

## Bonus en dividend onder de NOW regeling

Onlangs werd bekend dat onder andere Ajax, Booking.com en KLM de Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (de **NOW**) hadden aangevraagd en toch zijn overgegaan tot het uitkeren van bonussen dan wel dividend. Dit leidde tot forse kritiek op de rechtmatigheid van de steunaanvraag door deze ondernemingen. Ook vormde het de opmaat voor ophef in het parlement over de keuze van de wetgever om uiteindelijk het 'verbod' voor steunaanvragers op uitrekening van bonussen en dividenden niet uit te breiden naar buitenlandse groepsvennootschappen.

De relevante vraag (i.e. de rechtmatigheid van de steun in situaties waarin dividend dan wel bonussen zijn uitgekeerd) komt niet alleen op bij bovenstaande high-profile ondernemingen. In het kader van de controle van de jaarrekening over boekjaar 2020, zal ook de accountant zich een oordeel moeten vellen over de rechtmatigheid van de steun. In zijn hoedanigheid als 'poortwachter', is het de schone taak van de accountant om zich als eerste een oordeel te vellen over deze zeer juridisch complexe materie.

Deze juridische complexiteit schetsen wij hieronder aan de hand van de uitwerking van het verbod op uitkeringen van dividend en bonussen (de **Beperking**) binnen de opvolgende NOW versies.

### Achtergrond

Het kabinet heeft de NOW geïntroduceerd met als doel om werkgevers die worden geconfronteerd met omzetverlies van ten minste 20% als gevolg van de maatregelen van de coronacrisis, in staat te stellen om de lonen aan hun werknemers te blijven betalen. De NOW is in de tijd een aantal keer aangepast. Deze verschillende versies van de NOW hebben betrekking op de volgende tijdvakken:

- NOW1.0 en 1.1: maart tot juni 2020;
- NOW2.0: juni tot oktober 2020; en
- NOW3.0: oktober 2020 tot juli 2021.

### NOW1.0

Per 1 maart wordt de voor de toepassing van de NOW relevante (verwachte) omzetzaling bepaald op het niveau van de werkgever (of de vennootschap). Is de vennootschap onderdeel van een groep,<sup>1</sup> dan wordt de omzetzaling van de groep in aanmerking genomen (de **Hoofregel**).<sup>2</sup> De NOW1.0 kent geen Beperking.

### NOW1.1

Op 1 mei 2020 is de NOW1.0 aangepast. Voor vennootschappen die onderdeel uitmaken van een groep, is het als uitzondering op de Hoofregel mogelijk gemaakt om de omzetzaling vast te stellen op entiteitsniveau (de **Uitzondering**). De wetgever heeft in samenhang met de Uitzondering ook de Beperking geïntroduceerd.

De Beperking van de NOW1.1 beperkt de mogelijkheid van vennootschappen die onderdeel uitmaken

van de groep waartoe de steunaanvrager behoort en welke laatste heeft geopteerd voor toepassing van de Uitzondering, om **over 2020** dividenden of bonussen uit te keren tot het moment waarop de jaarrekening wordt vastgesteld in 2021.

**Let op:** De moedervenootschap van de groep moet bij de NOW aanvraag verklaren dat geen dividend of bonussen zullen worden uitgekeerd.

### NOW2.0 (en 3.0)

Bij de introductie van de NOW2.0 per 1 juni 2020 is de reikwijdte van de Beperking uitgebreid naar de Hoofregel. De Beperking onder de Hoofregel is alleen van toepassing op de steunaanvrager zelf.<sup>3</sup> Echter, bij toepassing van de Uitzondering is de beperking van toepassing op de gehele groep. Dat betekent dat de subsidie nog steeds rechtmatig is wanneer een aanvrager heeft geopteerd voor de Hoofregel en een andere (buitenlandse) groepsvennootschap heeft besloten om na de steunaanvraag over 2020 een dividend uit te keren. Echter, onder toepassing van de Uitzondering mag er geen enkele groepsvennootschap over het relevant tijdvlak dividend uitkeren.

### Temporele reikwijdte

De Beperking geldt in beginsel voor uitkeringen over het boekjaar 2020. Dit betekent dat uitkeringen niet mogen plaatsvinden over dit jaar, tot en met de datum waarop de aandeelhoudersvergadering in 2021 de jaarrekening (over 2020) heeft vastgesteld. Uitkeren van dividend en bonussen over 2019, waartoe al was besloten en is uitbetaald voorafgaand aan de NOW aanvraag, kunnen dus niet onder de Beperking vallen. Het is de vraag of dat wellicht ook geldt voor uitkeringen die betrekking hebben op een besluit dat is genomen nadat de NOW is aangevraagd.

Op basis van tekst van de regeling is onduidelijk of besluiten tot dividenduitkeringen die zijn gedaan na een beroep op de NOW vallen onder het dividendverbod. De bedoeling van de wetgever biedt echter aanknopingspunten om te stellen dat geen enkele dividenduitkering over 2019 onder het dividendverbod van de NOW valt.<sup>4</sup>

### Call to action

De NOW is een juridisch complexe regeling. De uitwerking van het dividend- of bonusbeleid van de groep is afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden en van de versie van de NOW waarop een beroep is gedaan. In voorkomende gevallen waarin sprake is van een mogelijke onrechtmatige steun is het gerechtvaardigd dat een andere partij dan de accountant ook een oordeel velt over de veronderstelde onrechtmatigheid van de steunaanvraag. Uiteraard staat Atlas u hier graag in bij.

<sup>1</sup> Als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>2</sup> Ingeval van een buitenlandse groep wordt aangesloten bij de omzet van de Nederlandse vennootschappen uit de groep inclusief de buitenlandse vennootschappen met loon uit Nederland.

<sup>3</sup> Een verbod op het uitkeren van bonussen aan het bestuur en de directie geldt voor zowel de steunaanvrager als voor de groep.

<sup>4</sup> Wob-verzoek over totstandkoming van de NOW-regeling.