

SPOED!
PER FALK

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
T.a.v. Zijne Excellentie W. Koolmees
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

Oisterwijk, 18 maart 2020

Inzake : Aanbevelingen t.a.v. noodpakket banen en economie voor uitzend- en payrollondernemingen

Hooggeachte heer Koolmees,

Graag vragen wij uw aandacht voor het navolgende.

INLEIDING

VRF Advocaten is een in Nederland (Oisterwijk) gevestigd advocatenkantoor, gespecialiseerd in (nationaal en internationaal) arbeidsrecht, meer in het bijzonder in flexibele arbeid. Wij staan enerzijds ondernemingen bij die arbeidskrachten ter beschikking stellen (uitzend-detacherings- en payrollondernemingen). Anderzijds staan wij ondernemingen bij die (veel) arbeidskrachten inlenen. De populatie ondernemingen die wij bijstaan heeft een substantieel deel van de in Nederland werkzame uitzend- en payrollkrachten in dienst dan wel leent een substantieel deel van de in Nederland werkzame uitzend- en payrollkrachten in.

Reden waarom wij, namens onze cliënten, graag het navolgende onder uw aandacht willen brengen.

NOODPAKKET BANEN EN ECONOMIE

Op 17 maart 2020 zond u (tezamen met andere ministers en staatssecretarissen) een brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, waarin u uiteenzet dat het Kabinet een aantal bijzondere maatregelen treft teneinde de reële economie en de werkgelegenheid te beschermen vanwege de bijzondere omstandigheden die thans zijn ontstaan naar aanleiding van de uitbraak van het Coronavirus en de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de economie en werkgelegenheid.¹ Onze cliënten dragen de door u aangekondigde maatregelen een warm hart toe.

¹ Brief d.d. 17 maart 2020 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, met kenmerk CE-AEP/2007 7147:
<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2020/03/17/kamerbrief-over-noodpakket-banen-en-economie/Kamerbrief-noodpakket-banen-en-economie.pdf>

Een van de maatregelen betreft de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor werkbehoud (hierna: 'de NOW'). Cliënten zijn uiteraard zeer positief gestemd over deze noodmaatregel. In het bijzonder omdat hiermee werkgelegenheid blijft behouden. Wel wensen wij namens cliënten van ons kantoor een aantal aanbevelingen te doen voor de inrichting van deze regeling, welke hieronder worden uiteengezet.

AANBEVELINGEN T.A.V. NOW

- 1. Ook ten aanzien van werknemers, waarvan het loon moet worden doorbetaald wegens arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, moet de NOW ingeroepen kunnen worden*

Wij vernemen van onze cliënten dat werknemers zich massaal hebben ziek gemeld. Dit zijn in sommige gevallen zelfs 700 ziekmeldingen per werkgever per dag. Volgens de inmiddels ingetrokken regeling werktijdverkorting, zou voor werknemers wiens loon moet worden doorbetaald op grond van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte (ex artikel 7:629 BW), geen werktijdverkorting kunnen worden aangevraagd c.q. worden toegepast. Dit terwijl ook geen capaciteit beschikbaar is om de ziekmeldingen te controleren. Er zijn immers geen, althans onvoldoende bedrijfsartsen en arbodiensten beschikbaar om vast te stellen of werknemers daadwerkelijk arbeidsongeschikt zijn wegens ziekte en dus of er een loondoorbetalingsverplichting voor werkgevers bestaat. Bovenal kunnen zij geen oordeel geven aangaande het Coronavirus. Ingeval dit in de nieuwe regeling in stand blijft, zou dit betekenen dat de noodmaatregel te weinig bijdraagt aan het continueren van flexondernemingen en derhalve behoud van de werkgelegenheid. Werkgevers zouden dan loon moeten doorbetalen, terwijl niet de NOW hiervoor kan worden ingeroepen. Dit heeft directe financiële gevolgen voor flexondernemingen alsmede voor de werkgelegenheid en de belasting van ZW-uitkeringen. Daarbij komt dat de wet onvoldoende mogelijkheid biedt aan werkgevers, om in deze bijzondere omstandigheden, sancties op te leggen aan werknemers, teneinde de loondoorbetaling te staken of te beperken. Artikel 7:629 BW en de daarop gebaseerde wet- en regelgeving is immers dwingendrechtelijk van aard.

Aldus doen wij de nadrukkelijke aanbeveling dat werkgevers aanspraak kunnen maken op de NOW, ongeacht op welke wettelijke grond zij verplicht zijn het loon door te betalen. Oftewel ook voor werknemers die zich sinds 1 maart 2020 hebben ziek gemeld zouden werkgevers een beroep moeten kunnen doen op de NOW.

- 2. Ingeval de opdracht van een opdrachtgever wegvalt of deinzet bij deze specifieke opdrachtgever met tenminste 20% wordt verminderd, dient een flexonderneming een beroep te kunnen doen op de NOW, voor de daarbij betrokken uitzend- of payrollkrachten*

Uitzend- en payrollkrachten worden ter beschikking gesteld van opdrachtgevers om onder leiding en toezicht van deze opdrachtgevers werkzaamheden te verrichten, waarvoor ook de opdracht wordt verstrekt aan de flexonderneming. Er is met andere woorden sprake van een driehoeksverhouding. Het kan voor komen dat voor bepaalde uitzend- of payrollkrachten volledig of deels het werk wegvalt, doordat de opdracht verstrekt aan de flexonderneming eindigt. Op dat moment heeft de flexonderneming direct te maken met omzetverlies en een

loondoorbetalingsverplichting jegens de uitzend- of payrollkrachten die 'op de bank komen te zitten'. **Onze aanbeveling is om flexondernemingen ook aanspraak te laten maken op een beroep op de NOW, ingeval de opdracht van de opdrachtgever wordt ingetrokken of tenminste 20% van de inzet wordt verminderd. Derhalve naast de mogelijkheid voor flexondernemingen om aanspraak te maken op de NOW als zij tenminste 20% verlies hebben op ondernemingsniveau.** De NOW kan dan worden ingeroepen voor uitzend- of payrollkrachten, ingeval de flexonderneming in zijn geheel te kampen heeft met 20% omzetverlies, maar ook ingeval tenminste 20% van de inzet van uitzend- of payrollkrachten bij de opdrachtgever wordt verloren.

3. Gekeken moet worden naar de concernstructuur van de onderneming voor toepassing van de NOW

In veel concerns zijn de werknemers in de ene rechtspersoon 'ondergebracht' en de opdrachten belegd in een andere vennootschap. Met andere woorden, risico en kapitaal zijn gescheiden. Het kan dan voorkomen dat de ene vennootschap geen omzet (kapitaal) heeft en de andere vennootschap juist geen kosten (risico). **Wij bevelen aan dat aanspraak kan worden gemaakt op de NOW door concerns.** Derhalve dient te worden beoordeeld of een concern aan de voorwaarden voldoet en niet (alleen) iedere afzonderlijke rechtspersoon / werkgever.

Ook ten aanzien van de vereiste accountantsverklaring, dient de mogelijkheid te worden opengelaten om een accountantsverklaring op concernniveau te overleggen, waaruit blijkt dat het gehele concern aan de voorwaarden van de NOW voldoet.

4. De voorwaarden dient niet te zijn een omzetverlies van 20% (zoals ook in de hiervoor genoemde brief is aangegeven), maar (ook) 20% verlies van (eigen) arbeidscapaciteit

Veel ondernemingen lenen personeel in. De ingetrokken regeling werktijdverkorting leek ervan uit te gaan dat ondernemingen, alvorens te voldoen aan de voorwaarden van verlies aan arbeidscapaciteit, vooreerst ingeleend personeel de wacht moesten aanzeggen. Dat zou leiden tot ongewenste en (zeker voor zeer grote ondernemingen) praktisch onhaalbare situaties. **Vandaar dat wij aanbevelen dat ondernemingen aanspraak kunnen maken op de NOW voor eigen werknemers, ongeacht of zij ingeleend personeel aan het werk laten binnen de onderneming.** Er dient aldus sec gekeken te worden naar omzetverlies van tenminste 20% (van de rechtspersoon dan wel het concern als geheel) en het als gevolg daarvan niet (volledig) kunnen benutten van arbeidscapaciteit. Niet getoetst dient te worden of ingeleend personeel de wacht is aangezegd. Daarbij doen wij de aanbeveling om ter zake de 20% omzetverlies dat te vertalen naar verlies van ten minste 20% arbeidscapaciteit, te meer omdat bij omzetverlies de vraag zal zijn met welke periode dit omzet verlies moet worden vergeleken en hierover de nodige vragen kunnen ontstaan.

5. Bij de doorbetaling van het 100% loon van de werknemer, dient aansluiting te worden gezocht bij de wet en toepasselijke cao-bepalingen

Wij vragen u om duidelijk aan te geven wat onder loon(som) in de zin van de NOW dient te worden verstaan. Uit uw brief blijkt immers dat werkgevers, bij toepassing van de NOW,

gehouden zijn tot 100% loondoorbetaling. Daarbij dient het te gaan om het loon wat flexondernemingen (en overige werkgevers) verplicht zijn door te betalen op het moment dat het werk wegvalt (ex artikel 7:628 BW en de daarop gebaseerde cao-bepalingen) dan wel op het moment dat er sprake is van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte (ex artikel 7:629 BW en de daarop betrekking hebbende cao-bepalingen). Voor het begrip loonsom dient dan ook aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van de verplichte loonbetalingsverplichting op grond van de wet en/of toepasselijk cao-bepalingen.

AFSLUITING

Het spreekt voor zich dat wij altijd bereid zijn om het voorgaande nader toe te lichten - hetzij schriftelijk, hetzij mondeling - en u te voorzien van alle informatie / stukken die ter zake nuttig zouden kunnen zijn en waarvan wij u zouden kunnen voorzien. Onze contactgegevens treft u aan op de eerste pagina van deze brief.

Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet.

Hoogachtend,
Namens VRF Advocaten


Mrs. S.A.J. van Riel en H. Mouselli
partners