakbonden alvorens een ontslagaanvraag bij het UWV in te dienen en er vervolgens meer dan twintig werknemers worden ontslagen, zal de werkgever een boete opgelegd krijgen van 5% van de totale subsidie die onder NOW 2.0 wordt ontvangen. Het is nog niet duidelijk hoe het overleg met de vakbonden moet worden vormgegeven en welke vakbonden daarbij betrokken moeten worden.

2.7.2 Een aanvullende voorwaarde die voor het tweede subsidietijdvak wordt opgenomen is een inspanningsverplichting voor werkgevers om hun werknemers te stimuleren om aan bij- of omscholing te doen. Werknemers moeten de kans krijgen om een ontwikkeladvies aan te vragen of zich bij te scholen voor behoud van werk.

2.7.3 Daarnaast mag over 2020 en tot en met de aandeelhoudersvergadering in 2021 waarin de jaarrekening over 2020 wordt vastgesteld geen dividend, winstdeeling of bonus worden uitgekeerd aan het bestuur en de directie én mogen geen eigen aandelen worden ingekocht. Zie voor meer informatie omtrent het betalen van bonussen hoofdstuk 7.

## 2.8 Wanneer wordt de NOW-subsidie uitbetaald?

2.8.1 Het UWV doet een lichte toets van de aanvraag, zodat de NOW-subsidie snel na de aanvraag kan worden uitgekeerd. De NOW voorziet in een beslistermijn van 13 weken. Maar het streven is de NOW-subsidie binnen 2 tot 4 weken na ontvangst van de aanvraag uit te keren. De werkgever ontvangt dan een voorschot van 80% van het voorlopige subsidiebedrag op basis van de verwachte omzetzaling over de drie of vier opeenvolgende maanden zoals aangegeven in de aanvraag. Na afloop van deze drie of vier maanden moet de werkgever binnen 24 weken de vaststelling van de subsidie aanvragen, waarbij de definitieve hoogte van de subsidie zal worden vastgesteld. Vaststelling van het eerste subsidietijdvak kan worden aangevraagd vanaf 7 september 2020. Deze datum geldt voor werkgevers die alleen een aanvraag in de eerste tranche hebben ingediend. Indien er voor beide tranches, of alleen voor de tweede tranche een NOW-aanvraag is ingediend, kan vaststelling niet eerder dan na afloop van het tweede subsidietijdvak

aangevraagd worden. Een datum daarvoor wordt later bekend gemaakt.

2.8.2 Aanvragen van de NOW-subsidie voor de eerste tranche kunnen tot en met 5 juni 2020 worden ingediend. Aanvragen voor de tweede tranche kunnen naar alle waarschijnlijkheid tot en met 30 september 2020 worden ingediend. Aanvragen kunnen worden ingediend via de website van het UWV, waarbij de werkgever dient te beschikken over de volgende gegevens:

### 2.9 Welke gegevens zijn er nodig voor de aanvraag van de NOW-subsidie?

Aanvragen van de NOW-subsidie voor de eerste tranche kunnen tot en met 5 juni 2020 worden ingediend. Aanvragen voor de tweede tranche kunnen tot en met 31 augustus 2020 worden ingediend. Aanvragen kunnen worden ingediend via de website van het UWV, waarbij de werkgever dient te beschikken over de volgende gegevens:

- naam en adres van de werkgever;
- naam, telefoonnummer, e-mailadres, functietitel en afdeling van een contactpersoon van werkgever die bevoegd is het bedrijf rechtsgeldig te vertegenwoordigen (conform de statuten);
- het loonheffingsnummer in Nederland van de werkgever;
- de verwachte slechtst presterende periode van drie opeenvolgende maanden, te starten op 1 maart, 1 april of 1 mei 2020 als de subsidieaanvraag voor het eerste tijdvak wordt ingediend;
- de verwachte slechtst presterende periode van vier opeenvolgende maanden, te starten op 1 juni, 1 juli, 1 augustus of 1 september 2020 als de subsidieaanvraag voor het tweede tijdvak wordt ingediend en geen subsidieaanvraag is ingediend voor het eerste tijdvak;
- indien eerder al een beroep is gedaan op de NOW voor het subsidietijdvak van 1 maart tot en met 31 mei 2020, de omzetperiode van vier opeenvolgende maanden aansluitend op de gekozen periode in de eerste tranche;

- een schatting van de verwachte omzetzaling in de gekozen periode, afgezet tegen de referentieomzet (25% van de jaaronzet over 2019 zoals opgenomen in het financiële jaarverslag); en
- het bankrekeningnummer (IBAN) inclusief tenaamstelling waarnaar de Belastingdienst te veel betaalde belasting terugbetaalt en een scan/screenshot van deze bankrekening.

### 3 VAKANTIEBIJSLAG

#### 3.1 Mag de werkgever de betaling van de vakantiebijslag eenzijdig uitstellen of annuleren?

3.1.1 De NOW-subsidie bevat naast een vergoeding van de loonkosten een vaste opslag van 30% om de werkgeverspremies, werknemersbijdragen aan pensioen en de opbouw van vakantiebijslag te compenseren. De NOW vereist aldus dat werkgevers die de NOW-subsidie ontvangen ook de vakantiebijslag doorbetalen. Onder NOW 2.0 wordt de forfaitaire opslag op de loonkosten verhoogd van 30% naar 40%.

3.1.2 Het recht op vakantiebijslag is een arbeidsvoorwaarde. Dit is in elk geval zo als op grond van een schriftelijke overeenkomst tussen werkgever en werknemer (i) de vakantiebijslag maandelijks wordt opgebouwd en uitbetaald en (ii) de vakantiebijslag jaarlijks wordt uitbetaald over het afgelopen jaar waarin het reeds is opgebouwd. De drempel om een dergelijke arbeidsvoorwaarde eenzijdig te wijzigen is hoog. Als de vakantiebijslag jaarlijks wordt vooruitbetaald over het komende jaar, kan betaling onder bijzondere omstandigheden wel eenzijdig worden uitgesteld. Of dit mag is uiteindelijk aan de rechter, die op basis van een individuele belangenafweging zal beslissen of het uitstellen van de betaling van de vakantiebijslag in een specifiek geval gerechtvaardigd is. Omstandigheden die in deze beoordeling kunnen worden betrokken zijn onder andere (i) of de werkgever in aanmerking komt voor de NOW-subsidie (wat tegen uitstel spreekt), (ii) de financiële positie van de werkgever en de werknemer, (iii) of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging heeft ingestemd met de maatregel en (iv) of de maatregel tijdelijk van aard is.

3.1.3 Voor sommige branches hebben de vakorganisaties laten weten onder voorwaarden bereid te zijn in te stemmen met een uitstel van de betaling van vakantiebijslag vanwege de grote gevolgen van de coronacrisis voor die branches.

## 4 VAKANTIEDAGEN

#### 4.1 Kan de werkgever de werknemer verplichten vakantiebijslag op te nemen?

4.1.1 De werkgever kan de werknemer in beginsel niet verplichten om vakantie op te nemen omdat (i) er minder werk is als gevolg van de coronacrisis, (ii) werken vanuit huis niet mogelijk is terwijl de werknemer verplicht thuis moet blijven in verband met de maatregelen getroffen door de overheid, (iii) de werknemer thuis moet blijven door het ontbreken van opvang voor zijn/haar kinderen, of (iv) de werknemer minder uren en/of minder efficiënt kan werken wegens zijn/haar zorgtaken. De werkgever kan de werknemer wel verzoeken vakantie op te nemen of onbetaald verlof, maar er is geen wettelijke verplichting voor de werknemer om daarmee in te stemmen.

4.1.2 De werkgever kan afwijken van deze algemene regel door vakantiebijslag aan te wijzen als deze mogelijkheid is opgenomen in een schriftelijke overeenkomst, een cao of de wet. Om te bepalen of er een mogelijkheid bestaat tot het aanwijzen van verplichte vakantiebijslag, is het raadzaam na te gaan wat daarover is opgenomen in (i) de toepasselijke cao, (ii) interne vakantiebijslagreglementen en (iii) de arbeidsovereenkomst en mogelijk toepasselijke aanvullende arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld opgenomen in een personeelshandboek).

#### 4.2 Wat gebeurt er met niet-opgenomen wettelijke vakantiebijslag?

4.2.1 De wettelijke vakantiebijslag vervallen zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin dat recht is verkregen, tenzij de werknemer naar redelijkheid niet in staat is geweest deze vakantiebijslag op te nemen.

4.2.2 De wettelijke vakantiedagen over 2019 komen dus op 1 juli 2020 te vervallen. De uitbraak van het coronavirus zal in het algemeen geen effect hebben op het verval van de wettelijke vakantiedagen over 2019. De werknemer heeft voldoende de kans gehad om deze vakantiedagen op te nemen, met enkele uitzonderingen zoals voor chronisch zieke werknemers.

4.2.3 Met betrekking tot de vakantiedagen over 2020, die vervallen op 1 juli 2021, kan dit anders zijn. Indien de maatregelen in verband met het coronavirus substantieel langer duren, zal dit op enig moment effect hebben op de datum van het verval van deze vakantiedagen. Het is op dit moment lastig te voorspellen wanneer dit moment zal zijn. Denkbaar is dat dit gebeurt wanneer werknemers niet in de gelegenheid zijn op zomervakantie te gaan in 2020 omdat reizen naar het buitenland niet mogelijk is en hotels, campingfaciliteiten, restaurants, musea etc. nog steeds gesloten zouden zijn. Op dit moment (medio mei) ziet het daar niet naar uit.

#### 4.3 Kan een werknemer het bovenwettelijke deel van de vakantiedagen schenken aan de werkgever?

4.3.1 Vakantie is een van de belangrijkste sociale grondrechten. Een werknemer kan tijdens de arbeidsovereenkomst geen afstand doen – ook niet tegen schadevergoeding – van zijn wettelijke minimumvakantierechten. Dat is geregeld in artikel 7:640 lid 1 BW.

4.3.2 Als een werknemer ook bovenwettelijke vakantie-rechten heeft, dan kan hij van die bovenwettelijke rechten wel afstand doen, mits dat schriftelijk wordt afgesproken (artikel 7:640 lid 2 BW). Volgens een uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch moet de wettelijke regeling zo begrepen worden dat alleen afstand kan worden gedaan van bovenwettelijke vakantie-rechten als daar een schadevergoeding tegenover staat. Die kan bestaan uit een geldelijke vergoeding of een recht op verlof in de toekomst. Schenken van bovenwettelijke verlofrechten is volgens die uitspraak dus niet mogelijk. Of die lezing, in de huidige omstandigheden, ook door andere rechters wordt gevolgd, is de vraag.

4.3.3 Als de werkgever de collectieve vakantie-regeling wenst te wijzigen, dan dient de ondernemingsraad daarmee in te stemmen (artikel 27 lid 1 sub b WOR).

## 5 PENSIOENPREMIES

### 5.1 Kunnen werkgevers uitstel van betaling van pensioenpremie krijgen?

5.1.1 De NOW-subsidie bevat naast een vergoeding van de loonkosten een tegemoetkoming om de pensioenpremie te kunnen blijven voldoen. Aangezien de pensioenpremie per werkgever en zelfs per werknemer kunnen verschillen en de NOW regeling op korte termijn uitvoerbaar moest zijn, is ervoor gekozen een vaste opslag van 30% op de tegemoetkoming voor de loonkosten uit te keren aan werkgevers ter compensatie van werkgeverspremies, werknemersbijdragen aan pensioen en de opbouw van vakantiebijslag.

5.1.2 Als een werkgever niet in aanmerking komt voor de NOW-subsidie en in acute problemen komt met het betalen van pensioenpremie, adviseren wij de werkgever de website van de pensioenuitvoerder te raadplegen of contact op te nemen met de pensioenuitvoerder. Diverse pensioenuitvoerders hebben inmiddels een oplossing geboden. Omdat de problemen per sector of werkgever verschillen, vergt het vinden van een oplossing maatwerk. Op 21 maart 2020 heeft de Stichting van Arbeid met de Pensioenfederatie en het Verbond van Verzekeraars oplossingsrichtingen vastgesteld die als basis voor een passende oplossing kunnen dienen, namelijk: (i) pensioenuitvoerders kunnen een betalingsregeling treffen met individuele werkgevers die acute geldproblemen hebben, (ii) betalingstermijnen waarbinnen werkgevers pensioenpremie moeten afdragen kunnen voor getroffen sectoren en werkgevers – binnen de wettelijke mogelijkheden – worden verruimd en (iii) pensioenuitvoerders kunnen een minder strikt invorderingsbeleid voeren bij het innen van pensioenpremie, zoals het bij te late betaling tijdelijk niet opleggen van administratieve boetes en het niet inschakelen van een incassobureau.

5.1.3 Als de werkgever is aangesloten bij een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en de premie tijdelijk niet kan betalen, zal tijdig een melding moeten worden gedaan bij het pensioenfonds (artikel 23 Wet Bpf 2000). Schending van deze meldingsplicht kan ertoe leiden dat de bestuurders van de werkgever hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover het pensioenfonds.



## 6 REISKOSTENVERGOEDING

- 6.1 Ik geef mijn werknemers een vaste reiskostenvergoeding, maar mijn werknemers werken (bijna) volledig thuis door de coronacrisis. Moet ik de vaste reiskostenvergoeding aanpassen of geheel of gedeeltelijk tot het loon rekenen?
- 6.1.1 In de individuele arbeidsovereenkomst (of onderliggende personeelsgids) zijn vaak afspraken opgenomen over het vergoeden van reiskosten die worden gemaakt door een werknemer. Reiskosten worden in de praktijk vaak vergoed (op een fiscaalgunstige wijze) middels een vaste vergoeding per maand, het achteraf declareren van gemaakte kosten of een abonnement voor het openbaar vervoer. Als een werknemer geen reiskosten maakt in verband met zijn werk, mag de werkgever in beginsel de reiskostenvergoeding (of bijvoorbeeld het abonnement) stopzetten. Een reiskostenvergoeding is namelijk geen vorm van loon en heeft enkel het doel de kosten te vergoeden die een werknemer daadwerkelijk maakt. Wel moet in elke specifieke situatie steeds naar de gemaakte afspraken worden gekeken, omdat daarin uitzonderingen kunnen zijn opgenomen. Als bijvoorbeeld is afgesproken dat de vergoeding pas mag worden stopgezet als de werknemer gedurende een aantal weken of maanden niet of minder reist, dan zal die afspraak ook nu gevolgd moeten worden.
- 6.1.2 De Staatssecretaris van Financiën heeft goedgekeurd dat u met terugwerkende kracht tot 12 maart 2020, en zolang de crisismaatregelen gelden, mag blijven uitgaan van het reispatroon waarop de reiskostenvergoeding was gebaseerd. Dit betekent dat u aanspraak kan blijven maken op de geldende vrijstelling voor reiskostenvergoeding. Deze goedkeuring geldt ook als u een nacalculatie doet voor de vaste reiskostenvergoeding.

## 7 BONUSREGELINGEN

- 7.1 Mag een werkgever bonussen uitkeren als hij de NOW-subsidie ontvangt?
- Voor het ontvangen van subsidie over het eerste tijdvak (van 1 maart tot en met 31 mei 2020), is geen voorwaarde opgenomen dat geen bonussen mogen worden uitgekeerd. De regering zou graag zien dat de NOW 2.0 wel een dergelijke voorwaarde gaat bevatten. Wil een werkgever in aanmerking komen voor subsidie onder NOW 2.0, dan mag hij over 2020 geen bonussen uitkeren aan het bestuur en de directie en tot en met de aandeelhoudersvergadering waarin de jaarrekening over 2020 in 2021 wordt vastgesteld. Het bonusverbod geldt volgens de plannen niet voor andere werknemers dan de leden van de raad van bestuur en de directie en niet voor bonussen over 2019 die in 2020 worden uitbetaald. Overigens is nog niet duidelijk wat de sanctie zal zijn als er toch een bonus wordt uitbetaald aan de raad van bestuur; de verwachting is dat er dan helemaal geen aanspraak op een NOW-subsidie is.
- 7.2 Is een voorwaarde in de NOW dat geen bonussen betaald mogen worden een deugdelijke reden voor een werkgever om een bonus waarop een werknemer recht zou hebben gehad als de NOW niet van toepassing was, niet uit te betalen?
- 7.2.1 Afspraken moeten worden nagekomen, ook in het arbeidsrecht. Als een zekere bonus is overeengekomen en aan de overeengekomen voorwaarden is voldaan, dan zal de werkgever die bonus moeten betalen. Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden is dat anders. Alleen als het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een werknemer van zijn werkgever nakoming van de bonusafspraken verlangt, mag een werkgever afzien van nakoming (artikel 6:248 lid 2 BW). Een bekende uitspraak die hier relevant is, is van het Hof Amsterdam over bonusaanspraken binnen ABN-Amro<sup>1</sup>. Het hof oordeelde toen dat ondanks de kredietcrisis, maatschappelijke kritiek en ontvangen staatssteun, overeengekomen vertrekvergoedingen en bonussen

---

<sup>1</sup> Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0843.

uitgekeerd moesten worden. Afspraak is afspraak dus, óók destijds onder de door de kredietcrisis sterk gewijzigde omstandigheden in de financiële sector. Een andere relevante uitspraak in dit verband is van de rechtbank Amsterdam inzake V&D<sup>2</sup>. V&D mocht de lonen niet eenzijdig verlagen, ondanks de zorgwekkende financiële situatie waarin zij zich bevond.

- 7.2.2 Of de hoge drempel voor niet-betalen ook in geval van de NOW betekent dat bonussen toch betaald moeten worden, moet nog worden uitgemaakt. In de te maken belangenafweging zal ook relevant zijn wat de gevolgen van het toch betalen van bonussen zal zijn voor de subsidie en voor de financiële positie van de werkgever. Dat is nu nog onbekend, maar zal snel duidelijk worden.
- 7.2.3 Voorlopig is het advies om geen bonusafspraken te maken en geen bonussen over 2020 uit te betalen aan leden van de raad van bestuur en de directie, zolang er een mogelijkheid is dat er NOW wordt aangevraagd. Overigens zal in de praktijk als aanspraak bestaat op een NOW-subsidie vaak ofwel (i) niet aan de voorwaarden voor toekenning van een bonus worden voldaan, ofwel (ii) de bonus voldoende discretionair zijn om te kunnen bepalen dat er geen aanspraak op bestaat in het licht van de NOW-voorwaarden.

## 8 REORGANISATIE (ARBEIDSRECHTELIJKE ASPECTEN)

- 8.1 Hoe kan de werkgever zich voorbereiden op een reorganisatie?
- 8.1.1 Als de werkgever een of meer werknemers wil ontslaan wegens bedrijfseconomische redenen, moet de werkgever een ontslaanvraag indienen bij het UWV (artikel 7:669 lid 3 sub a BW), of een beëindigingsovereenkomst sluiten met de betreffende werknemer(s). Werknemers hebben bij ontslag via het UWV recht op de wettelijke transitievergoeding. Sinds 1 januari 2020 bestaat de wettelijke transitievergoeding uit 1/3e bruto maandloon (inclusief gemiddelde

maandelijkse bonus en andere vaste componenten) per dienstjaar. Bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst is de werkgever niet verplicht een vergoeding te betalen, al zal in de praktijk (minimaal) de transitievergoeding het uitgangspunt voor de onderhandelingen zijn.

- 8.1.2 Als de werkgever de route volgt van een ontslaanvraag bij het UWV is een aantal punten van belang. Als het gaat om een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden van de organisatie of een belangrijke organisatiewijziging, moet op grond van artikel 25 WOR het advies van de ondernemingsraad worden ingewonnen. Bij ontslag van een of enkele medewerkers is dit waarschijnlijk niet aan de orde. Als het wel om een substantieel aantal werknemers gaat, moet tijdig advies worden gevraagd: de ondernemingsraad moet nog wezenlijke invloed op het besluit kunnen uitoefenen. In de adviesaanvraag moeten de gevolgen voor het personeel uiteengezet worden, evenals de (financiële) maatregelen die voor hen getroffen zullen worden.
- 8.1.3 De werkgever is redelijk vrij om te besluiten welke en hoeveel functies hij laat vervallen, zo lang hij zijn besluit en de redenen die daaraan ten grondslag liggen maar kan uitleggen en onderbouwen. Als duidelijk is welke functies er komen te vervallen, moet de ontslagvolgorde van de verschillende groepen werknemers worden bepaald. Bij een reorganisatie is de werkgever namelijk niet vrij om te kiezen welke werknemers hij ontslaat maar moet hij een bepaalde ontslagvolgorde in acht nemen. Bij ontslag om bedrijfseconomische redenen ontslaat de werkgever eerst ingehuurd personeel zoals uitzendkrachten en zzp'ers. Daarna worden volgens het afspiegelingsbeginsel de volgende werknemers ontslagen: AOW-gerechtigden, oproepkrachten en werknemers die werken op een tijdelijke arbeidsovereenkomst die nog maximaal 26 weken duurt. Vervolgens worden de overige werknemers (werknemers met een vaste arbeidsovereenkomst of tijdelijke arbeidsovereenkomst die nog langer dan 26 weken duurt) ontslagen, ook volgens het afspiegelingsbeginsel.

---

<sup>2</sup> Rechtbank Amsterdam (kantonrechter in kort geding) 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:899.

- 8.1.4 Ter onderbouwing van de ontslaaanvraag moet een werkgever gedetailleerde informatie overleggen, zoals financiële stukken die de bedrijfseconomische noodzaak om te reorganiseren staven. Ook moet de werkgever aantonen dat de werknemers in kwestie niet binnen een redelijke termijn, eventueel met behulp van scholing, kunnen worden herplaatst in een andere functie binnen de onderneming. Een werkgever kan – ter voorbereiding op een eventuele reorganisatie – alvast de bovengenoemde groepen werknemers en de uitwisselbare functies (functies vergelijkbaar qua inhoud en benodigde kennis en vaardigheden) inventariseren en de financiële stukken verzamelen. Als advies aan de ondernemingsraad moet worden gevraagd, wordt deze informatie in de regel ook in de adviesaanvraag opgenomen.
- 8.1.5 Daarnaast moet worden vastgesteld of sprake is van een collectief ontslag (ontslag van 20 werknemers of meer binnen drie maanden), in welk geval de Wet melding collectief ontslag van toepassing is en aanvullende voorwaarden gelden. Dan moet niet alleen de ondernemingsraad, maar ook het UWV en de vakbonden op de hoogte worden gesteld van de voorgenomen ontslagen. Vervolgens moet een wachttijd van een maand in acht worden genomen, voordat de arbeidsovereenkomsten mogen worden opgezegd.
- 8.1.6 Bij het bovenstaande moet worden opgemerkt dat de werkgever gedurende de periode dat hij NOW-subsidie ontvangt een ontslagboete opgelegd kan krijgen indien hij tot ontslag overgaat. Zie in dit verband paragrafen 2.6 en 2.7.