

## De rechtspositie van expats bij reorganisatie

38

Voor expats zijn de gevolgen van ontslag vaak ingrijpender dan voor andere werknemers. In het artikel wordt ingegaan op de rechtspositie van uitgezonden werknemers ingeval van reorganisatie, waarbij ook de vreemdelingenrechtelijke aspecten aan de orde komen. Van een werkgever wordt soms extra zorgvuldigheid verwacht ten aanzien van de relatief kwetsbare buitenlandse werknemer. Met eenvoudige oplossingen kan veel leed worden voorkomen.

### Expats, inpats en foreign local hires

Een behoorlijk aantal werkgevers zendt werknemers uit naar het buitenland. Wat zijn de gevolgen van de economische recessie voor deze werknemers? Staat hun positie meer onder druk dan die van andere werknemers? Zo kan snijden in het expatbestand tot aanzienlijke kostenbesparingen leiden. Daarnaast bevindt de expat zich bij een algemeen besluit tot reorganisatie in een relatief kwetsbare positie. Vaak is de expat in het werkland namelijk de eerste die voor vertrek in aanmerking komt<sup>2</sup>, terwijl er bij terugkeer in het land van oorsprong veelal geen passende functie (meer) voorhanden is. De gevolgen van ontslag zijn voor de expat bovendien vaak ernstiger. Het kan zijn dat de expat het werkland binnen korte tijd dient te verlaten, al dan niet met medeneming van zijn gezin. Ook zijn zaken als een werkloosheidsuitkering en/of ontslagvergoeding minder goed geborgd. In dit artikel wordt kort ingegaan op de rechtspositie van expats, waarbij zowel arbeidsrechtelijke als vreemdelingenrechtelijke aspecten aan de orde komen.

Hierna wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen:

- 'expats': werknemers met een Nederlandse arbeidsovereenkomst die door hun werkgever tijdelijk in het buitenland zijn gestationeerd;
- 'inpats': werknemers met een buitenlandse arbeidsovereenkomst die door hun werkgever tijdelijk in Nederland zijn gestationeerd;
- 'foreign local hires': buitenlandse werknemers werkzaam in Nederland op basis van een Nederlandse arbeidsovereenkomst.

Dit artikel zal zich toespitsen op reorganisaties in Nederland. Van belang is echter op voorhand op te merken dat desondanks in geval van ex- en inpats niet altijd eenvoudig is vast te stellen welke rechter bevoegd is en welk recht van toepassing is. Bovendien betekent toepas-

selijkheid van Nederlands recht op grond van de Verordening (EG) nr. 593/2008 ('de Rome I-Verordening')<sup>3</sup>, niet automatisch ook toepasselijkheid van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). En andersom betekent toepasselijkheid van buitenlands recht niet per definitie dat het BBA géén werkingsfeer toekomt. Dit zal onder meer afhangen van de omstandigheden van het geval en de intenties van werkgever en werknemer op het moment van het ontslag, welke in de loop der tijd veranderd kunnen zijn. Het criterium om te bepalen of het BBA van toepassing is, is of op het moment van ontslag de sociaal-economische verhoudingen in Nederland geraakt worden. Uit de rechtspraak blijkt dat rechters hierbij veelal aanhaken bij de vraag of de werknemer na het ontslag terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt. Is dit zo, dan is het BBA van toepassing. Verschillende elementen kunnen hierbij een rol spelen, zoals de plaats van de werkzaamheden, de woonplaats en nationaliteit van de werknemer en zijn familie, de zetel van de werkgever, de muntsoort waarin betaling plaatsvindt, de fiscale en sociale wetgeving en een terugkeerbeding of geschiedenis van werken in Nederland.<sup>4</sup> Behalve dat wij wensen te benadrukken dat het voor het bepalen van de rechtspositie van de ex- en inpat van groot belang is (eerst) te kijken naar de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijke recht, zal op dit onderwerp in het bestek van dit artikel niet worden ingegaan.

### Het afspiegelingsbeginsel

Bij een reorganisatie in Nederland wordt de volgorde van het ontslag bepaald door het afspiegelingsbeginsel. Hoofdstuk 15 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV ('de Beleidsregels') beschrijft hoe het UWV WERKbedrijf ('UWV') het afspiegelingsbeginsel toepast. In 2009 is hoofdstuk 15 verhelderd ten aanzien van (onder andere) het begrip 'in acht te nemen personeelsbestand'. UWV stelt dat bij de vaststelling van de ontslagvolgorde 'alle personen die op de peildatum bij de bedrijfsvestiging in de uitwisselbare functie werkzaam zijn', moeten worden meegenomen, dus inclusief bijvoorbeeld ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging. Voor inpats betekent dit (evenals voor de foreign local hires) dat zij bij de toepassing het afspiegelingsbeginsel

1. Mr. J. Kroes is partner bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers te Amsterdam en mevr. mr. M. Westerbeek is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

2. De expat heeft namelijk veelal geen arbeidsovereenkomst met de vestiging van werkgever in het werkland. Verderop in het artikel zal dit nader toegelicht worden.

3. De Rome I-Verordening regelt sinds de inwerkingtreding per 17 december 2009 welk recht van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Zie V. van den Eeckhout, 'Navigeren door art. 6 EVO-Verdrag c.q. art. 8 Rome I-Verordening: mogelijkheden tot sturen van toepasselijk arbeidsrecht', *ArA* 2010/1 en Mr. S.T.E. Bakker en mr. N. Ijzerman 'Rome I vervangt het EVO: nieuw ipr voor de arbeidsrecht-praktijk', *ArbeidsRecht* 2009, 56.

4. Zie Mr. A.L. Vytöpil, 'Art. 6 BBA en internationale arbeidsverhoudingen: over 'brain circulation' en de 'Nederlandse arbeidsmarkt', *TRA* 2010/4. Dit artikel bevat vele verwijzingen naar relevante literatuur en rechtspraak.

dienen te worden meegenomen. Van belang is echter dat UWV benadrukt dat zij als uitgangspunt hanteert dat de werkzaamheden van (onder andere) ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging als eerste dienen te worden beëindigd. Uiteraard voor zover zij werkzaam zijn in een categorie uitwisselbare functies waar de ontslagen vallen. Dit betekent dat bij het daadwerkelijk bepalen van de ontslagvolgorde de inpats als (één van de) eerste(n) voor vertrek in aanmerking zullen komen en dus ten opzichte van werknemers met een Nederlandse arbeidsovereenkomst<sup>5</sup> bij reorganisatie een relatief zwakkere rechtspositie hebben.

Voor expats geldt dat zij in geval van beëindiging van de uitzending tijdens een reorganisatie – bijvoorbeeld wegens voornoemde kostenbesparing – bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel in Nederland überhaupt niet meegenomen worden. Expats hebben in Nederland geen vaste functie meer en behoren daarmee niet tot het door UWV gefinancierde ‘in acht te nemen personeelsbestand (alle personen die op de peildatum bij de bedrijfsvestiging in de uitwisselbare functie werkzaam zijn)’. Voorgaande is recentelijk bevestigd in een uitspraak van 1 april 2010 waarin de Kantonrechter Apeldoorn afwijking van het afspiegelingsbeginsel ten gunste van een expat niet heeft toegestaan.<sup>6</sup> Een werkgever had aanvankelijk in haar reorganisatieplannen en adviesaanvragen aan de OR de positie van de werknemers die uitgezonden waren naar buitenlandse zustermaatschappijen buiten beschouwing gelaten. De werkgever had daarbij aangegeven dat als er voor deze expats in het buitenland geen werk meer zou zijn, zij boventallig zouden worden en nagegaan zou worden of er voor hen werkzaamheden in Nederland beschikbaar waren, bij het ontbreken waarvan de arbeidsovereenkomst met deze expats zou worden beëindigd. De kantonrechter stond latere afwijking van deze lijn door de werkgever (die in plaats van de expat toch een andere in Nederland werkzame werknemer boventallig verklaarde en voor ontslag voordroeg) niet toe en wees het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de in Nederland werkzame werknemer af. Hieruit blijkt dat ook expats dus als (één van de) eerste(n) voor vertrek in aanmerking komen en bij reorganisatie een relatief zwakkere rechtspositie hebben. Nu voor beide groepen in tijden van reorganisatie in veel gevallen niet te verwachten is dat er in het thuisland (nog) een andere passende functie voorhanden is, kan ontslag al snel volgen.

### Gevolgen van het ontslag

Inpats en expats (en regelmatig ook foreign local hires door een veelal korter dienstverband) komen dus, kort gezegd, eerder in aanmerking voor ontslag en het wrange

is dat de gevolgen van het ontslag juist voor hen extra groot zijn. Vaak hebben zij speciaal voor hun werk het thuisland verlaten, soms met medeneming van hun gezin, proberen in het werkland een nieuw bestaan op te bouwen, en worden vervolgens met ontslag geconfronteerd. Opeens komt tal van vragen op de werknemer af: moet hij gedwongen terugkeren naar het land van herkomst en zo ja, op welke termijn – kunnen de kinderen het schooljaar nog afmaken? Hoe zit het met uitkeringen en een ontslagvergoeding? Uitzonden werknemers weten natuurlijk dat hun uitzending tijdig is en zomaar opeens kan eindigen, en bij grotere internationale bedrijven bestaan soms ook gedetailleerde regelingen voor bijvoorbeeld de kosten van een tussentijds afgebroken schooljaar. Toch is het zaak om bij ontslag van een uitgezonden werknemer steeds alert te zijn op de specifieke gevolgen die de uitgezonden status met zich meebrengt. Hierna worden enkele algemene richtlijnen gegeven.

#### De verblijfsvergunning

Deze paragraaf is beperkt tot inpats en foreign local hires; het vreemdelingenrecht verschilt van land tot land zozeer, ook binnen de EU, dat over de vreemdelingenrechtelijke gevolgen van ontslag in het buitenland in zijn algemeenheid niets zinnigs valt te zeggen. De expats (in dit kader meer specifiek Nederlanders in het buitenland) worden daarom buiten beschouwing gelaten.

Wat betreft Nederland, bepaalt het Vreemdelingenbesluit<sup>7</sup> in art. 3.91 dat een verblijfsvergunning niet wordt ingetrokken op de enkele grond van werkloosheid, tenzij er sprake is van *verwijtbare* werkloosheid. Volgens de Nota van Toelichting wordt daarmee bedoeld op ‘*verwijtbare werkloosheid in de zin van de WW*’. Voor de details moet gekeken worden naar de Vreemdelingen-circulaire (‘Vc’). De in de Vc gebezigde terminologie sluit echter niet aan bij de Werkloosheidswet zoals die sinds 1 oktober 2006 luidt. De nadruk wordt gelegd op de ontbinding als wijze van beëindiging, terwijl de beëindiging met wederzijds goedvinden en de opzegging in de Vc niet worden genoemd. Ongeacht de verouderde terminologie gaat het echter nog steeds om niet-verwijtbare werkloosheid in de zin van de Werkloosheidswet, zo bevestigt de Immigratie- en Naturalisatiedienst (‘IND’) in een brief van 10 juli 2009.<sup>8</sup> De IND stelt dat is aangesloten bij de gewijzigde arbeidsrechtelijke wetgeving op basis waarvan het begrip ‘verwijtbaar werkloos’ sterk is ingeperkt. De IND schrijft:

‘Dit zal in de regel leiden tot de vaststelling dat sprake is van niet-verwijtbare werkloosheid, mits voldaan is aan een aantal voorwaarden. Zo dient het initiatief tot ontslag te liggen bij de werkgever, moet

5. Mits deze werknemers met een Nederlandse arbeidsovereenkomst werkzaam zijn in een categorie uitwisselbare functies waar de ontslagen vallen.

6. Ktr. Apeldoorn, 1 april 2010, JAR 2010/112.

7. Vreemdelingenbesluit 2000, Stb. 2000, 497, laatst gewijzigd 1 juli 2009, Stb. 284.

8. Brief IND d.d. 10 juli 2009 aan Everaert Advocaten inzake voortgezet verblijf c.q. zoekperiode bij onvrijwillige werkloosheid.

een opzegtermijn in acht worden genomen en mag geen sprake zijn van een zieke werknemer.'

In geval van een beëindiging met wederzijds goedvinden is het dus van groot belang dat uitdrukkelijk in de vaststellingsovereenkomst wordt opgenomen dat er geen sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW en dat het initiatief tot het ontslag bij de werkgever ligt. Maar daar is niet alles mee gezegd. De toevoeging van de IND dat de opzegtermijn in acht dient te worden genomen en er geen sprake mag zijn van een zieke werknemer, dwingt ook tot enige voorzichtigheid. In het arbeidsrecht leidt niet-inachtneming van de (fictieve) opzegtermijn op zichzelf niet tot verwijtbare werkloosheid, maar tot een benadelingshandeling met als sanctie 'uitstel van de uitkering', die in dat geval pas ingaat na afloop van de (fictieve) opzegtermijn. Volgen we de letterlijke tekst van de Vc, dan hoeft de vergunning in zo'n geval niet te worden ingetrokken omdat geen sprake is van verwijtbaarheid, maar de uitleg van de IND wijst er juist op dat de vergunning wél ingetrokken wordt. Een zelfde discrepantie doet zich voor bij ziekte. In het arbeidsrecht geldt dat instemming met ontslag op bedrijfseconomische gronden door een zieke werknemer op basis van de Ziektewet (Zw) niet automatisch tot een benadelingshandeling leidt. De uitleg van de IND wijst echter ook hier in een andere richting.

Voorzichtigheid is dus geboden. Een verkeerde inschatting op dit punt kan leiden tot een niet door partijen beoogde intrekking van de verblijfsvergunning, die bovendien te voorkomen was geweest. Wat zouden hiervan de concrete gevolgen zijn?

#### *Kennismigranten*

Inpats en foreign local hires hebben veelal een verblijfsvergunning als 'kennismigrant'. Een kennismigrant is een vreemdeling die een voldoende hoog salaris verdient en wiens werkgever geregistreerd is bij de IND. Het salaris-criterium is getrapd: € 36 801,- bruto per jaar voor vreemdelingen jonger dan 30 jaar en € 50 183,- bruto per jaar voor degenen van 30 jaar of ouder; meer criteria zijn er niet<sup>9</sup>. De verblijfsvergunning wordt afgegeven voor de duur van de arbeidsovereenkomst met een maximum van vijf jaar.

Bij ontslag wordt de verblijfsvergunning ingetrokken en dient de kennismigrant Nederland binnen 28 dagen te verlaten. Dit ligt anders als de kennismigrant niet-verwijtbaar werkloos wordt. In dat geval krijgt hij een zoekperiode van drie maanden. Hij mag gedurende die periode werk aannemen bij elke andere geregistreerde werkgever, wederom tegen het zojuist genoemde salaris, en kan dan

uiteeraard zijn verblijf ook verder voortzetten, afhankelijk van de duur van het contract. Slaagt de vreemdeling er niet in om binnen drie maanden nieuw werk te vinden, dan wordt de verblijfsvergunning alsnog ingetrokken per einddatum van de zoektermijn en moet de vreemdeling Nederland vanaf dat moment binnen 28 dagen verlaten. Voor de kennismigrant die zijn verblijf wil voortzetten, kunnen die drie extra maanden in geval van niet-verwijtbare werkloosheid essentieel zijn om nieuw werk te vinden.

#### *De verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst*

Naast kennismigranten zijn er ook 'gewone' arbeidsmigranten. Zij hebben een verblijfsvergunning voor 'arbeid in loondienst' en hun werkgever moet een tewerkstellingsvergunning hebben verkregen. De verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst wordt verleend voor de duur van de arbeidsovereenkomst, met een maximum van drie jaar. Ook voor deze groep geldt dat bij niet-verwijtbare werkloosheid de verblijfsvergunning niet wordt ingetrokken en geldig blijft tot de oorspronkelijke einddatum. Gedurende die periode mag de arbeidsmigrant, na het vervullen van enkele formaliteiten, werk aanvaarden bij elke Nederlandse werkgever.

Bij verwijtbare werkloosheid dient de houder van een verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst Nederland echter net als de kennismigrant binnen 28 dagen te verlaten.

#### *De WW-uitkering*

En hoe zit het met het recht op een werkloosheidsuitkering? Recht op een Nederlandse WW-uitkering bestaat alleen als iemand in Nederland verzekerd is voor werkloosheid en voldoet aan de overige voorwaarden voor een WW-uitkering (onder andere de wekennis). Het maakt daarbij niet uit of iemand Nederlander of geen Nederlander is, al is het wel vereist dat er sprake is van legaal verblijf.

Voor de expat geldt dat als hij voor de Nederlandse WW verzekerd is gebleven, hij in Nederland – en dus niet in het werkland – een WW-uitkering kan krijgen. Of de expat verzekerd is in Nederland, hangt vaak af van het antwoord op de vraag of de expat gewerkt heeft in (1) een EU/EER-land of Zwitserland, (2) een verdragsland of (3) een niet-verdragsland.<sup>10</sup>

#### *EU/EER-land of Zwitserland*

Afspraken tussen de EU-landen over sociale verzekeringen zijn per 1 mei 2010 vastgelegd in EG Verordening

9. Bedragen geldend in 2010. Verder zijn er drie afwijkende categorieën. Voor in Nederland afgestudeerde vreemdelingen geldt een salaris-criterium van € 26 376,- bruto; voor onderzoekers en voor artsen in opleiding geldt dat het salaris in overeenstemming moet zijn met het in het onderzoeksinstituut of ziekenhuis toepasselijke functiewaarderingssysteem.

10. Hierna wordt een korte weergave gegeven van het recht op een WW-uitkering wanneer de werknemer tijdelijk buiten Nederland heeft gewerkt. Zie voor meer informatie [www.uvw.nl](http://www.uvw.nl) (verwezen wordt met name naar de brochures 'Werken binnen de EU/EER', 'Werken in een verdragsland' en 'Werken in een niet-verdragsland') en [www.svb.nl](http://www.svb.nl).

883/2004 en Toepassingsverordening 987/2009.<sup>11</sup> Als hoofdregel geldt dat het sociale zekerheidsstelsel van het land waar de werkzaamheden worden verricht van toepassing is. Hierop bestaan echter een aantal uitzonderingen, met name als de betreffende werknemer voor niet al te lange tijd wordt uitgezonden. Als de expat gewerkt heeft in een EU/EER-land of Zwitserland, is de expat veelal in Nederland verzekerd gebleven als hij niet langer dan 24 maanden in het buitenland heeft gewerkt. De expat moet dan wel in het bezit zijn van een A1-verklaring.<sup>12</sup> Dit is een Europese verklaring die door alle landen van de EU wordt gebruikt en in Nederland voorafgaand aan de uitzending kan worden aangevraagd bij de afdeling Internationale Detachering van de Sociale Verzekeringsbank ('SVB'). Expats kunnen met dit formulier aantonen dat zij in Nederland sociaal verzekerd zijn (gebleven) en de werkgever dat hij geen sociale-zekerheidsbijdragen hoeft te betalen in het land waar zijn werknemer tijdelijk werkt. Op het formulier staat (1) dat de Nederlandse wetgeving geldt, (2) de termijn waarvoor deze afspraak geldt en (3) de plaats waar de expat gaat werken. Verordening 883/2004 bevat bovendien een uitzonderingsbepaling waarop een beroep kan worden gedaan in gevallen waarop het in het belang van de werknemer is om van de hoofdregel af te wijken. Op grond van deze bepaling kunnen de lidstaten met elkaar in onderling overleg treden. Wanneer een dergelijk beroep in Nederland wordt gehonoreerd, wordt via de SVB een aparte overeenkomst gesloten met het land waar de expat is gaan werken<sup>13</sup> en verkrijgt de expat op basis hiervan een A1-verklaring.<sup>14</sup>

#### Verdragsland

Als de expat gewerkt heeft in een verdragsland, hangt het van het verdrag en de regels van dat land af of de expat voor de Nederlandse WW verzekerd is gebleven.<sup>15</sup> In de verdragen is vastgelegd dat dit het geval is als de expat slechts tijdelijk in een ander land heeft gewerkt. Meestal (afhankelijk van het verdrag) geldt hier de ter-

mijn van twaalf maanden<sup>16</sup>, welke periode op grond van het verdrag regelmatig kan worden verlengd. Bovendien kan ook in dit geval via de SVB een aparte overeenkomst met het werkland zijn gesloten waarin is vastgelegd dat de expat in Nederland sociaal verzekerd is (gebleven). In beide gevallen dient de expat weer met zijn vooraf verkregen A1-verklaring aan te tonen dat hij in Nederland verzekerd is gebleven. Daarnaast is het in geval van werken in een verdragsland mogelijk een vrijwillige verzekering voor WW af te sluiten.

#### Niet-verdragsland

Als de expat gewerkt heeft in een niet-verdragsland, is de expat verplicht verzekerd gebleven voor de Nederlandse WW als hij aan twee voorwaarden heeft voldaan: (1) hij is in dienst gebleven van de in Nederland gevestigde werkgever en (2) zijn verblijf in het buitenland heeft niet langer dan twaalf maanden geduurd ofwel (in geval van een huwelijk) het gezin is niet meegegaan naar het buitenland. Ook in dit geval is het mogelijk een vrijwillige WW-verzekering af te sluiten.

Ook voor de inpat en foreign local hire geldt dat zij recht hebben op een Nederlandse WW-uitkering wanneer zij voor de Nederlandse WW verzekerd zijn. Het antwoord op de vraag of zij in Nederland verzekerd zijn voor de WW, zal ook voor hen afhangen van de wetgeving van het land van herkomst. Het zal opnieuw relevant zijn of dit land een EU/EER-land of Zwitserland, verdragsland of niet-verdragsland is. Uiteraard moeten zij ook voldoen aan de overige WW-voorwaarden, waaronder legaal verblijf. Een goed begrip van de hierboven besproken regels voor legaal verblijf na niet-verwijtbaar ontslag is om die reden van des te groter belang.

#### De ontslagvergoeding

Naast het recht op verblijf en het recht op een werkloosheidsuitkering zal het van belang zijn om te weten of er een (bijzonder) recht bestaat op een ontslagvergoeding. Wanneer er sprake is van een reorganisatie in Nederland heeft de werkgever regelmatig een Sociaal Plan afgesloten. Meestal is dit Sociaal Plan echter alleen van toepassing op werknemers die bij de werkgever in dienst zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd (zoals de expat en de foreign local hire). De inpat zou in dat geval dus al bij voorbaat buiten de boot vallen. De redenering is veelal dat inpats 'terugvallen' op hun arbeidsovereenkomst met de werkgever in het thuisland.<sup>17</sup> Voor zover het Sociaal Plan al van toepassing is, is bij het opstellen daarvan overigens vrijwel nooit expliciet acht geslagen op de bijzondere positie van de expat of foreign local hire. In de praktijk lijkt dit echter niet tot veel problemen te leiden. De rechterlijke uitspraken die er in dit opzicht zijn, hebben met name betrekking op expats (en niet op inpats).

11. EG Verordening 883/2004 van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels is de opvolger van EG Verordening 1408/71 en heeft als doel de coördinatie van de sociale zekerheid te moderniseren en te vereenvoudigen. EG Verordening 987/2009 van 16 september 2009 betreft de vaststelling van de wijze van toepassing van EG Verordening 883/2004. Deze nieuwe verordeningen gelden per 1 mei 2010 nog niet voor de EER-landen (Noorwegen, IJsland, Lichtenstein) en voor Zwitserland. EG Verordening 1408/71 blijft ten aanzien van deze landen voorlopig van toepassing. Zie mr. drs. K.H. Hermans, 'Modernisering van de aanwijzingsregels voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels', TRA 2010/5 en mr. J.J. Hendriks, 'De nieuwe EG-Verordening inzake sociale zekerheid: moderner en eenvoudiger?', MBB 2010/6.

12. De zogeheten A1-verklaring heeft de E101-verklaring vervangen. De letter A staat voor 'applicable legislation'.

13. Ook in deze overeenkomst is dan vastgelegd dat de Nederlandse (sociale zekerheids)wetgeving geldt.

14. De SVB hanteert in principe de regel dat dit mogelijk is als de expat niet langer dan vijf jaren wordt uitgezonden.

15. Nederland heeft met de volgende landen een verdrag gesloten: Australië, Canada, Chili, Egypte, Israël, Japan, Kroatië, Macedonië, Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zuid-Korea, (de volgende landen afhankelijk van nationaliteit) Bosnië-Herzegovina, Kaapverdië, Marokko, Montenegro, Servië, Tunesië en Turkije.

16. Echter, soms ook een periode van twee of vijf jaar.

17. Zie echter onze eerdere opmerkingen met betrekking tot toepasselijkheid van Nederlands recht en/of het BBA.

Kort gezegd blijkt uit de (gepubliceerde) rechtspraak<sup>18</sup> dat een rechter eerst na zal gaan of de werkgever deugdelijke gronden had om de uitzending van de expat te beëindigen en vervolgens of deze zich jegens de expat als goed werkgever heeft gedragen door naar behoren rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van deze bijzondere werknemer. Over het algemeen zijn rechters duidelijk: zeker als de expat voortijdig wordt teruggeroepen, geldt dat de werkgever zich extra zorgvuldig moet gedragen. Ook wanneer een expatovereenkomst de mogelijkheid laat om deze op te zeggen, ontheft dit de werkgever niet van de verplichtingen op grond van art. 7:611 BW. Gedraagt de werkgever zich niet zoals een goed werkgever betaamt, dan kan dat leiden tot soms een aanzienlijk hogere vergoeding dan op basis van de neutrale kantonrechtersformule.<sup>19</sup> Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat de buitengewone omstandigheden van de expat een verhogende werking op de vergoeding kunnen hebben. Te denken valt aan de door werkgever bij werknemer gewekte verwachtingen dat zijn verblijf in het buitenland ten minste een bepaald aantal jaren zou duren, de grote sociale gevolgen voor werknemer van een gedwongen 'tussentijds' vertrek uit het buitenland, de eventueel verslechterde positie op de arbeidsmarkt en de extra tijd en sollicitatie-, repatriërings- en huisvestingskosten die gemoeid zijn met een dergelijk vertrek.<sup>20</sup> In het oordeel van de rechter kan dit zich bijvoorbeeld ook vertalen in een ontbinding op termijn (zodat kinderen het schooljaar kunnen afmaken, of de verblijfsstatus behouden blijft) of het recht nog een aantal maanden in de woning in het werkland te blijven wonen.<sup>21</sup> Voorts is er een aantal uitspraken met betrekking tot de vraag of bij het vaststellen van een toe te kennen ontslagvergoeding rekening moet worden gehouden met het salaris inclusief aanvullende (expat-)vergoedingen of het Nederlandse basissalaris dat zou hebben gegolden indien de expat niet was uitgezonden. De jurisprudentie lijkt in dit opzicht een enigszins consistente lijn te vertonen: onderzocht zal moeten worden of de aanvullende (expat-)vergoedingen als verkapt loon moeten worden aangemerkt of een reële onkostenvergoeding betreffen.<sup>22</sup> In het eerste geval dienen ze te worden meegenomen bij het bepalen van de ontslagvergoeding, in het tweede geval niet.<sup>23</sup> Dat dit echter niet altijd zo eenvoudig te bepalen is, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2009.<sup>24</sup> In deze zaak overwoog de kantonrechter dat enerzijds uit de onderliggende overeenkomsten bleek dat partijen uitgingen van een fictie van het Nederlandse

dienstverband. Anderzijds was voldoende komen vast te staan dat de expat zijn levensstijl aan zijn expat-salaris had aangepast en de aanvullende (expat-)vergoedingen beloningscomponenten in zich droegen. Omdat deze componenten echter niet precies gekwantificeerd konden worden, ging de kantonrechter voor de B-factor uit van het Nederlandse basissalaris, verhoogd met een opslag van 25%. De vergoeding werd vervolgens gematigd op grond van fiscale voordelen die de werknemer genoot. De discussie over de vraag welk salaris in aanmerking moet worden genomen, lijkt dan ook nog niet te zijn gesloten.<sup>25</sup>

## Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de rechtspositie van de in- en expat bij reorganisatie relatief kwetsbaar is, niet alleen omdat de in- en expat bij het bepalen van de ontslagvolgorde op basis van het afspiegelingsbeginsel als (één van de) eersten voor ontslag in aanmerking komen, maar ook omdat de gevolgen van een dergelijk ontslag voor hen betrekkelijk groot zijn (dit laatste geldt overigens ook voor foreign local hires). Met deze buitengewone omstandigheden dienen werkgevers rekening te houden. Uit de rechtspraak blijkt dat extra zorgvuldigheid van een (goed) werkgever verwacht mag worden en het ontbreken hiervan onder andere een sterk verhogende werking kan hebben op de vergoeding of zich kan vertalen in een latere ontbindingsdatum.

Werkgevers kunnen op betrekkelijk eenvoudige (en niet eens altijd kostenverhogende) wijze rekening houden met de positie van deze bijzondere groepen. Bijvoorbeeld kunnen zij, wanneer de werknemerspopulatie sterk internationaal getint is, in een Sociaal Plan expliciet acht slaan op de buitengewone omstandigheden van in-, expats en foreign local hires door hierin specifiek voor hen bestemde faciliteiten op te nemen. Hierbij valt te denken aan de mogelijkheid om de beëindigingsdatum uit te stellen (eventueel onder verrekening van de ontslagvergoeding) teneinde hen extra tijd te geven om bijvoorbeeld de verblijfsstatus en/of 30%-regeling te kunnen behouden of de kinderen het schooljaar af te laten maken. Verder kan gedacht worden aan het inschakelen van een internationaal (in plaats van nationaal) outplacementbureau, vergoeding van repatriërings- en huisvestingskosten en extra (professionele) informatieverstrekking en (fiscale) begeleiding. Daarnaast kan de werkgever een belangrijke rol spelen bij het veiligstellen van de verblijfsvergunning en het recht op een uitkering door hiermee rekening te houden bij het opstellen van de vaststellingsovereenkomst en andere relevante documenten. In aanvulling hierop kan bij expats die door hun uitzending niet langer voldoen aan de zogenaamde 4 uit 5 eis van de Werkloosheidswet bijvoorbeeld gedacht wor-

18. Hierna wordt een aantal uitspraken aangehaald waarbij opgemerkt wordt dat hiermee geen volledige weergave wordt nagestreefd.

19. Ktr. 's-Gravenhage 14 januari 2009, *JAR* 2009/118.

20. Ktr. Amsterdam 22 april 1999, *JAR* 1999/133. Ktr. Delft 15 maart 2001, *JAR* 2001/71.

21. 6 Ktr. Amsterdam 22 april 1999, *JAR* 1999/133.

22. Ktr. Eindhoven 23 september 1994, *JAR* 1994/225.

23. Ktr. Amsterdam 22 april 1999, *JAR* 1999/133. Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2002, *JAR* 2002/111. Ktr. Schiedam 27 oktober 1998, *JAR* 1998/243.

24. Ktr. Amsterdam 8 januari 2009, *RAR* 2009/78.

25. Zie Y.H. Dissel, 'De expat in arbeidsrechtelijk perspectief', *ArbeidsRecht* 2001, 42 en K.W.M. Bodewes, 'De ontslagvergoeding in de praktijk', *ArbeidsRecht* 2001, 44.

den aan een compensatie voor een eventuele lagere WW-uitkering dan wel een kortere WW-duur. Wanneer een werkgever een overwegend nationale werknemerspopu-

latie heeft met slechts enkele inpats, expats of foreign local hires, kan toepassing van de hardheidsclausule uitkomst bieden.