



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Annotation: HR 2003-03-14**

Heerma van Voss, G.J.J.

**Citation**

Heerma van Voss, G. J. J. (2007). Annotation: HR 2003-03-14. *Nederlandse Jurisprudentie*, 3373-3386. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13656>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13656>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## NJ 2007, 331

**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

14 maart 2003, nr. C01/187HR

(Mrs. P. Neleman, H.A.M. Aaftink, A.G. Pos, D.H. Beukenhorst, P.C. Kop; A-G Bakels)

m.nt. G.J.J. Heerma van Voss

LJN AF2832

JOL 2003, 156

RvdW 2003, 51

Abw art. 1:3; BBA art. 6; Besluit van 7 december 1998, nr. 98/38.505, *Strct.* 1998, 238 (Ontslagbesluit 1998) art. 2:7, 4:5

**Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen.** Door RDA gegeven toestemming; later gestelde wederindiensttredingsvoorwaarde geldig?; beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb; aansluiting bij het algemene bestuursrecht; betrokken belangen; vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid.

**Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen.** Door RDA gegeven toestemming; later gestelde wederindiensttredingsvoorwaarde geldig?; beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb; aansluiting bij het algemene bestuursrecht; betrokken belangen; vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid.

Bij de beantwoording van de (door het Ontslagbesluit 1998 niet beantwoorde) vraag of de wederindiensttredingsvoorwaarde ook nog op een later tijdstip kan worden gesteld dient aansluiting te worden gezocht bij het (algemene) bestuursrecht; de beslissing van de RDA tot het geven van toestemming tot ontslag en de afzonderlijke beslissing tot het alsnog daaraan verbinden van de genoemde voorwaarde zijn immers beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb. De Awb zelf geeft geen rechtstreeks antwoord op de hier besproken vraag. De betrokken belangen rechtvaardigen dat indien van de verleende toestemming tot ontslag nog geen gebruik is gemaakt, voor de toekomst alsnog bij nadere beschikking de wederindiensttredingsvoorwaarde aan de reeds verleende toestemming kan worden verbonden; indien echter in vertrouwen op de juistheid en volledigheid van de verleende toestemmingsbeschikking daarvan reeds gebruik is gemaakt, verzetten het vertrouwensbeginsel en de rechtszekerheid zich in het algemeen daartegen. Denkbaar is evenwel dat het vertrouwen niet gerechtvaardigd was, zoals wanneer het voor de werkgever kenbaar was of behoorde te zijn dat de RDA een vergissing of fout heeft begaan of wanneer de werkgever door het verschaffen van onjuiste inlichtingen verwijtbaar aan het ontstaan van de vergissing of fout heeft bijgedragen.

*In deze zaak gaat het om de vraag of de RDA, nadat hij op de voet van art. 6 BBA (onvoorwaardelijk) toestemming had verleend tot opzegging van een*

*arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen en de werkgever met gebruikmaking van die toestemming de arbeidsovereenkomst had opgezegd, aan de reeds verleende toestemming alsnog de 'wederindiensttredingsvoorwaarde' kon verbinden. Deze voorwaarde houdt in dat de werkgever gedurende zekere tijd alleen werkn(e)m(st)er in dienst zal nemen voor het verrichten van arbeid van dezelfde aard nadat hij zijn (ex-)werknemer in de gelegenheid zal hebben gesteld zijn/haar vroegere werkzaamheden te hervatten.*

*Bij de beantwoording van die vraag wordt het volgende vooropgesteld. Art. 6 BBA strekt ertoe in het belang zowel van de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen; een voorwaarde als de onderhavige strekt tot behartiging van deze belangen en mag aan de verleende toestemming worden verbonden (vgl. HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705). Het in deze zaak toepasselijke Besluit van 7 december 1998, nr. 98/38.505 van de Directie arbeidsverhoudingen, *Strct.* 1998, nr. 238 (hierna: het Ontslagbesluit 1998) bepaalt in art. 2:7 lid 2 dat aan de beslissing tot het verlenen van toestemming geen andere voorwaarden kunnen worden verbonden dan in art. 4:5 genoemd. Dit laatste artikel houdt in dat, indien de RDA toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen verleent, hij aan zijn toestemming, kort gezegd, de wederindiensttredingsvoorwaarde kan verbinden. Het Ontslagbesluit 1998 geeft geen antwoord op de vraag of die voorwaarde slechts dadelijk bij de toestemming, of ook nog op een later tijdstip kan worden gesteld. Bij het vinden van een antwoord op deze vraag dient aansluiting te worden gezocht bij het (algemene) bestuursrecht. De beslissing van de RDA tot het geven van toestemming tot ontslag en de afzonderlijke beslissing tot het alsnog daaraan verbinden van de wederindiensttredingsvoorwaarde zijn immers beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb, en wel beschikkingen waarbij een vergunning wordt verleend respectievelijk aan een verleende vergunning alsnog een voorwaarde wordt verbonden. Daaraan staat niet in de weg dat tegen deze beschikkingen ingevolge art. 8:5 Awb in verbinding met de bij deze wet behorende zogenoemde 'negatieve lijst' geen beroep kan worden ingesteld. Overigens bevat de Awb zelf geen rechtstreeks antwoord op de hier besproken vraag. In het licht van de in het (algemene) bestuursrecht geldende regels en gelet op de aard van beschikkingen als de onderhavige dient hier het volgende tot uitgangspunt te worden genomen. De RDA heeft de vrijheid aan de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen al dan niet de wederindiensttredingsvoorwaarde te verbinden. De beschikking tot het verlenen van toestemming is in zoverre te beschouwen als een vrije beschikking, die door gebruikmaking van de verleende toestemming zal zijn uitgewerkt, en derhalve een aflopend karakter heeft. Voorts geldt de beschikking tot het verlenen van toestemming als begunstigend voor de werkgever, en als belastend voor de werknemer. Bij het*

alsnog stellen van de wederindiensttreddingsvoorwaarde geldt omgekeerd dat dit belastend is voor de werkgever en begunstigend voor de werknemer; hierbij dienen de hiervoor genoemde belangen (van de betrokken werknemer en van de Nederlandse arbeidsmarkt) te worden behartigd. Die belangen kunnen rechtvaardigen dat, indien van de verleende toestemming tot ontslag nog geen gebruik is gemaakt, voor de toekomst alsnog bij nadere beschikking de wederindiensttreddingsvoorwaarde aan de reeds verleende toestemming wordt verbonden. Indien echter in vertrouwen op de juistheid en volledigheid van de verleende toestemmingsbeschikking daarvan reeds gebruik is gemaakt door de arbeidsverhouding op te zeggen, waarmee die beschikking is uitgewerkt, verzetten het vertrouwensbeginsel en de rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen dat met terugwerkende kracht wijziging wordt gebracht in de inmiddels met gebruikmaking van de toestemming geschapen rechtsverhouding tussen partijen. Denkbaar is evenwel dat het vertrouwen niet gerechtvaardigd was, zoals wanneer het voor de werkgever kenbaar was of behoorde te zijn dat de RDA een vergissing of fout heeft begaan of wanneer de werkgever door het verschaffen van onjuiste inlichtingen verwijtbaar aan het ontstaan van de vergissing of fout heeft bijgedragen.

Lypack B.V., te Leeuwarden, eiseres tot cassatie, adv. mr. R.A.A. Duk,  
tegen

Bauke Tolsma, te Leeuwarden, verweerder in cassatie, adv. mr. E. Grabandt.

#### Rechtbank:

##### Vaststaande feiten

3. De rechtbank zal ook in hoger beroep van de feiten uitgaan zoals die door de kantonrechter zijn vastgesteld, nu tegen deze vaststelling geen grieven zijn gericht.

##### beoordeling van de grieven

4. De grieven zijn gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA) bevoegd was om, nadat hij op 22 maart 1999 aan Lypack toestemming had gegeven om de arbeidsverhouding met Tolsma op te zeggen, aan die toestemming alsnog de wederindiensttreddingsvoorwaarde te verbinden, zoals hij bij brief van 19 april 1999 aan Lypack heeft geschreven.

4.1. Lypack heeft betoogd dat de RDA hiertoe niet bevoegd was. Zij stelt daartoe dat de bevoegdheid tot het wijzigen of intrekken van een beschikking dient te berusten op een wettelijk voorschrift, op een vergunningvoorschrift of op ongeschreven recht. Bovendien acht Lypack het naderhand toevoegen van een voorwaarde aan de reeds verleende ontslagvergunning in strijd met de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel.

4.2. De rechtbank is met de kantonrechter van

oordeel dat er geen rechtsregel is die verbiedt dat de wederindiensttreddingsvoorwaarde op een ander tijdstip dan tegelijk met de verleende toestemming aan de werkgever kan worden opgelegd, zodat deze daarom achteraf aan een verleende toestemming zou kunnen worden toegevoegd. Het betreft hier duidelijk een vergissing van de RDA waarop de RDA kan terugkomen.

4.3. De rechtbank kan Lypack nageven dat de rechtszekerheid enigszins in het gedrang is gekomen doordat Lypack enkele weken in de veronderstelling heeft verkeerd dat zij nieuwe medewerkers kon aantrekken. De gevolgen hiervan worden echter volledig geneutraliseerd doordat voor die periode de voorwaarde niet heeft gegolden. Immers de voorwaarde is niet met terugwerkende kracht van toepassing verklaard. Voor de periode dat de voorwaarde wel van toepassing was, kon Lypack zich eenvoudigweg aan de voorwaarde houden. Op dezelfde wijze dient te worden geoordeeld over de stelling van Lypack, dat het vertrouwensbeginsel is geschon-

den.

4.4. Ook het feit dat Lypack na de toestemming van de RDA van de ontslagvergunning gebruik heeft gemaakt, kan niet de gevolgtrekking rechtvaardigen dat de RDA de wederindiensttreddingsvoorwaarde naderhand niet aan de ontslagvergunning had mogen toevoegen. Immers indien Lypack hierdoor in de problemen zou zijn geraakt, had zij het ontslag van Tolsma alsnog kunnen intrekken, waarna zij de RDA opnieuw toestemming tot beëindiging van de dienstbetrekking had kunnen vragen of een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter had kunnen indienen.

4.5. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de kantonrechter terecht Tolsma heeft toegelaten te bewijzen dat Lypack in strijd met de wederindiensttreddingsvoorwaarde heeft gehandeld.

4.6. De grieven zijn tevergeefs voorgedragen.

4.7. Nu geen van de aangevoerde grieven doel treft moet het vonnis, waarvan beroep, worden bekrachtigd waarbij Lypack als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het hoger beroep zal worden verwezen.

(enz.)

#### Cassatiemiddel:

Schending van het recht dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt, doordat de Rechtbank heeft overwogen als in rov.'en 4.2., 4.3. en 4.4. van het vonnis waarvan beroep is weergegeven, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum van dat vonnis aangeduid; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

##### Algemeen; inleiding

Bij beslissing d.d. 22 maart 1999 (prod.2 bij inleidende dagvaarding) heeft de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie

Friesland Lypack toestemming verleend om haar met Tolsma bestaande arbeidsovereenkomst op te zeggen. Gebruikmakend van die toestemming heeft Lypack de met Tolsma bestaande arbeidsovereenkomst bij brief d.d. 30 maart 1999 (prod. 3 bij inleidende dagvaarding) opgezegd tegen (uiteindelijk) 1 juni 1999. Bij brief d.d. 19 april 1999 (prod. 2 bij antwoord) heeft de RDA Leeuwarden Lypack laten weten dat de aan de toestemming d.d. 22 maart 1999 verbonden zogeheten wederindiensttredingsvoorwaarde als gevolg van een administratieve omissie was weggevallen, en dat die voorwaarde, die in de brief d.d. 19 april 1999 werd geciteerd, derhalve onderdeel uitmaakte van de betrokken ontslagvergunning.

Met die wederindiensttredingsvoorwaarde werd bedoeld op de voorwaarde vervat in art. 4:5 van het Ontslagbesluit (Regeling van 7 december 1998, *Strt.* 1998, 238).

Tussen Lypack en Tolsma is in deze procedure in de kern in geschil of het gestelde in de brief d.d. 19 april 1999 kon meebrengen dat de wederindiensttredingsvoorwaarde alsnog onderdeel ging vormen van de op 22 maart 1999 aan Lypack verleende ontslagvergunning, met gebruikmaking waarvan de met Tolsma bestaande arbeidsovereenkomst inmiddels was opgezegd. De Kantonrechter te Leeuwarden heeft die vraag, in rov. 5. van zijn in eerste aanleg gewezen vonnis van 14 januari 2000, bevestigend beantwoord.

Tegen dat vonnis heeft Lypack hoger beroep ingesteld onder aanvoering van een drietal grieven. In de toelichting op grief II heeft Lypack, bij memorie van grieven onder 17., het volgende opgemerkt:

'De toelichting bij grief I is aan de orde bij deze brief. Daarenboven komt de rechtszekerheid van de werkgever niet enigszins, maar volledig in het gedrang. De werkgever meent onvoorwaardelijk toestemming te hebben verleend en wordt na verloop van tijd alsnog met een voorwaarde geconfronteerd.

Binnen dit kader is art. 2.7 lid 2 van het Ontslagbesluit van belang, dat dwingend bepaalt, dat behoudens de in art. 4.5 van het Ontslagbesluit genoemde voorwaarde, aan de beslissing inzake het verlenen van toestemming, geen andere voorwaarden kunnen worden verbonden. De voorwaarde van art. 4.5 van het Ontslagbesluit, houdt in dat de werkgever binnen 26 weken na bekendmaking van die toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor werkzaamheden van dezelfde aard. Door naderhand de betreffende voorwaarde aan de toestemming te verbinden, gaat de termijn van 26 weken niet na bekendmaking van de toestemming lopen, maar op een later tijdstip, wat in strijd is met art. 4.5 van het Ontslagbesluit, wat een schending van het recht is en daarmee in strijd komt met de rechtszekerheid (nadruk in het origineel. R.D.).'

De Rechtbank heeft de hierboven aangeduide vraag (eveneens) bevestigend beantwoord. Daar-

toe heeft zij, in rov.'en 4.2., 4.3. en 4.4. van het vonnis waarvan beroep, het volgende overwogen:

'4.2. De rechtbank is met de kantonrechter van oordeel dat er geen rechtsregel is die verbiedt dat de wederindiensttredingsvoorwaarde op een ander tijdstip dan tegelijk met de verleende toestemming aan de werkgever kan worden opgelegd, zodat deze daarom achteraf aan een verleende toestemming zou kunnen worden toegevoegd. Het betreft hier duidelijk een vergissing van de RDA waarop de RDA kan terugkomen.

4.3. De rechtbank kan Lypack nageven dat de rechtszekerheid enigszins in het gedrang is gekomen doordat Lypack enkele weken in de veronderstelling heeft verkeerd dat zij nieuwe medewerkers kon aantrekken. De gevolgen hiervan worden echter volledig geneutraliseerd doordat voor die periode de voorwaarde niet heeft gegolden. Immers de voorwaarde is niet met terugwerkende kracht van toepassing verklaard. Voor de periode dat de voorwaarde wel van toepassing was, kon Lypack zich eenvoudigweg aan de voorwaarde houden. Op dezelfde wijze dient te worden geoordeeld over de stelling van Lypack, dat het vertrouwensbeginsel is geschonden.

4.4. Ook het feit dat Lypack na de toestemming van de RDA van de ontslagvergunning gebruik heeft gemaakt, kan niet de gevolgtrekking rechtvaardigen dat de RDA de wederindiensttredingsvoorwaarde naderhand niet aan de ontslagvergunning had mogen toevoegen. Immers indien Lypack hierdoor in problemen zou zijn geraakt, had zij het ontslag van Tolsma alsnog kunnen intrekken, waarna zij de RDA opnieuw toestemming tot beëindiging van de dienstbetrekking had kunnen vragen of een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter had kunnen indienen.'

#### Onderdeel (1)

De in rov.'en 4.2., 4.3. en 4.4. vervatte beslissing van de Rechtbank is rechtens onjuist. Het is rechtens niet mogelijk om (een voorwaarde als) de wederindiensttredingsvoorwaarde op een later tijdstip dan tegelijk met de verleende toestemming aan de werkgever op te leggen. Zou dat in zijn algemeenheid al anders zijn, dan geldt dat het in elk geval niet mogelijk is om de wederindiensttredingsvoorwaarde aan een ontslagvergunning toe te voegen op een tijdstip waarop van die vergunning, door opzegging van de betrokken arbeidsovereenkomst, reeds gebruik is gemaakt.

In dat verband heeft de Rechtbank, in rov.-4.2. *in fine*, bovendien ten onrechte betekenis toegekend aan de omstandigheid dat (uit de brief d.d. 19 april 1999 kan worden opgemaakt dat) de wederindiensttredingsvoorwaarde als gevolg van een vergissing niet reeds in de ontslagvergunning d.d. 22 maart 1999 was opgenomen. Zou het al mogelijk zijn de voorwaarde achteraf aan een ontslagvergunning te verbinden, des neen, dan

kan in dit verband slechts van betekenis zijn of Lypack bij kennisneming van de ontslagvergunning *redelijkerwijs heeft moeten begrijpen* dat de omstandigheid dat de wederindiensttretingsvoorwaarde daarin niet werd genoemd, op een vergissing berustte.

Zou de beslissing van de Rechtbank op dit punt in die laatste zin moeten worden begrepen, dan is die (deel-)beslissing rechtens onjuist dan wel zonder nadere motivering onbegrijpelijk. In art. 4:5 van het Ontslagbesluit is immers bepaald dat de RDA aan een ontslagvergunning die wordt verleend om bedrijfseconomische redenen, de wederindiensttretingsvoorwaarde *kan* verbinden, en *niet* dat hij die voorwaarde daaraan *dient* te verbinden. Voorts heeft Lypack bij dupliek onder 2., 3., 5. en 6. en in de toelichting (pleitnotities) van haar raadsman onder 4.1. en 4.2. het hierboven bedoelde facultatieve karakter van de toevoeging van de wederindiensttretingsvoorwaarde benadrukt alsmede dat zij om die reden destijds niet heeft behoeven te begrijpen dat de omstandigheid dat die voorwaarde niet aan de ontslagvergunning was verbonden, op een vergissing berustte. Op dat betoog is, in dit subsidiaire verband, ten onrechte niet ingegaan.

#### Onderdeel (2)

Zouden de met onderdeel (1) aan de orde gestelde klachten falen, dan geldt in elk geval dat onbegrijpelijk is dat de Rechtbank geen (kenbare) aandacht heeft besteed aan de hiervoor geciteerde, bij memorie van grieven onder 17. gegeven, toelichting van Lypack op de door haar aangevoerde grief II. Weliswaar heeft de Rechtbank, in rov.4.3., overwogen dat de wederindiensttretingsvoorwaarde *voordat* deze bij brief d.d. 19 april 1999 aan Lypack werd bekendgemaakt, niet heeft gegolden, maar de Rechtbank heeft daarbij *niet* aangegeven of juist was de aanneming van Lypack dat die voorwaarde vervolgens 26 weken vanaf die datum van bekendmaking is blijven gelden, zodat deze in strijd kwam met het bepaalde in art.2:7, lid 2 van het Ontslagbesluit. Aldus heeft de Rechtbank op dit punt ontoelaatbare onduidelijkheid laten bestaan.

Aangezien de door de Rechtbank in rov.'en 4.5., 4.6. en 4.7. en in het *dictum* van het vonnis waarvan beroep gegeven beslissingen voortbouwen op haar hiervoor aangeduide beslissingen, volgt uit het voorgaande tevens waarom die rechtsoverwegingen bij gegrondbevinding van één of meer van de hiervoor geformuleerde klachten evenmin in stand kunnen blijven.

#### Conclusie A-G mr. Bakels:

##### 1. Feiten en procesverloop

1.1. Het gaat in deze zaak kort gezegd om de vraag of de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (de RDA) die de toestemming als bedoeld in art. 6 BBA verleent, daaraan later alsnog een beperkende voorwaarde kan verbinden.

1.2. In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(a) Tolsma is op 30 oktober 1988 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Lypack. Tolsma heeft laatstelijk de functie van productiemedewerker gehad tegen een salaris van f 3548,94 bruto per maand, exclusief 8% vakantietoelage. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen was de CAO voor de Zuivel van toepassing.

(b) In verband met een volgens haar noodzakelijke reorganisatie heeft Lypack de RDA Friesland (de RDA) begin 1999 toestemming gevraagd de arbeidsverhouding met Tolsma op te zeggen. Op 22 maart 1999 heeft de RDA deze toestemming verleend. Vervolgens heeft Lypack de arbeidsovereenkomst met Tolsma bij brief van 30 maart 1999 opgezegd tegen 10 mei 1999, later gecorrigeerd in 1 juni 1999.

(c) Bij brief van 19 april 1999 heeft de RDA aan Lypack bericht dat 'als gevolg van een administratieve ommissie' de aan de verleende toestemming verbonden zgn. 'wederindiensttretingsvoorwaarde' is weggefallen en dat van de op 22 maart 1999 verleende ontslagvergunning de navolgende clausule deel uitmaakt:

'Deze toestemming is verleend onder de voorwaarde, dat de werkgever binnen 26 weken na bekendmaking van deze toestemming geen werkn(e)em(st)er in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij degene voor wie hierbij toestemming tot opzegging van de arbeidsverhouding wordt verleend, in de gelegenheid heeft gesteld zijn/haar vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten.'

1.3. Tegen deze achtergrond heeft Tolsma de onderhavige procedure aanhangig gemaakt door Lypack te dagvaarden voor de kantonrechter te Leeuwarden. Samengevat weergegeven heeft hij gevorderd

– primair: te verklaren voor recht dat het door Lypack gegeven ontslag nietig is en Lypack te veroordelen tot (weder)terwerkstelling alsmede tot betaling van loon c.a. vanaf 1 juni 1999;

– subsidiair: te verklaren voor recht dat het door Lypack gegeven ontslag kennelijk onredelijk is en Lypack te veroordelen tot herstel van de dienstbetrekking;

– meer subsidiair: Lypack te veroordelen tot betaling van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

1.4. In cassatie is uitsluitend de primaire vordering van belang. Aan deze vordering heeft Tolsma kort gezegd ten grondslag gelegd dat Lypack de alsnog aan de ontslagvergunning verbonden voorwaarde heeft overtreden doordat zij na 22 maart 1999 diverse uitzendkrachten heeft aangehouden van wie één of meer direct danwel indirect de voorheen door hem verrichte werkzaamheden zijn gaan verrichten. De ontslagvergunning is hierdoor komen te vervallen zodat het

hem gegeven ontslag nietig danwel vernietigbaar is, aldus Tolsma.

1.5. Lypack heeft dit bestreden. Daartoe heeft zij aangevoerd dat de wederindiensttreedingsvoorwaarde geen deel uitmaakt van de op 22 maart 1999 verleende ontslagvergunning, omdat het naderhand toevoegen van een dergelijke voorwaarde in strijd is met het zorgvuldigheids-, het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel. Lypack heeft in dat verband erop gewezen dat de RDA bij een ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen weliswaar de bevoegdheid, maar niet de plicht heeft de hierbedoelde voorwaarde aan zijn toestemming te verbinden. Aangezien tijdens de procedure ten overstaan van de RDA is uiteengezet dat de aard van haar onderneming het noodzakelijk maakt dat slechts een kleine romporganisatie wordt aangehouden die alleen in geval van grote orders wordt uitgebreid met tijdelijk personeel, mocht zij erop vertrouwen dat de RDA een onvoorwaardelijke ontslagvergunning had verleend, aldus nog steeds Lypack.

Subsidiair – voor het geval de wederindiensttreedingsvoorwaarde wel deel mocht uitmaken van de ontslagvergunning – heeft Lypack betwist dat zij in strijd met deze voorwaarde heeft gehandeld.

1.6. De kantonrechter heeft in zijn tussenvonnissen van 14 januari 2000 geoordeeld dat de wederindiensttreedingsvoorwaarde deel uitmaakt van de ontslagvergunning en Tolsma toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat Lypack deze heeft overtreden. Zakelijk weergegeven heeft de kantonrechter daartoe het volgende overwogen (rov. 5).

De RDA heeft de gevraagde toestemming wegens bedrijfseconomische redenen verleend. Op grond van het bepaalde in artikel 4:5 van het Ontslagbesluit kan de RDA in een dergelijk geval een wederindiensttreedingsvoorwaarde aan zijn toestemming verbinden. Er is geen rechtsregel die gebiedt dat een dergelijke voorwaarde tegelijk met de verleende toestemming wordt gesteld. De strekking van art. 6 BBA is immers om zowel in het belang van de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt, sociaal ongerechtvaardigde ontslagen te voorkomen. De wederindiensttreedingsvoorwaarde kan daaraan een bijdrage leveren, ongeacht het tijdstip waarop zij aan de ontslagvergunning is verbonden. Dat de rechtszekerheid voor de werkgever daarmee enigszins in het gedrang kan komen, is gerechtvaardigd, gelet op het doel van de voorwaarde en mede omdat de werkgever het in eigen hand heeft de voorwaarde al dan niet na te komen. De rechtszekerheid staat echter eraan in de weg dat de wederindiensttreedingsvoorwaarde met terugwerkende kracht heeft te gelden.

1.7. Lypack is van dit tussenvonnissen in hoger beroep gekomen bij de rechtbank te Leeuwarden. Tolsma voerde verweer.

1.8. De rechtbank heeft in haar vonnis van 2 mei 2001 het tussenvonnissen van de kantonrechter bekrachtigd en de zaak ter verdere behandeling

terugverwezen. Daartoe heeft zij kort gezegd het volgende overwogen. Geen rechtsregel verbiedt dat de wederindiensttreedingsvoorwaarde op een ander tijdstip dan tegelijk met de verleende toestemming aan de werkgever kan worden opgelegd. Het betreft hier duidelijk een vergissing waarop de RDA kan terugkomen. Weliswaar is de rechtszekerheid enigszins in het gedrag gekomen doordat Lypack enkele weken in de veronderstelling heeft verkeerd dat zij nieuwe medewerkers kon aantrekken, maar de gevolgen hiervan worden volledig geneutraliseerd doordat voor die periode de voorwaarde niet heeft gegolden. Op dezelfde wijze dient te worden geoordeeld over de stelling van Lypack, dat het vertrouwensbeginsel is geschonden. Ook het feit dat Lypack na de toestemming van de RDA van de ontslagvergunning gebruik heeft gemaakt, kan niet de gevolgtrekking rechtvaardigen dat de RDA de wederindiensttreedingsvoorwaarde naderhand niet aan de ontslagvergunning had mogen toevoegen. Indien Lypack hierdoor in de problemen zou zijn geraakt, had zij het ontslag van Tolsma alsnog kunnen intrekken, waarna zij de RDA opnieuw toestemming tot beëindiging van de dienstbetrekking had kunnen vragen of een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter had kunnen indienen.

1.9. Lypack heeft tegen het vonnis van de rechtbank tijdig beroep in cassatie ingesteld<sup>1</sup>, Tolsma is ook in cassatie verschenen en heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben een schriftelijke toelichting gegeven. Lypack heeft hierna nog gerepliceerd.<sup>2</sup>

## 2. *Ter inleiding*

2.1. De onderhavige ontslagvergunning is nog verleend door de RDA, kort na de wijziging van art. 6 BBA met ingang van 1 januari 1999 ter gelegenheid van de invoering van de wet Flexibiliteit en zekerheid.<sup>3</sup> Voor de wijzigingsdatum hield art. 6 BBA een verbod in de arbeidsovereenkomst te beëindigen zonder toestemming van de RDA. Met ingang van 1 januari 1999, dus ook toen de onderhavige toestemming aan Lypack werd verleend, bepaalt dit artikel in lid 1 dat de wetgever voorafgaand aan de opzegging de toestemming behoeft van de RDA.

Met deze tekstuele wijziging is geen wezenlijke verandering ten opzichte van het oude BBA beoogd. Volgens vaste rechtspraak diende onder de term 'beëindigen' in het oude BBA 'opzegging' te worden verstaan, terwijl voorts ook toen reeds gold dat de toestemming steeds aan de opzegging

1 De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 6 juni 2001.

2 De repliek ontbreekt in het B-dossier.

3 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300; zie voor de inwerkingtreding KB van 2 juni 1998, *Stb.* 1998, 332.

vooraf diende te gaan.<sup>4</sup> In de memorie van toelichting op de Wet Flexibiliteit en zekerheid wordt als bezwaar van dit systeem mede aange-merkt dat de werkgever aldus wordt geconfronteerd met een cumulatie van de behandeltermijn van zijn ontslaanvraag en de daarna in acht te nemen opzegtermijn. De wetgever is aan dit bezwaar tegemoet gekomen door in art. 7:672 lid 4 BW een (forfaitaire) verkorting van de ontslagtermijn op te nemen: wanneer de werkgever de BBA-procedure heeft doorlopen, wordt de vervolgens door hem in acht te nemen opzegtermijn verkort met één maand, met dien verstande dat de resterende opzeggingstermijn ten minste één maand bedraagt.<sup>5</sup>

2.2. In geval van een zogenaamd 'bedrijfseconomisch ontslag', waarmee wij in deze zaak te maken hebben, is de taak van de RDA een beperkte. Kort gezegd zal hij, na van de noodzaak tot ontslag te zijn overtuigd, met name erop moeten letten of het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen, evenredig is aan de gebleken bedrijfseconomische noodzaak, of de rechten van de werknemers in hun onderlinge verhouding (waarbij met name valt te denken aan het anciënniteitsbeginsel) in acht zijn genomen en of er redelijkerwijs herplaatsingsmogelijkheden zijn.<sup>6</sup> De memorie van toelichting houdt daarover in<sup>7</sup>:

'Wanneer naar verwachting binnen een redelijke termijn, bijvoorbeeld een half jaar, weer een vacature zou kunnen ontstaan, zal een herindiensttredingsvoorwaarde kunnen worden verbonden aan ontslagvergunning van de betreffende werknemer(s).'

In het Ontslagbesluit 1998<sup>8</sup> is deze laatste kwestie nader geregeld. Art. 2:7 lid 2 van het Besluit houdt in dat aan de beslissing tot verlening van toestemming tot ontslag geen andere voorwaarden kunnen worden verbonden dan in art. 4:5 genoemd. Deze laatste bepaling, die het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen betreft, luidt:

'Indien de Regionaal Directeur toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen verleent, kan<sup>9</sup> hij aan zijn toestemming de voorwaarde verbinden dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van die toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij degene voor wie de toestemming tot opzegging van de arbeidsverhouding wordt verleend, in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten.'

Per 1 januari 2002 is de taak die de RDA in dit opzicht had, overgegaan op de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI).<sup>10</sup>

2.3. Wat betreft de wederindiensttredingsvoorwaarde vermeldde de A-G Koopmans in zijn in noot 6 aangehaalde conclusie dat hem bij navraag bij het ministerie van Sociale Zaken (en

Werkgelegenheid) was gebleken dat in 1991 in ongeveer 70% van de gevallen aan een ontslagvergunning de x-maanden-voorwaarde werd verbonden. Meestal strekte de werkingsfeer van de voorwaarde zich tot drie à zes maanden uit, maar een enkele keer ging men tot twaalf maanden. Uit het bovenaangehaalde Ontslagbesluit blijkt dat de lengte van die termijn inmiddels is gereglementeerd, maar uit de literatuur wordt niet duidelijk in hoeverre de RDA/CWI van deze bevoegdheid daadwerkelijk gebruik ma(a)k(t)en. Dit zou ook in onze zaak van belang kunnen zijn<sup>11</sup>, nu Tolsma heeft gesteld dat Lypack ongetwijfeld weet dat het standaardprocedure is om de onderhavige voorwaarde te verbinden aan een ontslagvergunning op bedrijfseconomische gronden.<sup>12</sup> Lypack heeft dit bestreden. Zij heeft daartoe aangevoerd dat een onvoorwaardelijk ontslag juist in de specifieke omstandigheden van het geval alleszins voor de hand lag; dat de RDA niet is gehouden de onderhavige voorwaarde aan de toestemming tot ontslag te verbinden en dat haar (Lypacks) vertrouwen in de onvoorwaardelijkheid daarvan

4 Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 1994, blz. 171, onder verwijzing naar HR 19 november 1948, NJ 1949, 86; Losbl. *Arbeidsovereenkomst* (Luttmer-Kat), aant. 4 bij art. 6 BBA. Nieuw is wel dat het toestemmingsvereiste onder het gewijzigde art. 6 BBA niet meer geldt voor de werknemer die wil opzeggen.

5 Zie hierover de MvT, TK 1996-1997, 25 263, nr. 3, blz. 11-13, blz. 31 en 35

6 De vraag of een voorwaarde als de onderhavige (door de A-G Koopmans in zijn conclusie voor na te noemen arrest aangeduid als de 'x-maanden-voorwaarde'), die de toestemming van de RDA/CWI afhankelijk stelt van een toekomstige onzekere gebeurtenis, überhaupt aan de toestemming mag worden verbonden, is bevestigend beantwoord in HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705. Koopmans in zijn conclusie en Stein in zijn noot onder het arrest geven een kort overzicht van de geschiedenis van deze voorwaarde.

7 T.a.p. blz. 16.

8 Besluit van 7 december 1998, nr. 98/38.505 van de Directie arbeidsverhoudingen, Staatscourant 1998, nr. 238, blz. 12 e.v..

9 Mijn curs. - A-G.

10 De rechtspersoon CWI is in het leven geroepen bij de Wet structuur uitvoeringsorganisaties werk en inkomen (Wet van 29 november 2001, Stb. 2001, 624). Ingevolge art. 24 van deze wet draagt de CWI zorg voor de inrichting en instandhouding van (regionale) vestigingen, genaamd Centra voor werk en inkomen. Aan de CWI is een groot aantal taken opgedragen, waaronder, kort gezegd, taken die voordien aan de RDA waren opgedragen. In het verlengde hiervan bepalen de art. 27-30 van de Invoeringswet wet structuur uitvoeringsorganisaties werk en inkomen (Wet van 29 november 2001, Stb. 2001, 625) dat de Arbeidsvoorzieningswet 1996 wordt ingetrokken, dat alle vermogensbestanddelen en publiekrechtelijke rechten en verplichtingen van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie van rechtswege overgaan op de CWI en dat de CWI in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke gedingen van rechtswege in de plaats treedt van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. Beide wetten zijn - voor zover hier van belang - op 1 januari 2001 in werking getreden (KB van 13 december 2001, Stb. 2001, 682).

11 Waarover nader onder 3.4 van deze conclusie.

12 CvR 5.

werd versterkt doordat zij in zes gevallen een onvoorwaardelijke toestemming van de RDA heeft gekregen.<sup>13</sup>

2.4. Het partijdebat is dienaangaande niet verder gevoerd. Maar in verband met de precedentwerking van de door de Hoge Raad te nemen beslissing voor andere soortgelijke gevallen, heb ik ambtshalve navraag gedaan bij de CWI naar de huidige stand van zaken. De CWI gaf te kennen dat op het punt van het gebruik van de 26-weeken voorwaarde tot op heden geen centraal aangestuurd beleid is gevoerd en dat exacte cijfers betreffende dit gebruik niet voorhanden zijn. De CWI heeft daarom op haar beurt kort navraag gedaan bij haar zes districtshoofden juridische zaken.

Uit deze korte rondgang is gebleken dat het hanteren van de voorwaarde per district en in een aantal districten zelfs per vestiging verschilt. In de districten Noord Nederland, Midden-West Nederland en Zuidoost Nederland wordt de voorwaarde 'standaard' – in nagenoeg alle gevallen – aan de vergunning verbonden. In de overige districten ligt dit anders. In het district Oost-Nederland hanteren de verschillende vestigingen de voorwaarde naar schatting in 60-70% (Arnhem), resp. 80-90% (Hengelo en Apeldoorn) van de gevallen. In Zuidwest-Nederland wordt de voorwaarde slechts zeer incidenteel toegepast, met uitzondering van de vestiging Breda, waar het percentage naar schatting 50% bedraagt. In het district Noordwest-Nederland (Haarlem en Zaandam) liggen de percentages schattenderwijs op respectievelijk 20-25% en circa 75%. Door de CWI werd onderstreept dat de uitschieters naar beneden mogelijk moeten worden gezien in het licht van een (plaatselijk) beleid om bij iedere twijfel omtrent het daadwerkelijk vervallen van de arbeidsplaats de vergunning te weigeren.<sup>14</sup>

Op de eveneens gestelde vraag welk beleid bestond voor het geval zou zijn vergeten de x-maanden-voorwaarde aan de toestemming te verbinden, werd eveneens wisselend gereageerd. Twee districten (waaronder Noord-Nederland) zouden dit dan alsnog doen; de vier andere zouden dit juist niet doen.

2.5. De inschakeling van de RDA/CWI in het ontslagtraject introduceert een publiekrechtelijk aspect in een privaatrechtelijke rechtsverhouding. De RDA/CWI moet immers toestemming verlenen voor een door de werkgever voorgenomen ontslag uit een dienstbetrekking naar privaatrecht, welke preventieve toetsing is ingevoerd zowel in het belang van de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt, teneinde sociaal ongerechtvaardigde ontslagen te voorkomen.<sup>15</sup> Omdat noch de tekst, noch de toelichting bij het Ontslagbesluit uitsluitend geeft over de vraag of ook na het verlenen van de vergunning daaraan nog een voorwaarde kan worden verbonden, ligt het voor de hand om te onderzoeken wat het bestuursrecht ons heeft te leren over gevallen waarin een bestuursorgaan dat een beschikking heeft gegeven, daaraan naderhand alsnog een

voorwaarde wenst te verbinden. Weliswaar is art. 6 BBA 1995 opgenomen in de bijlage die bij de Awb behoort ('de negatieve lijst' zoals bedoeld in art. 8:5 Awb), zodat geen beroep kan worden ingesteld tegen het besluit van de RDA/CWI. Maar dit doet niet af aan het bestuursrechtelijke karakter van de onderhavige toestemming, die als vergunning heeft te gelden.<sup>16</sup>

2.6. Het bestuursrecht is ten aanzien van de vraag van de materiële rechtskracht van besluiten, dat wel zeggen de mate waarin het bestuur is gebonden aan door hemzelf genomen besluiten, in beweging.<sup>17</sup> Hoofdstuk 4 van de Awb bevat in dit opzicht geen specifieke wettelijke regeling (anders dan ten aanzien van de subsidievaststelling in afd. 4.2.3); in de rechtspraak en de literatuur wordt een aantal grote lijnen getrokken die vervolgens casuïstisch worden uitgewerkt.

Voorop staat dat een besluit tot wijziging of tot intrekking van een beschikking, zelf ook een beschikking is.<sup>18</sup> De beschikking tot verlening van een ontslagvergunning is een vrije beschikking omdat in art. 6 BBA geen specifieke criteria zijn geformuleerd aan de hand waarvan op het verzoek daartoe moet worden beslist.<sup>19</sup> Voorts staat de vraag of aan die vergunning een voorwaarde moet worden verbonden, ter vrije beoordeling van de RDA/CWI.<sup>20</sup>

2.7. Ten aanzien van de vraag of en zo ja onder welke voorwaarden vrije beschikkingen mogen worden gewijzigd, pleegt men te onderscheiden al naar gelang een wijziging of intrekking voor belanghebbenden begunstigend is of belastend.<sup>21</sup> Dit ligt in ons geval – zoals vaker – genuanceerd: de 'x-maanden-voorwaarde' die de RDA alsnog

13 CvD 3-6. Dit laatste argument is overigens nietszeggend als het gaat om zes gevallen uit dezelfde 'toestemingsronde'. Uit de stukken blijkt daarover niets; meer het bijzonder is Tolsma – op wiens weg dit lag – daarop niet ingegaan.

14 Overigens valt niet uit te sluiten dat deze cijfers in de nabije toekomst niet langer actueel zullen zijn, omdat mij is medegedeeld dat de daaruit gebleken regionale verschillen aanleiding geven het beleid landelijk af te stemmen.

15 HR 3 mei 1991, Nj 1991, 705. In de memorie van toelichting die is aangehaald in noot 3, wordt onder 8 gesteld (blz. 11): 'De preventieve ontslagtoets vervult belangrijke functies, niet alleen als algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt (...) tegen sociaal onrechtvaardig ontslag te beschermen.'

16 A-G Koopmans in zijn eerder aangehaalde conclusie onder 4.

17 Dit valt mede af te leiden uit het feit dat paragraaf 1 van hoofdstuk 8 in de twaalfde druk van 2002 van het handboek van Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, vrij aanzienlijk is herschreven ten opzichte van de elfde druk van 1999.

18 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, a.w. 2002, blz. 379.

19 Evenzo de A-G Koopmans in zijn eerdergenoemde conclusie onder 5. Anders de MvG 11 en de pleitnota van Lypack in hoger beroep, blz. 7.

20 P.S. van Minnen en W.A. Zondag, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de CWI: trend of randverschijnsel? in *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002/2, blz. 27, schrijven: 'Het is een "kan"-bevoegdheid, hetgeen betekent dat de CWI veel vrijheid toekomt om de voorwaarde al dan niet aan een ontslagvergunning te verbinden.'

21 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, a.w. blz. 381.

aan de reeds verleende ontslagvergunning verbond, was belastend voor de werkgever Lypack, maar begunstigend voor de werknemer Tolsma.<sup>22</sup> 2.8. Duk, Loeb en Nicolai<sup>23</sup> schreven in de jaren tachtig:

'Van besluiten met een aflopend karakter, die uitgewerkt raken als ze eenmaal zijn uitgevoerd en van besluiten die, hoewel ze voortduren, genomen worden op grond van een éénmalige beoordeling, wordt in het algemeen aangenomen dat de administratie daarop in beginsel niet kan terugkomen.'

Deze opvatting is echter inmiddels als achterhaald te beschouwen. Als een wettelijke regeling ontbreekt is uitgangspunt dat het bestuursorgaan bevoegd is begunstigende beschikkingen in te trekken (terug te nemen), maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel, bieden tegenspel. Leidinggevend is het volgende geval waarin een bestuursorgaan 'gewoon' een fout maakte die het wenste recht te zetten. Aan een binnenvaartschipper was ten onrechte medegegdeeld dat hij was ingeloot voor vrachtvervoer, welke vergissing de volgende ochtend werd ontdekt, waarna direct actie werd ondernomen. Typerend voor het geval is dat geen bijzondere omstandigheden aanwezig waren. De belanghebbende had niet opzettelijk of verwijtbaar onjuiste gegevens had verstrekt. De beschikking hield ook niet in strijd met de wet de toekenning van een voordeel in (zoals een uitkering). Evenmin was sprake van een niet in het besluit verdisconteerde wijziging van omstandigheden of beleidsinzichten. De Raad van State<sup>24</sup> overwoog:

'Aan een beschikkingsbevoegd orgaan kan niet in het algemeen de bevoegdheid worden ontzegd een eenmaal genomen beslissing in te trekken, wanneer achteraf blijkt dat deze op een administratieve fout berust. Deze bevoegdheid vindt echter haar begrenzing in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder met name het beginsel van de rechtszekerheid.

(...)

Derhalve is de afdeling van oordeel dat de verwachtingen die bij appellant zijn gewekt niet van zodanige aard en duurzaamheid zijn geweest dat appellant daarvan een rechtens te honoreren aanspraak op deelneming aan de campagne heeft kunnen ontleen. Nu verweerder aan appellant bovendien de kosten heeft goed van het treffen van voorzieningen aan zijn schip ten behoeve van het campagnevervoer waartoe hij in de korte tussenliggende periode opdracht had gegeven, ziet de afdeling geen grond voor het oordeel dat verweerder niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.'

Het gaat bij deze bevoegdheid tot herstel, waarvoor niet altijd een expliciete wettelijke rondslag (nodig) is, om een eis die de praktijk wel moet stellen. Waar gehakt wordt vallen paanders. Met die maatschappelijke realiteit is

onverenigbaar dat de geadresseerde van de beschikking het bestuursorgaan altijd aan de beschikking zou mogen houden.

2.9. Omstandigheden die bij de hier te verrichten afweging in aanmerking moeten worden genomen zijn de aard en de duurzaamheid van de bij de begunstigde opgewekte verwachting, de vraag of compensatie is geboden, de kenbaarheid van de fout en de ouderdom van de beschikking. Uit art. 4:49 Awb blijkt bijvoorbeeld dat naarmate meer tijd is verstreken, het voor een bestuursorgaan moeilijker wordt beschikkingen met een kleine – dus minder kenbare – fout in te trekken. Voorts dienen, waar daarvoor aanleiding is, de belangen van derden mede in de beoordeling te worden betrokken.<sup>25</sup>

2.10. Intrekking met terugwerkende kracht wordt echter slechts onder bijzondere omstandigheden toelaatbaar geacht. Dit is met name het geval indien sprake is van een fout die voor de begunstigde kenbaar was of behoorde te zijn (zie bijvoorbeeld ten aanzien van subsidievaststellingen de artt. 4:46 en 4:47 Awb), als de begunstigde verwijtbaar onjuiste gegevens heeft verstrekt of als het bestuur de financiële gevolgen van de fout voor zijn rekening neemt.<sup>26</sup> Die laatste omstandigheid is verwant met de gedachte die ten grondslag ligt aan art. 6:168 BW.

Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male stellen over de mogelijkheid tot terugneming/wijziging van een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht<sup>27</sup>:

'De begunstigende beschikking die ziet op een aflopende handeling is na afloop van de handeling in beginsel niet meer vatbaar voor opzegging: voor terugneming of voor wijziging ex tunc is dan alleen plaats als de wettelijke regeling er uitdrukkelijk in voorziet of als de beschikking ten onrechte blijkt te zijn verleend en de gemaakte fout is te wijten aan de houder van de beschikking.<sup>28</sup>

2.11. In ons geval is echter noch van terugneming, noch van opzegging sprake, maar van een tweede beschikking die strekt tot aanvulling/-beperking van de eerste. Zoals gezegd staat tegen geen van beide beschikkingen beroep open; de eerste beschikking blijft dus rechtsgeldig.

Op zichzelf is daarom juist de opvatting van Van Minnen en Zondag, die stellen:

22 In het algemeen gesproken kan worden gezegd dat bij gebonden, aflopende, begunstigende en rechtmatig gegeven beschikkingen minder ruimte is voor buitenwettelijke intrekking/wijziging dan bij vrije, 'duur', belastende en onregelmatig gegeven beschikkingen.

23 Vgl. Duk, Loeb, Nicolai, Bestuursrecht, 1981, blz. 227.

24 ABRvS 19 februari 1988, AB 1989, 356.

25 CBB 20 oktober 2000, JB 2000, 355.

26 CBB 6 april 1994, AB 1994, 529; CBB 18 mei 1994, NJB-katern 1994, blz. 401, nr. 12.

27 A.w. blz. 380. De A-G Koopmans sluit zich hierbij aan in zijn in noot 3 aangehaalde conclusie, nr. 13.

28 In dit citaat wordt met 'opzegging' bedoeld: intrekking van een beschikking alleen voor de toekomst en met terugneming: intrekking met terugwerkende kracht.

'De CWI kan een eens gegeven vergunning niet meer intrekken: eens gegeven, blijft gegeven'<sup>29</sup>

Uit dit citaat mag echter niet worden opgemaakt dat de CWI in zijn algemeenheid niet een tweede beschikking zou kunnen of mogen geven die strekt ter beperking/correctie van de eerste.

2.12. Luttmer-Kat schrijft over een geval als het onze<sup>30</sup>:

'Het komt mij voor dat de CWI, op misslagen en vergissingen, al dan niet toe te schrijven aan van partijen gekregen (onjuiste) informatie, moet kunnen terugkomen. In elk geval geldt dit m.i. waar van de vergunning nog geen gebruik is gemaakt en waar degene die zich van de vergunning bedient beter had moeten weten.'

Het valt op dat van de in de eerste zin van het citaat geponcerde regel niet veel overblijft, gelet op de nuancerings daarvan in de tweede zin.

2.13. Mede in aanmerking genomen dat art. 6 BBA geen regels geeft voor gevallen als het onderhavige, moet naar mijn mening bij de beoordeling van de onderhavige samenloop van de twee op zichzelf rechtsgeldige beschikkingen worden onderscheiden tussen (a) de situatie waarin de geadresseerde/begunstigde nog niet heeft gehandeld op het moment waarop hij kennis krijgt van de tweede beschikking en (b) het geval waarin deze in gerechtvaardigd vertrouwen op de eerste beschikking, de desbetreffende werknemer heeft ontslagen voordat de tweede beschikking hem bereikt.

#### *Ad (a)*

2.14. Hoewel het eerstgenoemde geval zich thans niet voordoet, merk ik voor een goede orde op dat het bestuursrecht leert dat de vraag of een beschikking mag worden gewijzigd – waarmee de onderhavige samenloop bij de gegeven veronderstelling een sterke gelijkenis vertoont – moet worden beoordeeld aan de hand van de aard van de desbetreffende beschikking (het gaat het om een vrije beschikking) en van de handeling waarvoor vergunning wordt verleend (het gaat om een 'aflopende' handeling) en nader afhankelijk is van de onderlinge afweging van de bijzondere kenmerken van het gegeven geval in het licht van de beginselen van rechtszekerheid, gerechtvaardigd vertrouwen en materiële zorgvuldigheid.<sup>31</sup>

Niet gezegd kan worden dat aan de praktijk hiermee in concreto een solide houvast wordt geboden.

2.15. Het ligt m.i. voor de hand dat binnen dit kader door de rechtspraak een reeks subregels althans gezichtspunten wordt ontwikkeld om te beoordelen of de wijziging wél of niet is toegelaten. Maar dit proces lijkt nog in volle gang. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male schrijft:<sup>32</sup>

'Als de wettelijke regeling bepalingen bevat over wijziging of intrekking, zullen die natuurlijk allereerst in acht moeten worden genomen. Maar meestal ontbreken zulke bepalingen. Dan geldt de regel van de geïmpliceerde bevoegd-

heid: de bevoegdheid om de oorspronkelijke beschikking te geven, brengt mee dat het bestuursorgaan in beginsel ook tot wijziging of intrekking van de beschikking bevoegd is als daarvoor valide redenen bestaan.

(...)

Veel hangt af van de aanleiding om tot wijziging of intrekking te besluiten. Is die aanleiding aan een belanghebbende te wijten, dan zullen diens belangen aan de wijziging of intrekking lang niet zo gauw de weg staan als wanneer hem niets te verwijten valt.'

2.16. Het slot van dit citaat lijkt te impliceren dat wijziging of intrekking – waarmee ik vergelijkbaar acht het geval van twee rechtsgeldige, conflicterende beschikkingen – ook mogelijk is als de belanghebbende niets te verwijten valt, zoals in de onderhavige zaak, zij het dat dit niet snel het geval zal zijn. De eerste alinea eist echter 'valide redenen'. De tekst verschaft echter geen opheldering over de vraag welke redenen als zodanig mogen gelden. Het handboek onderscheidt wél vier categorieën van gevallen (in de tekst 'factoren' genoemd) waarin de beschikking onjuist, onvolledig, achterhaald of strijdig met een wettelijk voorschrift of een aan de beschikking verbonden voorschrift is. De eerste categorie is die van de achteraf gebleken onjuistheid van de oorspronkelijke beschikking:

'Factor a, achteraf gebleken onjuistheid, kan aan de houder van de beschikking liggen, bijvoorbeeld als hij onjuiste of onvoldoende inlichtingen heeft verstrekt; maar ook kan de fout bij het bestuur liggen, dat zich vergist heeft of dat slordig is geweest.'

Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male werkt deze categorie niet uit, maar noemt en bespreekt uitsluitend kort twee uitspraken van verschillende bestuursrechters omtrent onjuiste gebonden beschikkingen met een duurkarakter, terwijl in het tweede geval bovendien sprake was van onjuiste inlichtingen, verstrekt door de aanvrager (zij het te goeder trouw).

#### *Ad (b)*

2.17. In onze zaak spelen al deze onzekerheden echter niet. Lypack had immers al in vertrouwen<sup>33</sup> op de eerste, onvoorwaardelijk en in overeenstemming met de geldende rechtsregels gegeven, beschikking aan Tolsma ontslag verleend voordat de RDA de tweede, tot aanvulling/beperking strekkende beschikking nam. Onder dergelijke omstandigheden moet m.i. worden aangenomen dat het vertrouwensbeginsel en de rechtszekerheid meebrengen dat de geadresseerde in beginsel erop mag vertrouwen dat arbeidsrechte-

<sup>29</sup> Van Minnen en Zondag, t.a.p. blz. 27-28.

<sup>30</sup> Losbl. Arbeidsovereenkomst, art. 6 BBA, aant. 11.

<sup>31</sup> Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, a.w. blz. 383; Duk/Loeb/Nicolaï, a.w., blz. 225.

<sup>32</sup> A.w. blz. 383.

<sup>33</sup> Zie over dit vertrouwen nader onder 3.4 van deze conclusie. In cassatie heeft het als hypothetische grondslag voor de beoordeling te gelden.

lijk een voldongen feit is geschapen, zodat de rechtsverhouding tussen partijen niet achteraf kan worden gewijzigd door de tweede beschikking van de RDA. Zou dat anders zijn, dan was in zoverre van terugwerkende kracht sprake. Omdat bijzondere omstandigheden zoals opgesomd onder 2.10 van deze conclusie in onze zaak ontbreken, is dat bestuursrechtelijk ontoelaatbaar.

Daartegenover staat het eveneens legitieme, diametraal tegengestelde belang van Tolsma. Voor hem zijn de druiven zuur, maar mogelijkheden tot redres zijn niet geheel afwezig. Enerzijds is een vordering tegen de Staat onder deze omstandigheden wellicht niet bij voorbaat kansloos, anderzijds is ook tussen partijen het pleit nog niet beslecht omdat Tolsma kan terugvallei. op de subsidiaire grondslag van zijn vordering dat het hem gegeven ontslag, in verband met het latere aantrekken van ander personeel voor de oorspronkelijk door hem verrichte taken, kennelijk onredelijk is.<sup>34</sup>

### 3. *Bespreking van het middel*

3.1. Namens Lypack is één middel van cassatie voorgesteld, dat is opgebouwd uit twee onderdelen. Het tweede onderdeel is door mr. Duk ingetrokken bij schriftelijke toelichting.<sup>35</sup>

3.2. Het resterende onderdeel 1 stelt dat het rechtens onmogelijk is om een voorwaarde zoals de onderhavige achteraf alsnog aan de werkgever op te leggen, nadat de toestemming aanvankelijk ongeclausuleerd is verleend. Voor het geval dit in zijn algemeenheid niet juist zou zijn, kan een dergelijke voorwaarde althans niet alsnog worden toegevoegd als van de vergunning door opzegging van de desbetreffende arbeidsovereenkomst al gebruik is gemaakt. Het onderdeel bevat voorts nog enige motiveringsklachten.

3.3. Uit de onder 2 gehouden inleidende beschouwingen volgt dat de primaire stelling van het onderdeel onjuist is. De subsidiaire stelling is m.i. in zoverre juist dat indien de werkgever in gerechtvaardigd vertrouwen op de eerste beschikking heeft gehandeld en de werknemer heeft ontslagen, niet door het stellen van een aanvullende voorwaarden van de kant van de RDA, de rechtsgevolgen van het aan de werknemer gegeven ontslag alsnog kunnen worden gewijzigd.<sup>36</sup> Voor het overige behoeft deze stelling geen bespreking.

3.4. Vernietiging moet dus volgen. Na verwijzing moet eerst nog in het kader van de primaire vordering de vraag aan de orde dient te komen of Lypack heeft gehandeld in gerechtvaardigd vertrouwen op de onvoorwaardelijk aan haar gegeven toestemming. Het onder 2.3 van deze conclusie weergegeven processuele debat eindigde weliswaar met de gemotiveerde stelling van Lypack dat zij wel degelijk te goeder trouw was, maar in eerste aanleg had Tolsma geen gelegenheid op zijn betwisting daarvan nader terug te komen en in hoger beroep had hij daarvoor geen aanleiding omdat hij in eerste instantie op andere gronden in het gelijk was gesteld. Bij deze stand

van zaken brengt de devolutieve werking van het appel mee dat de goede trouw van Lypack na cassatie en verwijzing door de feitenrechter moet worden beoordeeld.<sup>37</sup>

3.5. Nu de subsidiaire rechtsklacht van het onderdeel slaagt, behoeven de motiveringsklachten geen behandeling.

### 4. *Conclusie*

Deze strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak, met veroordeling van Tolsma in de kosten.

### Hoge Raad:

#### 1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerder in cassatie – verder te noemen: Tolsma – heeft bij exploit van 27 juli 1999 eiseres tot cassatie – verder te noemen: Lypack – gedagvaard voor de Kantonrechter te Leeuwarden en – voor zover in cassatie nog van belang – gevorderd bij vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. voor recht te verklaren dat het door Lypack gegeven ontslag nietig is;

B. Lypack te veroordelen tot tewerkstelling van Tolsma binnen 2 dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis op straffe van verbeurte van een dwangsom van f 500 per dag zolang Lypack in gebreke blijft om aan een zodanige veroordeling te voldoen;

C. Lypack te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 3548,94 bruto per maand vanaf 1 juni 1999 tot zolang de arbeidsverhouding voortduurt;

D. Lypack te veroordelen tot betaling van de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW van 50% over de hiervoor gevorderde bedragen in geval van niet tijdige betaling;

E. Lypack te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente ex artikel 6:119 6W over alle voornoemde bedragen, te rekenen vanaf iedere vervaldag tot aan de dag der algehele voldoening.

Lypack heeft de vorderingen bestreden.

De Kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 14 januari 2000 Tolsma tot bewijslevering toegelaten, de zaak naar de rol verwezen voor

34 Rechterlijke toetsing is in elk geval mogelijk als de economische noodzaak die aan het ontslag te grondslag is gelegd is vervallen op het moment waarop het ontslag ingaat of zulks op dat moment voorzienbaar is, aldus HR 20 maart 1987, NJ 1988, 17 en laatstelijk HR 13 april 2001, NJ 2001, 408.

35 Over het in dat onderdeel aan de orde gestelde punt is duidelijkheid verkregen bij het arrest HR 16 november 2001, NJ 2002, 44 (PAS).

36 Dit standpunt is precies omgekeerd aan dat van Luttmere De Kat; zie onder 2.11 van deze conclusie.

37 Aantekening verdient daarbij overigens dat partijen in beginsel geen nieuwe stellingen of weren mogen aanvoeren en dus ook geen gebruik mogen maken van de onder 2.4 van deze conclusie vermelde gegevens: Winters, De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken, diss. 1992, blz. 158 e.v. en dezelfde, *Advocatenblad* 2000, blz. 693.

uitlating aan de zijde van Tolsma en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen dit tussenvonnissen heeft Lypack hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Leeuwarden.

Bij vonnis van 2 mei 2001 heeft de Rechtbank het vonnis waarvan beroep bekrachtigd en de zaak naar de Kantonrechter ter verdere behandeling verwezen.

(...)

## 2. *Het geding in cassatie*

(...)

Tegen het vonnis van de Rechtbank heeft Lypack beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tolsma heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Tolsma mede door mr. J.P. Heering, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.B. Bakels strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak, met veroordeling van Tolsma in de kosten.

## 3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Tolsma is op 30 oktober 1988 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Lypack. Tolsma heeft laatstelijk de functie van productiemedewerker gehad tegen een salaris van f 3548,94 bruto per maand. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen was de CAO voor de Zuivel van toepassing.

(ii) In verband met een volgens haar noodzakelijke reorganisatie heeft Lypack de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorzieningsorganisatie Friesland (de RDA) begin 1999 toestemming gevraagd de arbeidsverhouding met Tolsma op te zeggen. Op 22 maart 1999 heeft de RDA de toestemming verleend. Vervolgens heeft Lypack de arbeidsovereenkomst met Tolsma bij brief van 30 maart 1999 opgezegd tegen 10 mei 1999, later gecorrigeerd in 1 juni 1999.

(iii) Bij brief van 19 april 1999 heeft de RDA aan Lypack bericht dat 'als gevolg van een administratieve ommissie' de aan de verleende toestemming verbonden zogenoemde 'wederindiensttredingsvoorwaarde' is weggefallen en dat van de op 22 maart 1999 verleende ontslagvergunning de navolgende clausule deel uitmaakt:

'Deze toestemming is verleend onder de voorwaarde, dat werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van deze toestemming geen werkne(e)m(st)er in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij degene voor wie hierbij toestemming tot opzegging van de arbeidsverhouding wordt verleend, in de gelegenheid heeft gesteld zijn/haar vroegere werkzaamheden op de bij werkgever gebruikelijke wijze te hervatten.'

3.2. Onder meer stellende dat Lypack de wederindiensttredingsvoorwaarde heeft overtreden door het aantrekken van uitzendkrachten die het werk van hem, Tolsma, en dat van een aantal eveneens ontslagen collega's verrichten, heeft Tolsma vorderingen ingesteld strekkende primair tot het verklaren voor recht dat het gegeven ontslag nietig is met veroordeling van Lypack tot (weder)tewerkstelling en loonbetaling, subsidiair tot het verklaren voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk was met veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst, en meer subsidiair tot veroordeling van Lypack tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

3.3. De Kantonrechter heeft, oordelend dat de wederindiensttredingsvoorwaarde deel uitmaakt van de ontslagvergunning, Tolsma toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat Lypack deze heeft overtreden. De Rechtbank heeft dat vonnis bekrachtigd en de zaak teruggewezen naar de Kantonrechter.

3.4. In deze zaak gaat het om de vraag of de RDA, nadat hij op de voet van art. 6 BBA (onvoorwaardelijk) toestemming had verleend tot opzegging van de arbeidsovereenkomst en Lypack met gebruikmaking van die toestemming de arbeidsovereenkomst had opgezegd, aan de reeds verleende toestemming alsnog de wederindiensttredingsvoorwaarde kon verbinden.

3.5. Bij de beantwoording van die vraag wordt het volgende vooropgesteld. Art. 6 BBA strekt ertoe in het belang zowel van de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen; een voorwaarde als de onderhavige strekt tot behartiging van deze belangen en mag aan de verleende toestemming worden verbonden (vgl. HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705). Het in deze zaak toepasselijke Besluit van 7 december 1998, nr. 98/38.505 van de Directie arbeidsverhoudingen, *Stcrt.* 1998, nr. 238 (hierna: het ontslagbesluit 1998) bepaalt in art. 2:7 lid 2 dat aan de beslissing tot het verlenen van toestemming geen andere voorwaarden kunnen worden verbonden dan in art. 4:5 genoemd. Dit laatste artikel houdt in dat, indien de RDA toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen verleent, hij aan zijn toestemming, kort gezegd, de wederindiensttredingsvoorwaarde kan verbinden. Het Ontslagbesluit 1998 geeft geen antwoord op de vraag of die voorwaarde slechts dadelijk bij de toestemming, of ook nog op een later tijdstip kan worden gesteld. Bij het vinden van een antwoord op deze vraag dient aansluiting te worden gezocht bij het (algemene) bestuursrecht. De beslissing van de RDA tot het geven van toestemming tot ontslag en de afzonderlijke beslissing tot het alsnog daaraan verbinden van de wederindiensttredingsvoorwaarde zijn immers beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb, en wel beschikkingen waarbij een vergunning wordt verleend respectie-

velijk aan een verleende vergunning alsnog een voorwaarde wordt verbonden. Daaraan staat niet in de weg dat tegen deze beschikkingen ingevolge art. 8:5 Awb in verbinding met de bij deze wet behorende zogenoemde 'negatieve lijst' geen beroep kan worden ingesteld. Overigens bevat de Awb zelf geen rechtstreeks antwoord op de hier besproken vraag.

3.6. In het licht van de in het (algemene) bestuursrecht geldende regels en gelet op de aard van beschikkingen als de onderhavige, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6 tot en met 2.17, dient hier het volgende tot uitgangspunt te worden genomen. De RDA heeft de vrijheid aan de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen al dan niet de wederindiensttredingsvoorwaarde te verbinden. De beschikking tot het verlenen van toestemming is in zoverre te beschouwen als een vrije beschikking, die door gebruikmaking van de verleende toestemming zal zijn uitgewerkt, en derhalve een aflopend karakter heeft. Voorts geldt de beschikking tot het verlenen van toestemming als begunstigend voor de werkgever, en als belastend voor de werknemer. Bij het alsnog stellen van de wederindiensttredingsvoorwaarde geldt omgekeerd dat dit belastend is voor de werkgever en begunstigend voor de werknemer; hierbij dienen de hiervóór in 3.5, tweede volzin, genoemde belangen te worden behartigd. Die belangen kunnen rechtvaardigen dat, indien van de verleende toestemming tot ontslag nog geen gebruik is gemaakt, voor de toekomst alsnog bij nadere beschikking de wederindiensttredingsvoorwaarde aan de reeds verleende toestemming wordt verbonden. Indien echter in vertrouwen op de juistheid en volledigheid van de verleende toestemmingsbeschikking daarvan reeds gebruik is gemaakt door de arbeidsverhouding op te zeggen, waarmee die beschikking is uitgewerkt, verzetten het vertrouwensbeginsel en de rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen dat met terugwerkende kracht wijziging wordt gebracht in de inmiddels met gebruikmaking van de toestemming geschapen rechtsverhouding tussen partijen. Denkbaar is evenwel dat het vertrouwen niet gerechtvaardigd was, zoals wanneer het voor de werkgever kenbaar was of behoorde te zijn dat de RDA een vergissing of fout heeft begaan of wanneer de werkgever door het verschaffen van onjuiste inlichtingen verwijtbaar aan het ontstaan van de vergissing of fout heeft bijgedragen.

3.7. Onderdeel 1 houdt primair in dat het rechtens niet mogelijk is een voorwaarde als de onderhavige op een later tijdstip dan tegelijk met de verleende toestemming aan de werkgever op te leggen. Naar uit het hiervóór overwogene volgt, is dat betoog in zijn algemeenheid niet juist. Het onderdeel faalt in zoverre.

3.8. De subsidiaire klacht van het onderdeel strekt onder meer ten betoge dat het in elk geval niet mogelijk is de wederindiensttredingsvoorwaarde aan de ontslagvergunning toe te voegen

op een tijdstip waarop van die vergunning, door opzegging van de arbeidsovereenkomst, reeds gebruik is gemaakt, althans in het geval dat de werkgever bij kennisneming van de ontslagvergunning niet redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat de omstandigheid dat de wederindiensttredingsvoorwaarde daarin niet werd genoemd, op een vergissing berustte. In het licht van het hiervóór overwogene is deze klacht gegrond. In cassatie moet immers veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat Lypack erop mocht vertrouwen dat de toestemming voor het ontslag onvoorwaardelijk was verleend, nu zij dat blijkens de gedingstukken in feitelijke instantie heeft aangevoerd en deze door Tolsma bestreden stelling door de Rechtbank onbesproken is gelaten. Het bestreden vonnis kan niet in stand blijven. Verwijzing moet volgen voor een onderzoek naar de juistheid van de hiervoor bedoelde stelling van Lypack en, zo nodig, voor een beoordeling van de subsidiaire of de meer subsidiaire grondslag van de vordering van Tolsma.

3.9. Onderdeel 2 behoeft geen behandeling, nu dit onderdeel bij de schriftelijke toelichting is ingetrokken.

#### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Leeuwarden van 2 mei 2001;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te Leeuwarden;

veroordeelt Tolsma in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Lypack begroot op €323,43 aan verschotten en €1590 voor salaris.

#### NOOT

1. Op grond van art. 6 BBA 1945 heeft de werkgever voor een opzegging van de arbeidsverhouding toestemming nodig van de Centrale Organisatie voor werk en inkomen (CWI). Ten tijde van deze zaak was nog sprake van een vergunning verleend door de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA). Het Ontslagbesluit dat deze toestemming nader normiert, bepaalt in art. 4:5, dat indien de toestemming (vergunning) op grond van bedrijfseconomische redenen wordt verleend, daaraan de voorwaarde kan worden verbonden dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van die toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij degene voor wie de toestemming (vergunning) tot opzegging van de arbeidsverhouding wordt verleend, in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke arbeidsvoorwaarden te hervatten. In de praktijk wordt gesproken van de 'wederindiensttredingsvoorwaarde'. Over de rechtsgevolgen van het schenden van de voorwaarde besliste de Hoge

Raad in HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705 (Van der Hop/Muskens).

2. In deze zaak had de RDA verzuimd de wederindienstredingsvoorwaarde aan de vergunning te verbinden. Vervolgens was getracht dit verzuim goed te maken door werkgever Lypack bijna een maand later mee te delen dat de voorwaarde deel uitmaakt van de verleende ontslagvergunning. Inmiddels was van de vergunning reeds gebruik gemaakt om de arbeidsovereenkomst met werknemer Tolsma op te zeggen. Toen Tolsma naderhand bemerkte dat zijn werk was overgenomen door daartoe ingehuurde uitzendkrachten, beriep hij zich op de wederindienstredingsvoorwaarde. Kantonrechter en rechtbank honoreerden dat beroep.

3. De Hoge Raad stelt vast dat het Ontslagbesluit geen antwoord geeft op de vraag of de voorwaarde ook nog na de toestemming kan worden verleend. Ook de Awb geeft hierover geen duidelijkheid. Derhalve moest de theorie van het algemene bestuursrecht hier uitkomst bieden. De beschikking tot het verlenen van toestemming beschouwt de Hoge Raad als een vrije beschikking, die door gebruikmaking van de toestemming zal zijn uitgewerkt. Derhalve heeft deze een aflopend karakter. De behartiging van de belangen die het Ontslagbesluit beoogt te behartigen, rechtvaardigen dat indien van de toestemming nog geen gebruik is gemaakt, de alsnog gestelde voorwaarde alsnog aan het gebruik van de toestemming wordt verbonden. Is de toestemming echter wel al gebruikt, en is de arbeidsverhouding dus al opgezegd, dan is die beschikking uitgewerkt. Het vertrouwensbeginsel en de rechtszekerheid verzetten zich er in het algemeen tegen dat met terugwerkende kracht wijziging wordt gebracht in de inmiddels geschapen rechtsverhouding tussen partijen. Bijgevolg werd in de onderhavige zaak de opzegging als rechtsgeldig beschouwd.

4. De Hoge Raad maakt nog een klein voorbehoud voor de situatie waarin het vertrouwen niet gerechtvaardigd was, zoals wanneer het voor de werkgever kenbaar was of behoorde te zijn dat de RDA (CWI) een vergissing of fout heeft begaan of wanneer de werkgever door het verschaffen van onjuiste inlichtingen verwijtbaar aan het ontstaan van de vergissing of fout heeft bijgedragen. In de onderhavige zaak moet er volgens de Hoge Raad 'veronderstellenderwijs' van worden uitgegaan dat Lypack er op mocht vertrouwen dat de toestemming onvoorwaardelijk was verleend, nu dit door haar onbestreden is aangevoerd. In de praktijk zal het ook niet vaak voorkomen dat door de werknemer kan worden aangetoond dat dit vertrouwen niet gerechtvaardigd was. Toch is het juist dat deze mogelijkheid wel wordt opengehouden.

5. Bij de benadering van de Hoge Raad kunnen vanuit het arbeidsrecht vraagtekens worden geplaatst. Er lijkt hier sprake van een zeer formele bestuursrechtelijke redenering, die ten koste gaat van de voor de werknemer beoogde rechts-

bescherming tegen onrechtvaardig ontslag. Weliswaar was van de toestemming gebruik gemaakt door de opzegging, er was echter nog alle mogelijkheid om aan de voorwaarde gevolg te geven. De voorwaarde werd immers gesteld op een moment dat de opzegtermijn nog liep. De inschakeling van uitzendkrachten vond pas plaats nadat de arbeidsverhouding daadwerkelijk tot een einde was gekomen. Daarmee was de situatie voor de werkgever op het moment van het stellen van de voorwaarde in geen enkel opzicht anders dan wanneer de voorwaarde wel direct aan de toestemming was verbonden. Het vertrouwensbeginsel tegenover de werkgever zou eigenlijk pas zijn geschonden als hij al een ander in dienst had genomen, op het moment dat de voorwaarde was gesteld. Daarvan was in dit geval geen sprake. In dit geval werd dus de rechtszekerheid van de werkgever door het alsnog stellen van de voorwaarde in geen enkel opzicht geschaad. Het had in dit opzicht meer voor de hand gelegen om aan te sluiten bij het vroeger door de Hoge Raad in andere zaken gevolgde criterium of de werkgever al iets had gedaan of nagelaten waardoor hij in een ongunstiger toestand was gekomen (het zgn. nadeelvereiste, vgl. HR 15 april 1998, NJ 1988, 951, Ben Amran/Silversteyn). Een dergelijke meer concrete toetsing, in plaats van de thans gekozen abstracte benadering van het vertrouwensbeginsel, had de wederzijdse belangen mijns inziens meer in evenwicht gehouden, te meer nu de werknemer aan de door de overheid gemaakte fout niets kon doen. De door mij bedoelde benadering was gevolgd door de kantonrechter, die in deze lijn oordeelde dat slechts het in dienst nemen van personeel voorafgaand aan het stellen van de voorwaarde, op grond van het vertrouwensbeginsel niet meer zou kunnen worden teruggedraaid.

6. Het gevolg van deze uitspraak zal zijn dat een naderhand gestelde voorwaarde doorgaans geen effect meer zal hebben, aangezien de werkgever als regel direct gebruik pleegt te maken van de verkregen toestemming om op te zeggen. Het is ook mogelijk dat de werkgever al heeft opgezegd voor het ontvangen van de toestemming. Alsdan wordt als gevolg van de zogeheten 'conversieleer', de eventueel vernietigde opzegging alsnog geconverteerd in een geldige, vanaf het moment van ontvangst van de toestemming, zie hierover nader Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, par. 24/4, p. 319. De situatie die hier aan de orde is, van een 'vergeten' voorwaarde zal zich in de praktijk overigens niet dikwijls voordoen.

7. De vraag is nog wat een werknemer kan doen, indien de wederindienstredingsvoorwaarde niet aan de toestemming is verbonden, maar een werkgever toch binnen 26 weken een nieuwe werknemer in dienst neemt om het werk van de ontslagen werknemer over te nemen. A-G Bakels spreekt van een vorderingsmogelijkheid tegenover de Staat. Hierbij zou het gaan om een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad (art.

6:162 BW). Dit lijkt zich met name voor te doen, in een geval als het onderhavige waarin de CWI duidelijk heeft gemaakt een fout te hebben begaan. Het opleggen van de wederindiensttreddingsvoorwaarde is immers geen verplichting volgens het Ontslagbesluit. Daarnaast is een vordering mogelijk op grond van kennelijk onredelijk ontslag tegen de werkgever, met daarbij de mogelijkheid van een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:681 en 682 BW). In casu was subsidiair ook een dergelijke vordering ingesteld. De vraag is dan of het later aantrekken van personeel nog kan worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, zoals A-G Bakels veronderstelt. De Hoge Raad maakte immers ook uit dat de kennelijk onredelijkheid moet worden beoordeeld naar de stand van zaken op het moment van de opzegging (HR 3 april 1992, NJ 1992, 412, Cherni-Khazri/Koppejans) en bij de beoordeling van een bedrijfseconomische noodzaak uiterlijk op het moment van het ingaan van het ontslag (HR 20 maart 1987, NJ 1988, 17, Medtronic/Mullenders). Bij de berekening van bijvoorbeeld de kans op het vinden van passend werk dient te worden uitgegaan van de situatie ten tijde van het ontslag. Wel kunnen bij de toepassing van deze maatstaf latere omstandigheden aanwijzingen opleveren voor wat in de toen bestaande situatie kon worden verwacht (HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451, JAR 1995, 78, Van Rossum/Van Erp). Nadien intredende omstandigheden kunnen slechts in aanmerking worden genomen voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht (HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266, JAR 1997/245, Schoonderwoert/Schoonderwoerd).

8. Het is ten slotte overigens de vraag of in de onderhavige casus wel sprake was van een schending van de wederindiensttreddingsvoorwaarde. De werkzaamheden van Tolsma waren immers overgenomen door uitzendkrachten. Deze verrichten hun werkzaamheden niet in dienst van de inlener. Van werkgeverszijde zou bovendien kunnen worden betoogd dat het ging om een slechts tijdelijke, niet structurele inschakeling van uitzendkrachten. Zou het inzetten van uitzendkrachten echter een middel blijken om onder de toepassing van de wederindiensttreddingsvoorwaarde uit te komen, dan zou zijdens de werknemer kunnen worden betoogd dat dit aanleiding is om 'door de constructie heen te zien' en de voorwaarde toch vervuld te achten. De redelijkheid en billijkheid kunnen die uitleg meebrengen. Ook het samenvoegen van taken of het aantrekken van hoger opgeleid personeel om de voorwaarde te omzeilen, kan worden doorgeprikt (vgl. Ktr. Emmen 23 oktober 1996, JAR 1996/226 en Rb. Assen 21 oktober 1997, JAR 1997/241).

9. Over dit arrest is ook geschreven door J.J.M. de Laat, SR 2003, 46 en over de materie door P.S. van Minnen & W.A. Zondag, 'Ontslagvergunning

onder ontbindende voorwaarde', *ArA* 2002-1, p. 85 e.v. De CWI heeft uit het arrest geconcludeerd dat bij een onjuist verleende toestemming een herstelbeschikking in beginsel mogelijk is. In zijn Beleidsregels Ontslagtaak CWI (versie oktober 2005) wordt uitgebreid aandacht besteed aan de diverse situaties waarin dit aan de orde kan zijn en is zelfs een model voor een herstelbeschikking opgenomen (zie voor deze Beleidsregels de website [www.werk.nl](http://www.werk.nl)). Ook over de wederindiensttreddingsvoorwaarde zelf bevatten deze beleidsregels een uitvoerige passage.

G.J.J. Heerma van Voss