

ANNOTATIE

De verlengde opzegtermijn: iudex non calculat!

F.M. Dekker*Annotatie bij Hoge Raad, 01-05-2015, ECLI:NL:HR:2015:1192 (AR-2015-0419)*

1. Inleiding

Op 1 mei 2015 heeft de Hoge Raad voor het eerst een arrest gewezen met betrekking tot de bij opzegging van de arbeidsovereenkomst in acht te nemen termijnen. Meer concreet ging het over de vraag wat rechtens is, indien partijen op onjuiste wijze van de op grond van de wet voor de werknemer geldende opzegtermijn zijn afgeweken. In de rechtspraak en de literatuur werd over deze kwestie verschillend gedacht. Het arrest van de Hoge Raad schept duidelijkheid.

2. De wettelijke regeling van de opzegtermijnen

De wettelijke regeling inzake de opzegtermijnen is niet eenvoudig. Voor de werknemer bedraagt de opzegtermijn één maand (art. 7:672 lid 3 BW). Voor de werkgever is de opzegtermijn afhankelijk van de duur van het dienstverband. De door hem in acht te nemen termijn bedraagt bij een arbeidsovereenkomst die (art. 7:672 lid 2 BW):

- korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;
- vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
- tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;
- vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.

Voor de berekening van de duur van het dienstverband moet in bepaalde gevallen ook rekening worden gehouden met voorgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde of een vorige werkgever. Dit is in de eerste plaats het geval als opzegging nodig is krachtens de Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 slotzin). In de tweede plaats indien de arbeidsovereenkomst op grond van de ketenregeling is geconverteerd in een contract voor onbepaalde tijd (art. 7:668a lid 4 BW). Voorts geldt dat arbeidsovereenkomsten voor de toepassing van artikel 7:672 BW

geacht worden eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:672 lid 9 BW). Wanneer de werkgever een ontslagvergunning heeft aangevraagd en verkregen, mag hij zijn opzegtermijn met een maand verkorten, met dien verstande dat minimaal één maand moet resteren (art. 7:672 lid 4 BW). Na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) mag de werkelijke duur van de UWV-procedure in mindering worden gebracht in plaats van forfaitair een maand.

De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn mag schriftelijk worden verlengd. Verkorting is daarentegen alleen toegestaan bij cao (art. 7:672 lid 5 BW). Ook mag bij cao worden afgeweken van de regel dat voorgaande arbeidsovereenkomsten voor de berekening van de duur van het dienstverband meetellen in geval van conversie op grond van de ketenregeling (art. 7:668a lid 5 BW). Tot slot mag bij cao ten nadele van de werknemer worden afgeweken van de minimaal te resteren termijn van één maand voor de werkgever na aftrek van de forfaitaire maand voor het doorlopen van de UWV-procedure (art. 7:672 lid 7 BW). Van de wettelijke opzegtermijn voor de werknemer mag schriftelijk worden afgeweken. De voor de werknemer geldende termijn mag evenwel niet op meer dan zes maanden worden gesteld. Voorts geldt als voorwaarde dat de opzegtermijn voor de werkgever bij een verlenging van die van de werknemer ten minste het dubbele moet bedragen (art. 7:672 lid 6 BW). Bij cao mag echter weer van deze laatste voorwaarde worden afgeweken, maar dan nog steeds mag de voor de werkgever geldende opzegtermijn niet korter worden dan die van de werknemer (art. 7:672 lid 8 BW).

3. Afwijken van de voor de werknemer geldende termijn in rechtspraak en literatuur

In de praktijk doen zich vooral problemen voor met betrekking tot onjuiste afwijkingen van de voor de werknemer geldende opzegtermijn. Dit laat zich op twee manieren denken:

- a. de arbeidsovereenkomst bevat voor de werknemer een verlengde opzegtermijn en voor de werkgever een termijn die niet ten minste het dubbele van die van de werknemer bedraagt;
- b. de arbeidsovereenkomst bevat voor de werknemer een verlengde opzegtermijn, terwijl voor de werkgever niets is overeengekomen.

Ad a

In situatie a is het helder dat de opzegregeling niet voldoet aan de eisen van artikel 7:672 lid 6 BW. Er bestaat evenwel onenigheid over het antwoord op de vraag wat daarvan de consequentie is.

De regering heeft zich bij de introductie van artikel 7:672 lid 6 BW op het standpunt gesteld dat daarmee strijdige bedingen nietig zijn (*Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 132b, p. 30; en *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 14). In de literatuur wordt daarentegen over het algemeen het standpunt ingenomen dat artikel 7:672 lid 6 BW ertoe strekt de werknemer te beschermen, zodat schending daarvan op grond van artikel 3:40 lid 2 BW vernietigbaarheid tot gevolg heeft. Deze sanctie leidt volgens de meeste schrijvers bovendien ook tot een

bevredigender oplossing, omdat het de werknemer de mogelijkheid biedt om, indien de wettelijke opzegtermijn voor hem minder gunstig is, van vernietiging van de contractuele regeling af te zien. Daarnaast zou het bij nietigheid voor de werkgever risicoloos zijn om met artikel 7:672 lid 6 BW strijdige opzegtermijnen te bedingen, aangezien nietigheid door ieder van de partijen kan worden ingeroepen. Zie Verhulp in zijn noot bij Ktr. Alkmaar 13 januari 2003, *JAR* 2003/43; Beltzer in zijn noot bij Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160; E. Verhulp, 'De opzegtermijnen nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2005/1, nr. 1; P.W.H.M. Willems, 'De verlengde opzegtermijn: twee maal twee is vier. Toch?', *TAP* 2012/5, p. 207; en Van der Voet in haar noot bij Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *JAR* 2012/185. Anders: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu 2010, p. 412-413, die uitgaan van nietigheid.

Zowel het standpunt van de regering als dat uit de literatuur heeft in de rechtspraak navolging gevonden. In een zaak waarin voor de werknemer een opzegtermijn van twee maanden en voor de werkgever één van drie maanden was afgesproken, oordeelde de Kantonrechter Alkmaar bijvoorbeeld kort en krachtig (Ktr. Alkmaar 13 januari 2003, *JAR* 2003/43): 'De door partijen overeengekomen opzegtermijnen zijn in strijd met het systeem van artikel 7:672 BW en daardoor nietig.' Ook in deze zin vonnisten Ktr. Zutphen 8 oktober 2008, *JIN* 2009/68; Ktr. Groningen 24 mei 2007, *PrG* 2007/97; en Rb. Breda 10 maart 2004, *JAR* 2004/160. Het standpunt van de literatuur werd evenwel gevolgd in Hof Den Haag 16 april 2013, *AR* 2013-0405; Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *AR* 2012-0725; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, *AR* 2012-0325; Ktr. Amsterdam 18 september 2009, *AR* 2009-0937; Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116; Ktr. Zutphen 22 februari 2005, *ECLI:NL:RBZUT:2005:AT0302*; en Ktr. Gouda 10 juni 2004, *JAR* 2004/174.

De vervolgvraag is wat de consequentie is van de nietigheid of vernietigbaarheid van de contractuele opzegregeling: wordt teruggevallen op de wettelijke termijnen of vindt conversie plaats in een geldige contractuele afwijking? Op dit punt bestaat in de rechtspraak meer eensgezindheid. Algemeen lijkt te worden aangenomen dat bij een ongeldig verlengde opzegtermijn voor de werknemer – na een ingeroepen nietigheid of vernietiging – voor beide partijen de wettelijke opzegtermijnen gelden. In deze zin Hof Den Haag 16 april 2013, *AR* 2013-0405; Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *AR* 2012-0725; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, *AR* 2012-0325; Ktr. Zutphen 8 oktober 2008, *JIN* 2009/68; Ktr. Groningen 24 mei 2007, *PrG* 2007/97; Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116; Ktr. Zutphen 22 februari 2005, *ECLI:NL:RBZUT:2005:AT0302*; en Ktr. Alkmaar 13 januari 2003, *JAR* 2003/43. Mij is slechts één – wat oudere – uitzondering bekend. De president van de Haarlemse rechtbank nam in een geval waarin voor beide partijen een opzegtermijn van zes maanden was afgesproken conversie aan door de termijn van de werknemer op drie maanden te stellen (Pres. Rb. Haarlem 3 oktober 2001, *JAR* 2001/231).

Ad b

Situatie b wordt in de literatuur en rechtspraak doorgaans anders benaderd. De gangbare leer is dat een arbeidsovereenkomst die enkel voorziet in een verlengde opzegtermijn voor de werknemer niet met het wettelijk systeem in strijd is, maar slechts een leemte bevat, welke

leemte met behulp van artikel 6:248 lid 1 BW kan worden aangevuld door voor de werkgever een dubbele opzegtermijn aan te nemen. In deze zin werd bij mijn weten voor het eerst geoordeeld door de kantonrechter te Gouda (Ktr. Gouda 10 juni 2004, *JAR* 2004/174). Hij overwoog:

‘Met in achtneming van die bedoeling is de kantonrechter van oordeel dat het door partijen overeengekomen beding met betrekking tot de opzegtermijn niet in strijd is met het systeem van artikel 7:672 BW. Nietigheid of de noodzaak van conversie is (...) in deze zaak niet aan de orde. In de arbeidsovereenkomst zijn partijen afgeweken van de wettelijke opzegtermijn van de werknemer en is de verlenging van de opzegtermijn conform het bepaalde in lid 6 schriftelijk vastgelegd. Uit de wet vloeit voort dat alsdan de opzegtermijn van de werkgever minstens twee keer zolang is. De kantonrechter leest in de wettelijke bepaling niet de verplichting dat (ook) de verlengde termijn van de werkgever uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst moet worden vermeld.’

Verhulp heeft zich in zijn eerder genoemde artikel in *ArbeidsRecht* voorstander getoond van deze benadering (Verhulp 2005). Volgens Verhulp kan uit een beding als bedoeld in situatie b de conclusie worden getrokken dat de werkgever de werknemer wil binden aan een langere termijn dan op grond van artikel 7:672 lid 3 BW zou gelden, hetgeen alleen kan indien voor de werkgever een dubbele termijn geldt. Hij acht het in de lijn van artikel 6:248 lid 1 BW redelijk in een dergelijk geval de arbeidsovereenkomst dienovereenkomstig aan te vullen. Deze visie wordt gedeeld door Willems (Willems 2012, p. 207) en is ook in de rechtspraak heersend (zie Ktr. Utrecht 23 juli 2014, *AR* 2014-0684; Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, *AR* 2012-0325; Ktr. Groningen 24 mei 2007, *Prg* 2007/97; en Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116).

4. HR 1 mei 2015, AR 2015-0419 (Flextronics)

Het Flextronics-arrest betreft situatie b. De arbeidsovereenkomst in die zaak bepaalde onder meer:

‘Deze arbeidsovereenkomst kan door de werknemer tussentijds worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van twee (2) maanden.’

Ondanks deze bepaling had de werknemer het dienstverband opgezegd op een termijn van één maand. De werkgever, Flextronics, vorderde een verklaring voor recht dat deze opzegging onregelmatig was, met veroordeling van de werknemer tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding ter hoogte van één maand loon. De werknemer verweerde zich met een beroep op de vernietigbaarheid van het opzegbeding, omdat – anders dan artikel 7:672 lid 6 BW eist – geen langere opzegtermijn voor de werkgever was overeengekomen. Die langere opzegtermijn voor de werkgever had volgens de werknemer bovendien schriftelijk moeten zijn overeengekomen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft het betoog van de werknemer in zijn geheel gegrond geoordeeld en de vorderingen – die in eerste aanleg waren toegewezen – alsnog afgewezen (Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *AR* 2012-0545).

Flextronics ging in cassatie en betoogde in de kern dat het hof had miskend dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:672 lid 6 BW slechts ziet op de verlenging van de opzegtermijn voor de werknemer, en dat indien deze verlenging overeenkomstig die bepaling is overeengekomen, (van rechtswege) vaststaat dat de opzegtermijn voor de werkgever (ten minste) het dubbele is van die voor de werknemer. Deze klacht ging volgens de Hoge Raad niet op. Hij oordeelde dat het hof terecht had overwogen dat uit de tekst van artikel 7:672 lid 6 BW volgt dat partijen bij een verlenging van de opzegtermijn die geldt voor de werknemer, tevens afspraken (dienen te) maken over de voor de werkgever geldende opzegtermijn. Deze lezing vond volgens de Hoge Raad bevestiging in de wetsgeschiedenis, waarbij hij de volgende twee passages aanhaalde (*Kamerstukken II* 1989/90, 21479, 3, p. 9):

‘Afwijking is mogelijk. Bij schriftelijke overeenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst kunnen langere opzegtermijnen worden overeengekomen die voor de werknemer niet langer dan zes maanden mogen zijn en voor de werkgever niet korter dan het dubbele van die voor de werknemer.’

En (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 30-31):

‘Van deze termijn kan schriftelijk worden afgeweken. Om afspraken die een werknemer tot al te lange opzegtermijnen zouden verplichten af te remmen is, naast het maximum van zes maanden, bepaald dat bij verlenging de termijn van de werkgever tenminste twee keer zo lang moet zijn als die voor de werknemer.’

Uit deze passages blijkt, aldus ons hoogste rechtscollege, dat met de in artikel 7:672 lid 6 BW verplicht gestelde verlenging van de opzegtermijn die geldt voor de werkgever, is beoogd de werknemer te beschermen. Met deze strekking, en met de bepaling van het vijfde lid van artikel 7:672 BW dat de ingevolge het tweede lid van dat artikel voor de werkgever geldende opzegtermijn schriftelijk kan worden verlengd, strookt dat ook de verlenging van het zesde lid schriftelijk moet worden overeengekomen. De Hoge Raad achtte tot slot van belang dat ook de Centrale Raad van Beroep in deze zin heeft geoordeeld (CRvB 18 juli 2012, *USZ* 2012/253).

Uit dit alles volgt naar het oordeel van de Hoge Raad dat artikel 7:672 lid 6 BW vereist dat zowel de voor de werknemer geldende opzegtermijn (van maximaal zes maanden), als de voor de werkgever geldende opzegtermijn (die niet korter mag zijn dan het dubbele van die voor de werknemer) schriftelijk wordt overeengekomen. Indien hieraan niet is voldaan, kan de werknemer het opzegbeding, wat betreft de opzegtermijn, ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW vernietigen, met als gevolg dat hij slechts de wettelijke opzegtermijn van één maand van artikel 7:672 lid 3 BW in acht hoeft te nemen.

5. Commentaar

De Hoge Raad oordeelt dat het bepaalde in artikel 7:672 lid 6 BW meebrengt dat in het daar bedoelde geval ook de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn schriftelijk moet worden vastgelegd. Daarmee wijkt hij, zoals A-G Spier in onderdeel 5.23 van zijn conclusie voor het arrest ook onderkent, af van de heersende leer op dit punt. Het Hof Den Haag en de

Kantonrechter Gouda hebben expliciet geoordeeld dat artikel 7:672 lid 6 BW niet vereist dat de opzegtermijn voor de werkgever uitdrukkelijk in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen (Hof Den Haag 14 april 2006, *JAR* 2006/116; en Ktr. Gouda 10 juni 2004, *JAR* 2004/174). Verschillende andere rechters hebben dit voorts impliciet geoordeeld door te overwegen dat in een geval waarin voor de werkgever geen opzegtermijn is bedongen, sprake is van een leemte die moet worden aangevuld door voor hem uit te gaan van een opzegtermijn die twee keer zo lang is als die van de werknemer (zie de eerder aangehaalde rechtspraak). Deze benadering is nu door de Hoge Raad de pas afgesneden. Een op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aangevulde opzegtermijn is immers niet schriftelijk vastgelegd.

Het oordeel van de Hoge Raad leidt mijns inziens tot een enigszins onbevredigende oplossing. Gevolg daarvan is namelijk dat het voor de werkgever risicoloos is om voor de werknemer een verlengde opzegtermijn te bedingen zonder voor zichzelf een opzegtermijn vast te leggen. Voor de werkgever geldt in deze situatie de wettelijke opzegtermijn, ongeacht of de werknemer het opzegbeding vernietigt of in stand laat, zodat in zoverre geen verschil bestaat met het geval waarin voor de werknemer geen verlengde opzegtermijn was overeengekomen. Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst wil opzeggen, zijn er twee opties. Ofwel de werknemer houdt zich aan de contractueel bedongen verlengde opzegtermijn, in welk geval de werkgever zijn zin heeft. Ofwel de werknemer vernietigt het opzegbeding, in welk geval wordt teruggevallen op de wettelijke opzegtermijn. In het ongunstigste geval is de werkgever dus niet slechter af dan wanneer hij geen verlengde opzegtermijn voor de werknemer had bedongen. Deze risicoloosheid is met betrekking tot situatie a in de literatuur steeds een argument geweest om te kiezen voor de sanctie van vernietigbaarheid in plaats van voor nietigheid. In dat opzicht is er veel te zeggen voor de benadering waarin het opzegbeding wordt aangevuld met een dubbele opzegtermijn voor de werkgever.

Toch was er voor de Hoge Raad volgens mij geen ruimte om tot een ander oordeel te komen. De reden daarvoor is gelegen in een argument dat in het arrest slechts in een bijzin is te vinden: het vijfde lid van artikel 7:672 BW. Op grond van dat artikellid is verlenging van de voor de werkgever geldende opzegtermijn slechts schriftelijk mogelijk. Ervan uitgaande dat de opzegtermijn doorgaans in maanden wordt uitgedrukt, leidt een verlenging van de voor de werknemer geldende termijn tot een termijn van minstens twee maanden. Bij die termijn hoort voor de werkgever een opzegtermijn van (minimaal) vier maanden. Tenzij het dienstverband meer dan vijftien jaar heeft geduurd, betreft een dergelijke opzegtermijn een verlenging van de wettelijke termijn voor de werkgever en artikel 7:672 lid 5 BW schrijft voor zo'n verlenging schriftelijkheid voor. Voor zover de schriftelijkheidseis voor de werkgeverstermijn niet reeds in het zesde lid van artikel 7:672 BW besloten zou liggen, volgt deze dus wel uit het vijfde lid van dat artikel.

Interessant is dat de Hoge Raad zijn oordeel omtrent het schriftelijkheidsvereiste mede motiveert met een verwijzing naar de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep. Deze rechtspraak heeft betrekking op de fictieve opzegtermijn in geval van een met artikel 7:672 lid 6 BW strijdige contractuele regeling. In de uitspraak waar de Hoge Raad naar verwijst, was sprake van eenzelfde opzegbeding als in zijn eigen arrest: voor de werknemer was een

opzegtermijn van twee maanden overeengekomen en voor de werkgever was niets vastgelegd. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat artikel 7:672 lid 6 BW, mede uit een oogpunt van rechtszekerheid, zo moet worden verstaan dat in geval van afwijking van de door de werknemer in acht te nemen opzegtermijn de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn eveneens schriftelijk moet worden vastgelegd. Daarbij achtte de Centrale Raad van Beroep nog van belang dat uit artikel 7:672 lid 6 BW niet zonder meer voortvloeit dat de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn het dubbele is van die voor de werknemer. Deze bepaling laat immers de mogelijkheid open om een langere opzegtermijn voor de werkgever overeen te komen.

Is het terecht dat de Hoge Raad waarde hecht aan deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep? Laat ik vooropstellen dat er naar mijn mening zo veel mogelijk naar moet worden gestreefd één en hetzelfde wetsartikel binnen alle rechtsgebieden op dezelfde manier toe te passen. In ieder geval zou een goede reden moeten zijn aan te wijzen om dat niet te doen. Dit doet zich ook voor in het kader van de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst. De rechtspraak over dit onderwerp lijkt in het sociaalzekerheidsrecht, het fiscale recht en het civiele recht steeds meer naar elkaar toe te groeien. Zo verwees de derde kamer van de Hoge Raad in het WW-rechtelijke Gouden Kooi-arrest (HR 25 maart 2011, AR 2011-0232) naar de jurisprudentie van zijn civielrechtelijke eerste kamer (verwezen werd naar HR 3 juli 2007, JAR 2007/231 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM)). In het fiscaalrechtelijke Notarissen-arrest (HR 17 februari 2012, AR 2012-0431) werd vervolgens zowel acht geslagen op het sociaalzekerheidsrechtelijke Gouden Kooi-arrest als op het civielrechtelijke Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM-arrest.

Op het eerste gezicht lijken de belangen van de werknemer in beide situaties niet parallel te lopen. In het kader van het verwerven van een WW-uitkering is een aanvulling van de voor de werkgever geldende opzegtermijn voor de werknemer immers nadelig (aangezien dat tot een lange(re) fictieve opzegtermijn leidt), terwijl hij voorafgaande aan ontslag bij een dergelijke aanvulling juist wel belang kan hebben. Dit laatste is echter alleen zo als het de werkgever is die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen. Komt het initiatief tot beëindiging van de werknemer zelf, zoals in het Flextronics-arrest het geval was, dan heeft hij meer belang bij verkorting van zijn eigen termijn en schiet hij met een verlenging van die voor de werkgever weinig op. Het perspectief van de werknemersbescherming dwingt dus niet per se in de ene of de andere richting en rechtvaardigt dus ook niet een verschil in benadering tussen de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad. De Centrale Raad van Beroep motiveert zijn uitspraak overigens ook niet met een beroep op het belang van de werknemer, maar vanuit de rechtszekerheid. Het zou wat mij betreft niet zijn uit te leggen als in sociaalzekerheidsrechtelijke kwesties zou worden aangenomen dat het schriftelijkheidsvereiste uit artikel 7:672 lid 6 BW zich ook uitstrekt over de voor de werkgever geldende termijn en in civiele zaken zou worden aangenomen dat dit vereiste alleen betrekking zou hebben op de werknemerstermijn. Het lijkt mij daarom toe te juichen dat de Hoge Raad de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van belang acht.

Op de valreep – in r.o. 3.3.6 – beantwoordt de Hoge Raad nog een tweetal andere vragen. Hij

oordeelt (1) dat het niet schriftelijk vastleggen van de voor de werkgever geldende opzegtermijn leidt tot vernietigbaarheid van de contractuele regeling (en dus niet tot nietigheid) en (2) dat het gevolg daarvan is dat wordt teruggevallen op de wettelijke termijnen (en dus geen conversie plaatsvindt). Deze twee oordelen motiveert ons hoogste rechtscollege niet (expliciet). Het eerste oordeel laat zich evenwel verklaren door hetgeen de Hoge Raad in r.o. 3.3.4 overweegt: 'Uit het vorenstaande blijkt, zoals het hof eveneens terecht heeft geoordeeld, dat met de in art. 7:672 lid 6 BW verplicht gestelde verlenging van de opzegtermijn die geldt voor de werkgever, is beoogd de werknemer te beschermen.' In dat geval dwingt artikel 3:40 lid 2 BW tot de sanctie van vernietigbaarheid. Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt mij dan ook juist.

Dat geldt ook voor het oordeel dat een vernietiging van het opzegbeding leidt tot een terugval op het wettelijk systeem en dat geen sprake is van conversie in een geldige contractuele afwijking. Een dergelijke conversie zal gebaseerd moeten zijn op artikel 3:42 BW. In de literatuur is wel gesteld dat conversie niet mogelijk zou zijn, omdat artikel 3:42 BW dat alleen toestaat voor *nietige* rechtshandelingen (Beltzer 2004; Willems 2012; en Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/366). Dat standpunt berust evenwel op een te letterlijke lezing van artikel 3:42 BW. Ook een vernietigde rechtshandeling komt voor conversie in aanmerking (HR 10 december 2010, *NJ* 2010/669). Er doet zich op dit punt evenwel een ander probleem voor. Voor conversie is ingevolge artikel 3:42 BW vereist dat de nietige of vernietigde rechtshandeling in een zodanige mate beantwoordt aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien. Hierbij gaat het niet zozeer om wat men subjectief zou hebben verklaard, maar om hetgeen objectief omtrent de inhoud en de strekking van de vervangende rechtshandeling moet worden aangenomen (HR 22 november 2002, *NJ* 2003/34). Bij een ongeldig opzegbeding is niet aan dit criterium voldaan. Het is immers moeilijk (objectief) vast te stellen of partijen, ingeval zij wisten van de ongeldigheid van hun afspraak, zouden hebben afgezien een verlengde opzegtermijn voor de werknemer dan wel voor de werkgever een dubbele opzegtermijn zouden zijn overeengekomen (evenzo Van der Voet in haar noot bij Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2012, *JAR* 2012/185).

Een terugval op de wettelijke termijnen doet volgens mij ook het beste recht aan de strekking van artikel 7:672 lid 6 BW om de werkgever 'af te remmen' bij het bedingen van een al te lange opzegtermijn voor de werknemer. De strekking is derhalve de werknemer die wil opzeggen te beschermen. Daarmee strookt het dat de werknemer middels een vernietiging onder een onjuist verlengde opzegtermijn uit kan komen, om de arbeidsovereenkomst vervolgens met inachtneming van de wettelijke termijn van één maand op te zeggen.

Het arrest van de Hoge Raad heeft betrekking op situatie b. Ik meen evenwel dat met het arrest tevens duidelijkheid is gecreëerd voor situatie a. Nu vaststaat dat de schriftelijkheidseis uit artikel 7:672 lid 6 BW ook geldt voor de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn, zie ik geen principieel verschil meer tussen beide situaties. In beide gevallen is duidelijk dat de contractuele regeling met artikel 7:672 lid 6 BW in strijd is en rijzen dezelfde twee vragen:

(1) is een dergelijke regeling nietig of vernietigbaar en (2) wat is het gevolg van de nietigheid dan wel vernietigbaarheid? Het feit dat de strijdigheid de ene keer bestaat uit het ontbreken van schriftelijkheid en de andere keer uit een onjuiste lengte van de voor de werkgever geldende opzegtermijn doet mijns inziens niet ter zake. Dat verschil kan er niet toe leiden dat het antwoord op voormelde twee vragen in situatie a anders luidt dan in situatie b. Ook in situatie a is de strekking van artikel 7:672 lid 6 BW immers bescherming van de werknemer en dwingt artikel 3:40 lid 2 BW dus tot de sanctie van vernietigbaarheid. Daarnaast geldt in situatie a net zo goed als in situatie b – zo niet in sterkere mate – dat niet kan worden vastgesteld wat partijen zouden zijn overeengekomen als zij hadden geweten van de ongeldigheid van hun afspraak: zouden zij dan hebben gekozen voor een kortere termijn voor de werknemer of juist voor een langere termijn voor de werkgever? Deze onzekerheid maakt dat conversie ex artikel 3:42 BW niet mogelijk is.

Deze uitkomst strookt met de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep. In een geval waarin zowel voor de werkgever als voor de werknemer een opzegtermijn van zes maanden was overeengekomen, oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat de fictieve opzegtermijn werd bepaald door de wettelijke opzegtermijnen. Aangezien het dienstverband in die zaak zes jaar had geduurd, bedroeg de fictieve opzegtermijn, na aftrek van de forfaitaire maand voor het doorlopen van de ontslagvergunningsprocedure, één maand (CRvB 15 januari 2003, RSV 2003/103).

6. Slot

Na meer dan vijftien jaar bestaat er eindelijk duidelijkheid over de uitleg van artikel 7:672 lid 6 BW. Indien de werkgever de werknemer wil binden aan een langere opzegtermijn dan op grond van de wet zou gelden, zal hij zich – afgezien van een eventuele cao – schriftelijk moet vastleggen op een eigen opzegtermijn die ten minste het dubbele bedraagt. Doet de werkgever dit niet – door geen enkele dan wel een te korte termijn voor zichzelf overeen te komen – dan is de contractuele opzegregeling vernietigbaar en geldt in plaats daarvan het wettelijk regime. Voor de werknemer betekent dit dat hij bij opzegging van de arbeidsovereenkomst kan volstaan met inachtneming van een termijn van één maand.

De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn is afhankelijk van de aan de orde zijnde situatie. In situatie b is dit steeds, ongeacht of het opzegbeding wordt vernietigd of in stand blijft, de wettelijke termijn. In situatie a geldt voor de werkgever daarentegen in principe de contractueel bedongen termijn, tenzij de werknemer besluit het opzegbeding te vernietigen. In het laatste geval wordt teruggevallen op het wettelijk systeem. In situatie a ligt de regie dus bij de werknemer: is de contractuele opzegtermijn voor hem gunstiger, dan laat hij deze in stand; is de wettelijke termijn voor hem gunstiger, dan vernietigt hij het opzegbeding.