

Exit van de expat: ontslagmogelijkheden in het Nederlandse arbeidsrecht

mr. Ayşegül Avci en mr. Niels Koene*

1. Inleiding

Cijfers van het CBS uit februari 2020 tonen aan dat Nederland in vergelijking met andere EU-landen relatief weinig internationale kenniswerkers heeft.¹ Het is dan ook niet vreemd dat de overheid ernaar streeft om meer hooggekwalificeerde buitenlandse migranten aan te trekken ten behoeve van het Nederlandse bedrijfsleven en de kenniseconomie.² Deze buitenlandse arbeidsmigranten, vaak kennismigranten, worden in de regel voor een bepaalde periode aangetrokken. Uit voornoemd beleidsonderzoek volgt dat 70% van de arbeidsmigranten een langere tijd dan de oorspronkelijke aanstelling in Nederland wil blijven. De wens om de oorspronkelijke termijn van de expatperiode te verlengen wordt echter niet per definitie gedeeld door de werkgever in Nederland. In de praktijk kunnen deze verschillende uitgangspunten flink botsen. Wat nu wanneer de expat in (Nederlandse) dienst wil blijven, terwijl de Nederlandse werkgever de rechtsrelatie wil beëindigen?

In deze bijdrage bespreken wij de mogelijkheden tot ontslag van de expat en de bijzondere regels die gelden ten aanzien van de redelijke gronden en herplaatsingsinspanningen. Naast de redelijke gronden onderzoeken wij of een ontslag langs de route van wanprestatie mogelijk is. Ook kijken wij of een repatriëringsbeding een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan opleveren. Wij starten met het schetsen van het juridische kader rondom de expat.

2. Definitie expat

Een wettelijke definitie van het begrip expat ontbreekt en ook de rechtspraak kent geen eenduidige definitie. Voor deze bijdrage kwalificeren wij de expat³ als:

- i. elk individu;
- ii. met een arbeidsovereenkomst in het land van herkomst (*Base Country*);
- iii. die het land van herkomst verlaat;
- iv. zich in Nederland (*Host Country*) vestigt;
- v. om in Nederland tijdelijk werkzaamheden te verrichten;
- vi. waarbij, al dan niet stilzwijgend, een arbeidsovereenkomst naar Nederlands (ontslag)recht ontstaat met de werkgever in Nederland.⁴

3. Arbeidsovereenkomst met de expat

De expat die in Nederland tijdelijk komt werken zal in de regel van de Nederlandse werkgever een lokale arbeidsovereenkomst ontvangen voor de duur van de expatperiode. Daarbij moet acht worden geslagen op de ketenregeling en opvolgend werkgeverschap. Op grond van artikel 7:668a lid 2 BW is sprake van opvolgend werkgeverschap indien elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Tussen de oude en de nieuwe werkgever hoeven geen zodanige banden te bestaan dat inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de expat om te spreken van opvolgend werkgeverschap. Dat geldt ook bij een buitenlandse eerdere werkgever. Indien de expat aldus dezelfde of soortgelijke

37

* Ayşegül Avci en Niels Koene zijn werkzaam als advocaten bij CMS te Amsterdam.

1. <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/07/in-vergelijking-met-eu-landen-relatief-weinig-internationale-kenniswerkers>

2. Zie J. Klaver e.a., *Aantrekkelijkheid van Nederland voor kennismigranten. Een onderzoek naar hoe aantrekkelijk kennismigranten Nederland vinden als potentieel vestigings- en carrière land*, Amsterdam: Regio-plan beleidsonderzoek 2018, www.wodc.nl.

3. Het woord 'expatriate' is samengesteld uit de Latijnse woorden 'ex' (uit, buiten) en 'patria' (vaderland). Een expat is derhalve iemand die buiten het vaderland verblijft.

4. Het spreekt voor zich dat voor expats met nationaliteiten van buiten de Europese Economische Ruimte en Zwitserland voldaan moet zijn aan de verplichtingen volgend onder meer uit de Wet arbeid vreemdelingen. Dit artikel richt zich niet op de vergunningsvereisten, maar op de arbeidsrechtelijke gevolgen voor Nederlandse werkgevers die een expat verwelkomen. Voor een overzicht van de vergunningsmogelijkheden, zie onder meer S.C. Kuit & M.I. Ozinga, 'De rechtspositie van de expat in 2019', *ArbeidsRecht* 2019/38.

werkzaamheden gaat verrichten in Nederland tijdens zijn expatperiode en daarvoor een nieuwe (opvolgende) arbeidsovereenkomst wordt gesloten, kan sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. De Nederlandse werkgever heeft in dat geval beperkte mogelijkheden om de lokale arbeidsovereenkomst te limiteren tot de duur van de expatperiode. Immers, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat wanneer de situatie zich voordoet zoals beschreven in artikel 7:668a lid 1 BW.

4. Einde van de Nederlandse arbeidsovereenkomst voor de expat

In dit onderdeel bespreken wij de mogelijkheden voor werkgevers om de arbeidsovereenkomst met de expat in Nederland te beëindigen.⁵ Het spreekt voor zich dat dit vooral van belang is voor arbeidsovereenkomsten van onbepaalde tijd. Net als bij andere werknemers zal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigen en zal vaak enkel de aanzegverplichting van artikel 7:668 BW gelden.

4.1 Beëindiging arbeidsovereenkomst via artikel 7:669 BW

Indien de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt op het moment van einde van de expatperiode en de expat niet meewerkt aan een vrijwillig vertrek, zal de werkgever die desondanks afscheid wil nemen, kunnen beoordelen of er een redelijke grond voor ontslag bestaat ex artikel 7:669 BW. Voor die vraag is van belang of de expat onder een specifieke expatregeling valt. Dat wil zeggen een regeling waarin duidelijke afspraken zijn gemaakt over de vormgeving van expat-constructies, op welke wijze een expatperiode eindigt en welke gevolgen dat heeft voor de rechtspositie van de expat.

Een bekend voorbeeld uit de rechtspraak van een expat-regeling is die van Shell.⁶ Binnen Shell is geregeld dat een expat bij uitzending uit dienst treedt van de Shell-vennootschap in de Base Country en in dienst treedt bij een Shell-vennootschap in de Host Country. De beëindiging en het aangaan van de arbeidsovereenkomst zal worden geëffectueerd naar de lokale juridische mogelijkheden. Voordat de expatperiode eindigt, neemt de expat deel aan het interne sollicitatiesysteem dat gefaciliteerd wordt op een online-platform (het ‘*Mana-*

ged Open Resourcing (MOR)’-systeem). Het is de bedoeling en verwachting dat de expat via dit systeem een nieuwe plek weet te vinden waarnaar hij kan worden uitgestuurd. Indien de expat ondanks zijn sollicitaties niet herplaatst kan worden, treedt de expat weer in dienst bij een vennootschap in het land van herkomst. De arbeidsovereenkomst met de Host Country zal naar lokale regelgeving beëindigd worden. De nieuwe arbeidsovereenkomst met de Base Country heeft geen ander doel dan de betreffende expat op papier aan het werk te houden, terwijl hij op zoek gaat naar een nieuwe functie binnen het Shell-concern. Lukt dit niet, dan wordt de expat ‘overtollig’ verklaard. In dat laatste geval kan de expat onder een ‘overtolligheidsregeling’ van de Base Country vallen en gebruik maken van de daarin getroffen voorzieningen.

Met deze achtergronden bekend, speelde een kwestie tot aan de Hoge Raad over een Shell-expat. Het betrof een werknemer die vanaf 1975 binnen het Shell-concern werkt, vanaf 1993 als expat voor verschillende Shell-vennootschappen. De Base Country is Nederland, van waaruit de expat voor de periode 2012–2015 is uitgezonden naar Gabon en aldaar conform de geldende expatregeling een arbeidsovereenkomst ontving. Nadat was gebleken dat de werkvergunning in Gabon niet verlengd kon worden en de expat er niet in slaagde via het MOR-systeem een andere functie te vinden, keerde hij in 2015 terug onder contract bij Shell in Nederland. Omdat herplaatsing niet mogelijk bleek en de betreffende expat zonder succes had gesolliciteerd op vijftien interne vacatures en bovendien een passende functie in Nederland niet (tijdig) had aanvaard, werd de expat conform de regels van Shell ‘overtollig’. Vervolgens heeft Shell ontbinding verzocht op grond van artikel 7:669 lid 3 onder h BW. Zowel de kantonrechter als het hof heeft Shell hierin gevolgd.

In cassatie lag de vraag voor of de door Shell verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onder h BW terecht was toegewezen. Shell had bij het hof succesvol beargumenteerd dat de arbeidsovereenkomst een lege huls was geworden. De expat stelde in cassatie dat het hof ten onrechte de h-grond had toegepast. Immers, volgens de expat behoorden de feiten en omstandigheden zoals door Shell aan het ontbindingsverzoek ten grondslag gelegd, tot de a-grond (‘bedrijfseconomische omstandigheden’).

De Hoge Raad bevestigde het oordeel van Hof Den Haag⁷ dat de mobiele en tijdelijke inzetbaarheid in het Shell-concern eigen is aan de hoedanigheid van expat. De toetsing van de redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst en van de herplaatsing vallen daarom volgens het gerechtshof *in dit geval* samen. Omdat herplaatsing niet in de rede ligt en de arbeidsovereenkomst tussen Shell Nederland en de expat *in deze omstandigheden* een lege huls is geworden, heeft

5. Wij richten ons op de situatie waarin de expat niet meewerkt aan een terugkeer naar de Base Country en/of niet meewerkt aan een beëindiging van de Nederlandse arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden.

6. De te bespreken specifieke expatregeling volgt uit de beschikking van de Hoge Raad in de Shell-zaak met verwijzingen naar eerdere rechtspraak: HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 en Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654. Een noemenswaardige annotatie op dit onderwerp betreft die van M.A.N. van Schadewijk, ‘Het concern en het ontslagrecht: de Hoge Raad eist maatwerk’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2019 (13) 2.

7. Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654.

Shell met succes ontbinding op de h-grond kunnen verzoeken.

Toch betekent dit naar onze mening niet dat werkgevers onder alle omstandigheden kunnen verwijzen naar de h-grond bij een voorgenomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de expat. Sterker nog, de enkele vaststelling dat de arbeidsovereenkomst een lege huls is, is niet voldoende om per definitie op de h-grond te ontbinden. Dit volgt uit de beschikking van Rechtbank Rotterdam van 25 april 2019 (ABN-AMRO)⁸. Hier oordeelde de rechtbank dat de omstandigheden die hebben geleid tot het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst voldoende moeten verschillen van de onder de a-grond genoemde omstandigheden. ABN AMRO trok hier een parallel tussen haar zaak en de zaak die speelde in de Expat/Shell-beschikking van de Hoge Raad van 18 januari 2019. Echter, de rechtbank oordeelde dat de ABN AMRO-situatie niet is te vergelijken met die van Shell. Bij ABN AMRO ging het om een ‘normale’ detachering. Er was geen sprake – anders dan bij Shell – van het uit dienst treden bij de Base Country werkgever en het in dienst treden bij de Host Country werkgever. Tijdens de detachering bleef de formele werkgever ongewijzigd. Bovendien was bij ABN AMRO duidelijk dat als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden (lees: reorganisatie) de werknemer geen functie meer had binnen ABN AMRO. De reden voor ontslag lag dus niet zozeer in de persoon van de werknemer, zoals bij Shell waar de specifieke werknemer niet kon worden geplaatst in een nieuwe (expat)functie. Bij de ABN AMRO-zaak betrof het veel meer een zuivere boventaligheid vanwege het verdwijnen van een positie. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond werd aldus afgewezen; de werkgever had zich tot het UWV moeten wenden.

Kortom, de beschikking van de Hoge Raad inzake Shell geeft werkgevers in Nederland een handvat om onder omstandigheden een beroep te doen op de h-grond bij een voorgenomen ontslag van een expat. Echter, de ruimte is beperkt en wanneer er feitelijk sprake is van een andere grond, bijvoorbeeld de a-grond, zoals in de ABN AMRO-zaak, dan zal de rechter een beroep op de h-grond niet kunnen toewijzen.

- *Hoe ver gaan de herplaatsingsinspanningen bij een expat?*

Naast het bepalen van de redelijke grond en aldus de ingang van de ontslagprocedure (Uwv/kantonrechter) zal de Nederlandse werkgever rekening moeten houden met de herplaatsingsinspanningen. Het vraagstuk met betrekking tot herplaatsing conform artikel 7:669 BW geldt eveneens voor de expat.

Vóór de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) en Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) was geen sprake van een algemeen geldend herplaatsingsvereiste. In artikel 7:685 BW (oud) werd m.b.t. ontbin-

dingsprocedures wel eens op grond van de omstandigheden van het geval een herplaatsingsplicht aangenomen langs de lijnen van goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW.⁹ Met de Wwz is een algemene, dwingend geformuleerde wettelijke basis gegeven aan het herplaatsingsvereiste, dat onder de WAB in stand blijft. Opzegging respectievelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst is, al bestaat er een redelijke grond, slechts toegestaan indien herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie ‘niet mogelijk is of niet in de rede ligt’, aldus artikel 7:669 lid 1 BW.

Voorname herplaatsingsvereiste van artikel 7:669 lid 1 juncto lid 5 BW is nader uitgewerkt in artikel 9 Ontslagregeling.¹⁰ Zoals bekend zal zijn, ziet herplaatsing op passende functies die beschikbaar zijn binnen de redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing. Onder een passende functie wordt verstaan een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van een werknemer. De redelijke termijn is gelijk aan de voor de werkgever geldende wettelijke opzegtermijn en vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst, conform artikel 10 lid 4 Ontslagregeling. De scholingsplicht wordt gekoppeld aan het eventuele bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing. Dat betekent dat een werkgever niet verplicht kan worden tot scholing van een werknemer indien er geen zicht is op herplaatsing in een passende functie. Indien een functie passend kan worden gemaakt binnen de redelijke termijn met scholing, dan is de werkgever enkel verplicht de scholing aan te bieden indien de kosten in het redelijke blijven. Er geldt geen harde grens, beoordeling vindt plaats per geval.

In de vakliteratuur wordt het hierboven omschreven herplaatsingsvereiste beschouwd als ‘verruimd’ en ‘verzwaard’ ten opzichte van vóór Wwz en WAB.¹¹ ‘Verruimd’, omdat de uitzondering voor gevallen waarin herplaatsing ‘niet in de rede ligt’, volgens verscheidene auteurs een veel beperkter strekking heeft dan de redelijkheidsmaatstaf die onder het oude recht gold. De uitzondering van ‘niet in de rede ligt’ ziet volgens hen uitsluitend op gevallen als detentie, illegaliteit en verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.¹² Het herplaatsingsvereiste wordt als ‘verzwaard’ beschouwd, omdat de toelichting op artikel 9 Ontslagregeling niet refereert aan de omstandigheden van het geval, maar zonder enig voorbehoud vermeldt dat een met ontslag

8. Rb. Rotterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3298.

9. Vgl. Hof Leeuwarden 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG3269.

10. Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling).

11. S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, ‘Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de “Expat/Shell”-beschikking: eindelijk duidelijkheid?’, *ArbeidsRecht* 2019/23, p. 14-18.

12. MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 46; zie ook bijvoorbeeld A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: BJu 2018, p. 56-5; L.B. de Graaf, ‘Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?’, *TRA* 2016/82 (afl. 10), p. 16-20.

bedreigde werknemer ‘voorrang geniet boven een externe sollicitant’ en dat de werkgever die een externe kandidaat aanneemt terwijl de vacature als passend kan worden beschouwd voor de met ontslag bedreigde werknemer, ‘zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld’.

Al met al, uit de Ontslagregeling en de toelichting daarop volgt dat betrekkelijk hoge eisen worden gesteld aan de inspanningen van de werkgever ten aanzien van herplaatsing. Echter, van een resultaatsverplichting zoals door verscheidene auteurs betoogd, lijkt geen sprake te zijn. Dit ruime juridische kader over de herplaatsing heeft de Hoge Raad tevens nader vormgegeven in zijn beschikking rondom de Shell-expat.

Met betrekking tot het herplaatsingsvereiste van artikel 7:669 lid 1 BW heeft de Hoge Raad reeds in de Decoruitspraak bevestigd dat het gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden *in redelijkheid* van de werkgever kan worden gevergd.¹³ Dit betekent dat ook redelijkheidsargumenten een rol kunnen spelen bij niet-herplaatsing. De werkgever heeft aldus een zekere beoordelingsruimte. Van de werkgever wordt wel een actieve, op de persoon van de werknemer gerichte benadering verwacht. Zo wordt van werkgevers in concernverband verwacht dat zij toelichten waarom een herplaatsing elders in het concern niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

Hof Den Haag overwoog in de Shell-kwestie terecht dat het in de rede ligt dat het onderzoek van Shell zich richt op de herplaatsingsmogelijkheden binnen het Shell-concern wereldwijd. Echter, het ligt niet in de rede te aanvaarden dat de voormalige expat voorrang boven andere kandidaten geniet met betrekking tot herplaatsingsmogelijkheden bij ondernemingen wereldwijd die tot het Shell-concern behoren. Immers, met die voorrang zou worden ingegrepen in de vrijheid van deze buitenlandse vennootschappen om naar eigen behoefte en wensen lokaal personeelsbeleid te voeren. Bovendien viel niet in te zien hoe de lokale werkgever de voorrang zou moeten afdwingen, mede gelet op de eisen van de *corporate governance* die in grote internationaal opererende en beursgenoteerde ondernemingen als het Shell-concern gelden. Artikel 9 lid 2 Ontslagregeling doet aan het voorgaande niet af. Immers, dat artikel regelt dat arbeidsplaatsen bij andere ondernemingen binnen het concern worden *betrokken* bij de herplaatsingstoets; en niet dat onder alle omstandigheden een herplaatsing plaatsvindt.

• Wat is de betekenis van de Expat/Shell-beschikking?

De Expat/Shell-beschikking laat onder meer zien dat indien Nederlands ontslagrecht van toepassing is op de dienstbetrekking van expats, dit met zich meebrengt dat het ontslag van een expat in wezen niet verschilt van het ontslag van een reguliere Nederlandse werknemer. Het preventieve ontslagstelsel zoals in Nederland geldt, ver-

eist ook bij ontslag van een expat een redelijke grond in de zin van artikel 7:669 lid 3 BW. Dit betekent dat per geval zal moeten worden bezien welke ontslaggrond heeft te gelden voor de expat. Het voorgaande brengt ook met zich mee dat een werkgever bij opzegging op grond van artikel 7:669 lid 3 BW ook zal moeten onderzoeken of de expat kan worden herplaatst in een passende functie binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing.

De Expat/Shell-beschikking geeft de inhoud en reikwijdte van het herplaatsingsvereiste in internationale context weer.¹⁴ De concernwerkgever wordt een zekere beoordelingsruimte gegeven; redelijkheidsargumenten mogen een rol spelen bij de vraag of herplaatsing mogelijk is. Het is echter niet afdoende als de werkgever de werknemer uitsluitend wijst op de vacaturepagina van het concern. De werkgever moet de werknemer actief begeleiden, initiërend te werk gaan en eventuele belemmeringen voor een nieuwe plaatsing wegnemen. Hoe ver dit laatste gaat, is mede afhankelijk van de mate waarin de werkgever het aannamebeleid bij groepsmaatschappijen kan beïnvloeden. Uit de Expat/Shell-beschikking blijkt ook dat de voorrangsregel op de externe kandidaat niet afdwingbaar is in de context van een grote internationaal opererende en beursgenoteerde onderneming. Over de reikwijdte van de herplaatsingsplicht binnen een concern concludeerde de A-G overigens eerder ook dat van werkgevers in een concernverband wordt verwacht dat zij toelichten waarom een herplaatsing elders binnen het concern niet mogelijk is of niet in de rede ligt, omdat het bijvoorbeeld onevenredig kostbaar is of anderszins bezwaarlijk.¹⁵

4.2 Beëindiging arbeidsovereenkomst via artikel 7:686 BW

Zoals benoemd kan de werkgever onderzoeken of een redelijke grond in de zin van artikel 7:669 BW aanwezig is. Maar kan de Nederlandse arbeidsovereenkomst van de weigerachtige expat, dus de expat die zijn verplichting tot terugkeer naar zijn oorspronkelijke werkgever niet nakomt, niet worden ontbonden op grond van wanprestatie ex artikel 7:686 BW? Indien een ontbinding wegens wanprestatie mogelijk is, geldt onder meer geen aanspraak op de transitievergoeding en ook geen herplaatsingsplicht, hetgeen tegen die achtergrond de voorkeur voor de werkgever geniet boven een regulier ontbindingsverzoek langs de lijnen van artikel 7:669 BW.

• Juridisch kader

Artikel 7:686 BW luidt: ‘De bepalingen van deze afdeling sluiten voor geen van beide partijen de mogelijkheid uit van ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst en van schadevergoeding. De ontbinding kan slechts door de rechter worden uitgesproken.’

14. Zie ook Hof Den Bosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118, JAR 2019/13 (Océ).

15. Vgl. Hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654; Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372.

13. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

In 1980 overwoog de Hoge Raad al dat de wanprestatie op grond waarvan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden uitgesproken (ex art. 7A:1639x BW (oud); thans: art. 7:686 BW) ernstig moet zijn.¹⁶ Uit latere rechtspraak met betrekking tot artikel 7:686 BW volgt dat de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis door de werknemer zodanig ernstig moet zijn dat die het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie moet kunnen rechtvaardigen.¹⁷ Hierbij wordt veelal het Meijer/De Schelde-arrest van de Hoge Raad¹⁸ en later in gelijke zin Hof Den Bosch 23 mei 2006¹⁹ aangehaald, waarin als volgt werd overwogen:

‘Het stelsel van de wet betreffende de beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever, in het bijzonder de bescherming die deze regeling ter zake van die beëindiging aan de werknemer beoogt te bieden, brengt mee dat een zodanige vordering slechts toewijsbaar is in die gevallen van ernstige wanprestatie, namelijk een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de overeenkomst, in beginsel met terugwerkende kracht tot de dag van de wanprestatie, kan rechtvaardigen.’

Bij dit uitgangspunt is een ontbinding op verzoek van de werkgever op grond van artikel 7:686 BW volgens de Hoge Raad veeleer op één lijn te stellen met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden. Daarbij moet, wat de mate van verwijtbaarheid betreft, worden gedacht aan ernstig verwijtbare gedragingen als diefstal, verduistering, fraude of misleiding, waardoor de werknemer het vertrouwen van zijn werkgever ernstig heeft beschaamd.²⁰

- *Hoe geeft de recentere rechtspraak invulling aan de leer van de Hoge Raad?*

Een interessant voorbeeld betreft de uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant van 16 februari 2017.²¹ In deze kwestie verzocht de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie, omdat de werknemer weigerde zijn werk te hervatten. Het betrof een werknemer die al dan niet onder de noemer zorgverlof afreisde naar Ethiopië maar weigerde terug te komen, ook niet na een aanzegging van een loonstop. De werknemer nam contact op met de werkgever met de mededeling dat hij niet meer zou terugkeren naar Nederland. De kantonrechter kwalificeerde de handwijze van de werknemer als het hardnekkig weigeren te voldoen aan een redelijk bevel of opdracht, die de arbeidsovereenkomst hem oplegt, hetgeen op een lijn kon worden gesteld met een dringende reden. Een ontbinding werd aldus uitgesproken op grond van artikel

7:686 BW. De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten ex artikel 7:610 BW. De meest wezenlijke verplichting die voor de werknemer uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit, is derhalve het verrichten van arbeid. Daar de betreffende werknemer structureel en in ernstige mate zijn kernverplichting uit de arbeidsovereenkomst (te weten: het verrichten van arbeid) niet was nagekomen, en hij deze tekortkoming voor wat betreft het verleden niet meer ongedaan kon maken, werd geoordeeld dat nakoming wat deze tekortkoming betreft blijvend onmogelijk was geworden. Ook waren er geen omstandigheden die maakten dat de werknemer buiten zijn wil om niet meer op het werk kon verschijnen om werkzaamheden te verrichten.

Ook de uitspraak van Rechtbank Limburg van 8 februari 2019²² is boeiend. Hier ging het om een werknemer die herhaaldelijk weigerde aan te nemen met het verrichten van aangepaste werkzaamheden, terwijl zij daartoe volgens de arboarts en het deskundigenoordeel van het UWV wel in staat was. De arbeidsovereenkomst werd op verzoek van de werkgever ontbonden op grond van artikel 7:686 BW. Immers, de werknemer had geen gevolg gegeven aan redelijke voorschriften en geen passende arbeid verricht, terwijl zij daartoe wel was verplicht op grond van artikel 7:660a aanhef en onder a en c BW. Een soortgelijke uitspraak deed Rechtbank Limburg ook al op 24 oktober 2018.²³

Uit deze uitspraken volgt dat het herhaaldelijk weigeren te voldoen aan de verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst ernstige wanprestatie kan opleveren op grond waarvan de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden zonder toekenning van een vergoeding.

- *Koppeling naar de expat*

Voorname uitspraken zijn het spiegelbeeld van de situatie die met een expat kan ontstaan: waar de voornoemde zaken gaan om een werknemer die weigert arbeid te verrichten, gaat het bij de geschetste situatie van de expat juist om de weigering te stoppen met het verrichten van arbeid bij de lokale Nederlandse werkgever, in strijd met de gemaakte afspraken. Wij menen dat de expat die de instructie van zijn werkgever niet opvolgt en dus weigert om terug te keren, hier geen ernstige wanprestatie kan worden verweten. De instructie ziet hier namelijk *in the end* op het meewerken aan een beëindiging van de Nederlandse arbeidsovereenkomst, terwijl de werkgever zich heeft te houden aan het reguliere ontslagrecht. Echter, in de situatie dat sprake is van specifieke expatregelingen, en deze expat zich stelselmatig niet houdt aan deze regels waardoor een terugkeer of herplaatsing wordt geblokkeerd door de expat, menen wij dat een werkgever meer kans heeft om met succes een verzoek tot ontbinding van de arbeids-

16. HR 12 december 1980, NJ 1981/202.

17. Vgl. o.a. Rb. Zeeland-West-Brabant 2 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:998; Rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212.

18. HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1190:AD1092.

19. Hof Den Bosch 23 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ9580.

20. Vgl. o.a. Rb. Amsterdam 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8390.

21. Rb. Oost-Brabant 16 februari 2017, ECLI:NL:ROBR:2017:895.

22. Rb. Limburg 8 februari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1212.

23. Rb. Limburg 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10149.

overeenkomst vanwege wanprestatie te bewerkstelligen. Het kan dan lonen om primair ontbinding te verzoeken op grond van artikel 7:686 BW (want geen transitievergoeding verschuldigd en geen rol voor herplaatsing) en subsidiair op basis van artikel 7:669 BW.

4.3 Beëindiging arbeidsovereenkomst via de ontbindende voorwaarde

In de situaties dat de entiteit in de Host Country met de expat een arbeidsovereenkomst sluit, wordt veelal ook een zogenoemd repatriëringsbeding overeengekomen. Een voorbeeld uit de praktijk betreft het volgende repatriëringsbeding:

‘The employee is an expatriate employee and will be subjected to the rules and regulations of the Employer Group Headquarters [lees: entiteit in de Base Country]. The employee agrees to return to the Headquarters at the first request of the Employer [lees: Base Country] for any reason.’

Dit beding houdt derhalve in dat de expat op verzoek van de entiteit in de Base Country (aldus oorspronkelijke werkgever, die dan in de regel meetekent) terugkeert naar de Base Country. De arbeidsovereenkomst met de entiteit in de Host Country eindigt daarmee automatisch. Het doel van het repatriëringsbeding voor de Nederlandse werkgever (Host Country) is aldus een beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de expat te realiseren zonder preventieve toets. De vraag is echter of een dergelijk repatriëringsbeding rechtsgeldig ingeroepen kan worden door de Nederlandse werkgever. Het antwoord op deze vraag is (mede) afhankelijk van de vraag of het repatriëringsbeding opgevat kan worden als een ontbindende voorwaarde. Hierna volgt daarom eerst de kern van het leerstuk van de ontbindende voorwaarde.

• Ontbindende voorwaarde

De ontbindende voorwaarde is thans neergelegd in artikel 6:22 BW en bepaalt: ‘(...) een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis vervallen.’ Een dergelijke ontbindende voorwaarde kan ook worden overeengekomen in een arbeidsovereenkomst. Dit volgt uitdrukkelijk uit het welbekende Mungra-arrest²⁴, waarin de Hoge Raad voor het eerst (in 1992) heeft geoordeeld dat een dergelijke ontbindende voorwaarde onder bepaalde omstandigheden ook rechtsgeldig opgenomen kan worden in een arbeidsovereenkomst, mede vanwege het bepaalde in artikel 7A:1639e lid 3 en 4 BW (oud) (thans: art. 7:667 lid 7 en 8 BW). In dit artikel was (is) namelijk bepaald dat een beding op grond waarvan de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens (i) het in het huwelijk treden van de werknemer en (ii) de zwangerschap of bevalling van de werkneemster, nietig is. Dit artikel impliceerde (impliceert) aldus dat andere ontbindende voorwaarden dan die welke uitdrukkelijk als nie-

tig werden beschouwd, wel geldig waren, althans konden zijn. De Hoge Raad oordeelde tevens dat door vervulling van de ontbindende voorwaarde de arbeidsovereenkomst vrijwel geheel doel moet missen, maar ook dat de vervulling van de ontbindende voorwaarde niet door de werkgever in de hand mag zijn gewerkt (zgn. causaliteitsverbod).

Bovengenoemde beoordelingsmaatstaf is met de jaren nader vorm gaan krijgen.²⁵ Zo is in 2012 in het HTM-arrest²⁶ door de Hoge Raad vooropgesteld dat het wettelijk stelsel van het ontslagrecht meebrengt dat de ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering kan worden aanvaard, hetgeen van geval tot geval moet worden bezien. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de ontbindende voorwaarde. Steeds is vereist dat het intreden van de ontbindende voorwaarde objectief bepaalbaar is en niet afhankelijk is van de wil of subjectieve waardering van een daarbij belanghebbende partij.²⁷ Daarnaast blijft van belang of de arbeidsovereenkomst inhoudsloos wordt na intreding van de ontbindende voorwaarde en in welke mate dit het geval is.²⁸

Pas indien wordt voldaan aan bovenstaande criteria is sprake van een rechtsgeldig overeengekomen ontbindende voorwaarde en zal het enkele intreden van de ontbindende voorwaarde tot gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege tot een einde komt. De beoordeling vindt plaats naar redelijkheid en billijkheid, waarbij geldt dat hoe meer invloed de werkgever kan uitoefenen, des te groter de kans is dat de ontbindende voorwaarde niet rechtsgeldig is.²⁹ Uitgangspunt is immers dat de werknemer in bescherming wordt genomen.³⁰

• Nog van deze tijd?

De duidelijkheid die de Hoge Raad in 1992 en daarna gaf, lijkt vandaag niet meer aanwezig te zijn. Immers, thans gaat de discussie in de vakliteratuur over de vraag of de Mungra- en HTM-leer van de Hoge Raad wel bestaansrecht heeft onder de Wvz/WAB.³¹ Vele auteurs menen dat het huidige ontslagstelsel drastisch is gewijzigd ten opzichte van het stelsel destijds, reden waarom zij menen dat het opnemen van een ontbinden-

24. HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535, NJ 1992/509 (Mungra/Van Meir).

25. HR 24 mei 1996, JAR 1996/141 (Van Zijl/Koppen); HR 13 februari 1998, JAR 1998/72 (Port de Plaisance); HR 1 februari 2002, JAR 2002/45 (Monte/Bank) en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM).

26. HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM).

27. HR 13 februari 1998, JAR 1998/72 (Port de Plaisance); Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163, JAR 2017/50 (Musical Sky).

28. HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535 (Mungra/Van Meir) en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM/Mohabir).

29. Vgl. Ktr. Rotterdam 13 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AP4704.

30. Zie ook HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM/Mohabir), r.o. 3.4.2.

31. Met de introductie van de WAB per 1 januari 2020 wordt deze discussie niet in een ander kader geplaatst, aldus geldt de vraag naar het bestaansrecht van een ontbindende voorwaarde onder de Wvz op dezelfde wijze onder de WAB.

de voorwaarde in de arbeidsovereenkomst niet meer van deze tijd is. Sterker nog: dat het nietig is.³²

De Hoge Raad heeft zich echter daarover nog niet uitgelaten. Bestaande rechtspraak laat (nog steeds) zien dat niet (meer) ter discussie staat of het overeenkomen van de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst überhaupt wel mogelijk is. De vraag die ter discussie staat, is of de inhoud van het betreffende beding aangemerkt kan worden als een rechtsgeldig overeengekomen ontbindende voorwaarde, waarbij in de overwegingen als eerste de heersende leer van de Hoge Raad zoals geformuleerd in de Mungra- en HTM-arresten wordt aangehaald.

Zo werd bijvoorbeeld op 24 januari 2017 door Hof Amsterdam in het Musical Sky-arrest³³ geoordeeld dat de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst zich niet verdraagt met het stelsel van het ontslagrecht. In de ontbindende voorwaarde stond namelijk, in het kort, dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen wanneer de productie (Musical Sky) stopt. De vervulling van de ontbindende voorwaarde was afhankelijk van de eigen, subjectieve, waardering van de werkgever, waarmee de werkgever de preventieve toets kon ontgaan, terwijl het hier om bedrijfseconomische gronden ging. De ontbindende voorwaarde kon niet resulteren in een einde arbeidsovereenkomst van rechtswege.

Een ander interessant voorbeeld betreft het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 10 oktober 2017.³⁴ In deze zaak hadden Tadema Schilderwerken B.V. ('Tadema') en Van der Geest B.V. ('VdG') een samenwerkingsovereenkomst gesloten, met als onderdeel dat VdG drie werknemers (55+) van Tadema in dienst zou nemen. Hierbij werd door Tadema en VdG ook overeengekomen dat als een van deze werknemers langdurig ziek zou worden (aldus langer dan 26 weken), de betreffende werknemer per direct terugvalt op zijn oude dienstverband met Tadema. De zogenoemde 'terugkeerbepaling'. Deze afspraak was vastgelegd in de 'Intentieverklaring Samenwerking' tussen Tadema en VdG. Een van de oudere werknemers werd langdurig ziek, reden waarom VdG onder verwijzing naar de terugkeerbepaling de werknemer liet weten dat hij terugviel op zijn oude arbeidsovereenkomst met Tadema. De werknemer was het hier niet mee eens en spande een procedure aan tegen VdG. De kantonrechter oordeelde dat in de arbeidsovereenkomst tussen VdG en de werknemer een terugkeerbepaling was opgenomen, inhoudende dat in de situatie zoals hierboven omschreven zijn arbeidsovereenkomst met VdG eindigt en het

dienstverband Tadema herleeft. Deze terugkeerbepaling werd door de kantonrechter aangemerkt als een ontbindende voorwaarde. De arbeidsovereenkomst met VdG was aldus de kantonrechter vanwege het intreden van de ontbindende voorwaarde van rechtswege geëindigd. In hoger beroep nam het hof als uitgangspunt dat in de arbeidsovereenkomst tussen VdG en de betreffende werknemers slechts was overeengekomen dat het dienstverband werd aangegaan volgens (onder andere) de Intentieverklaring Samenwerking. Hierbij werd noch de tekst van de terugkeerbepaling expliciet genoemd, noch werd de Intentieverklaring Samenwerking als bijlage gevoegd aan de arbeidsovereenkomst. Het hof stelde voorop dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van uitsluitend een zuiver taalkundige uitleg van het contract. Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. VdG stelde in dat kader dat de betreffende werknemer op de hoogte was van de inhoud van de terugkeerbepaling, omdat zij dit mondeling met de werknemer had besproken en de werknemer hiermee had ingestemd. Bovendien zou de werknemer de terugkeerbepaling ook met de vakbonden hebben besproken. VdG deed daarom een concreet bewijsaanbod. Het hof liet VdG toe tot bewijslevering. Uit doelmatigheidsoverwegingen oordeelde het hof vervolgens dat in het geval VdG in de bewijslevering slaagt, zij beslist dat de kantonrechter de terugkeerbepaling terecht heeft gekwalificeerd als een ontbindende voorwaarde en dat de voorwaarde niet onverenigbaar is met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. Kortom, indien VdG in de bewijsopdracht slaagt, betekent dit dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd.

Al met al, de Mungra- en HTM-leer toont dat slechts in uitzonderlijke gevallen de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig wordt geacht. Echter, uit het aangehaalde Tadema-arrest (2017) kan men zich afvragen of de Mungra- en HTM-leer nog wel zo strikt wordt toegepast. Immers, zonder dat sprake was van een schriftelijk overeengekomen ontbindende voorwaarde meende het hof in Tadema dat de arbeidsovereenkomst met VdG van rechtswege was geëindigd.

Wij menen dat de Wwz en de WAB géén verandering met zich heeft meegebracht voor de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Uitgangspunt blijft de Mungra- en HTM-leer. In dat kader sluiten wij aan bij de interpretatie van onder andere Van Slooten³⁵ en achten wij het bepaalde in artikel 7:667 lid 7 en 8 BW, waarin is omschreven wanneer een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst juist nietig is, essentieel. Een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst blijft aldus naar onze mening mogelijk, mits

32. Zie bijvoorbeeld: J.J.M. de Laat, 'De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2014/100; R. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *Arbeidsrecht* 2017/27; M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz, *TvO* 2017/af. 1; D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017/25.

33. Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163, *JAR* 2017/50 (Musical Sky).

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8782, *JAR* 2017/286.

35. J.M. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* 2017/af. 1.

zij is geformuleerd conform de criteria van de Hoge Raad.

- *Einde van rechtswege of toch herplaatsen?*

Indien de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is overeengekomen, en de toekomstige onzekere gebeurtenis doet zich voor, dan brengt dat met zich mee dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Wij menen dat in dat geval de herplaatsingsplicht van artikel 7:669 lid 1 BW, die alleen ziet op situaties van opzegging en niet op een einde van rechtswege, niet van toepassing is. Een extra toets, zoals het al dan niet te herplaatsen zijn nadat de ontbindende voorwaarde zich heeft voorgedaan, volgt ook niet uit de Mungra- en HTM-leer van de Hoge Raad. Evenmin kwam dit aan de orde in het meer recente Tadema-arrest.

Wij kunnen ons wel voorstellen dat het voor een werknemer een interessante positie is om bij een aanvankelijk geslaagd beroep van de werkgever op de ontbindende voorwaarde een beroep te doen op artikel 6:248 lid 2 BW. De werknemer kan mogelijk het niet herplaatsen in een overduidelijk passende functie gebruiken als (extra) argument dat het beroep van de werkgever op de ontbindende voorwaarde in strijd is met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

- *Terug naar het repatriëringsbeding*

Uit al het voorgaande menen wij dat een ontbindende voorwaarde in beginsel mogelijk is, en een repatriëringsbeding als een ontbindende voorwaarde kan worden beschouwd, mits het beding maar voldoet aan de criteria zoals gesteld door de Hoge Raad. Het repatriëringsbeding dat als voorbeeld uit de praktijk hierboven werd weergegeven is naar onze mening niet rechtsgeldig, omdat de vervulling van het repatriëringsbeding afhankelijk is van de eigen, subjectieve, waardering van de werkgever. Immers, de werknemer dient op verzoek van de werkgever *om welke reden dan ook* terug te keren naar de Base Country. Daarnaast is in het beding geen duidelijk rechtsgevolg opgenomen voor de lokale arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht. Immers, het enkele laten terugkeren van de expat naar de Home Country wil niet zeggen dat daarmee de arbeidsovereenkomst in Nederland is geëindigd.

5. Conclusie

In dit artikel hebben wij de mogelijkheden onderzocht om de Nederlandse arbeidsovereenkomst met de expat te beëindigen.

Op basis van de Shell/Expat-beschikking zien wij mogelijkheden om een ‘reguliere’ ontbinding te verzoeken op basis van de h-grond uit artikel 7:669 lid 3 BW. Het ABN AMRO-arrest leert ons echter dat het niet vanzelfsprekend is dat ontbinding op de h-grond gerealiseerd kan worden. Een gang naar het UWV is aan

de orde wanneer de reden voor ontslag niet zozeer ligt in de persoon van de expat, maar het een zuivere boventaligheid van een specifieke positie betreft. Bij deze reguliere ontslagroute dient aldus sprake te zijn van een redelijke grond, maar ook dient de werkgever de herplaatsingsmogelijkheden onderzocht te hebben.

Een alternatief is het bewandelen van de route van artikel 7:686 BW; een ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken op grond van wanprestatie. In dat scenario is in beginsel geen (transitie)vergoeding verschuldigd en geldt er geen herplaatsingsplicht. Bij een expat is ontbinding op grond van wanprestatie voorstelbaar indien een expat weigert te voldoen aan de specifieke regels binnen de organisatie van zijn werkgever ten aanzien van expats. Mocht de expat hardnekkig stelselmatig weigeren mee te werken aan de regels waar hij op voorhand mee heeft ingestemd en op die manier zijn herplaatsing dan wel terugkeer blokkeren, menen wij dat de werkgever ook met succes een ontbinding wegens wanprestatie kan realiseren.

De meest vergaande optie tot ontslag is middels een repatriëringsbeding dat kwalificeert als ontbindende voorwaarde. Onderzoek naar herplaatsingsmogelijkheden en het recht op een transitievergoeding zijn dan niet aan de orde. Om als rechtsgeldige ontbindende voorwaarde te kwalificeren:

- moet het repatriëringsbeding niet in strijd zijn met het gesloten ontslagstelsel (denk aan de opzegverboden);
- moet het repatriëringsbeding objectief bepaalbaar en niet afhankelijk van de wil of subjectieve waardering van een daarbij belanghebbende partij zijn; en
- moet de arbeidsovereenkomst inhoudsloos zijn na intreding van het repatriëringsbeding.

Het zal een uitdaging zijn om een repatriëringsbeding te formuleren dat voldoet aan bovenstaande vereisten. In de rechtspraak is een dergelijk voorbeeld niet voorhanden. Met name lijkt doorslaggevend wat de onzekere toekomstige gebeurtenis kan zijn op grond waarvan de ontbindende voorwaarde kan worden geformuleerd. Het beding dat voorschrijft dat de expat op verzoek van de werkgever om welke reden dan ook dient terug te keren naar de Base Country, kan naar onze mening om die reden geen ontbindende voorwaarde opleveren. Interessant is wel het Tadema-arrest. Hier werd de terugkeerbepaling voor de langdurig zieke werknemer als rechtsgeldige ontbindende voorwaarde beschouwd. Op basis van dit arrest kan de Nederlandse werkgever mogelijk met succes een vergelijkbare bepaling overeenkomen, met als gevolg een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij (langdurige) ziekte van de expat. De expat valt dan terug op zijn arbeidsovereenkomst met de Base Country en wordt op die manier teruggehaald. Wij vragen ons hierbij echter wel weer af of dit geen omzeiling is van de ziekteverzuimregels voor de Nederlandse werkgever.

Een variant die haalbaarder lijkt te zijn is de situatie waarin bij de Base Country een werknemer langdurig uitvalt wegens ziekte die dezelfde specifieke specialistische kennis heeft als de expat. In de ontbindende voorwaarde zou kunnen staan dat bij (langdurige) uitval van de directe lokale collega, de expat op eerste verzoek moet terugkeren naar de Base Country en daarmee de arbeidsovereenkomst met de Host Country van rechtswege eindigt.

Omdat conform de Hoge Raad de omstandigheid op grond waarvan de expat dient terug te keren naar de Base Country een toekomstige en onzekere omstandigheid dient te zijn, moet gezocht worden naar een creatieve formulering van het repatriëringsbeding. Kortom, het blijft een uitdaging.