

# NJ 2015/305: Verzoek tot schorsing cassatieprocedure op grond van art. 28 Fw nadat is gefourneerd voor arrest en datum conclusie P-G is bepaald; ...

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	21 maart 2014
Magistraten:	Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, C.E. Drion, G. Snijders, G. de Groot	Zaaknr:	13/01510
Conclusie:	A-G mr. J. Spier		
Noot:	H.J. Snijders	Roepnaam:	SRC- Cultuurvakanties
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2014:675, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 21-03-2014; ECLI:NL:PHR:2014:15, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 10-01-2014; Beroepschrift, Hoge Raad, 18-03-2013 <a href="#">Download gedrukte versie (PDF)</a>		
Wetgeving:	Art. 25, 27, 28, 29, 30 FW; art. 19, 44 Rv		
Brondocument:	HR, 21-03-2014, nr. 13/01510		

## Essentie

Verzoek tot schorsing cassatieprocedure op grond van art. 28 Fw nadat is gefourneerd voor arrest en datum conclusie P-G is bepaald; strekking art. 30 lid 1 Fw; betekenis schriftelijk commentaar op conclusie P-G ('Borgersbrief') in zin art. 44 lid 3 Rv. Vordering inzake betaling achterstallig salaris; schorsing van rechtswege.

Art. 30 Fw bepaalt dat art. 27-29 en art. 25 lid 2 Fw (betreffende schorsing aanhangige rechtsvorderingen na faillietverklaring en overname door curator) niet toepasselijk zijn indien vóór de faillietverklaring de stukken van het geding tot het geven van een beslissing aan de rechter zijn overgelegd. Het artikel moet worden uitgelegd tegen de achtergrond dat proceshandelingen die in een civiele procedure zijn verricht door de schuldenaar vóór diens faillissement, de boedel binden. Na de faillietverklaring kan de gefailleerde echter niet de boedel binden door proceshandelingen te verrichten en is er geen reden de beslissing van het geding aan te houden, indien het geding zover is gevorderd dat de processtof verder aan elke inwerking van partijen is onttrokken. Voor dat geval bepaalt art. 30 Fw dan ook dat de art. 25 lid 2 en 27-29 Fw niet toepasselijk zijn.

Op de voet van art. 44 lid 3 Rv kunnen partijen in cassatie hun schriftelijk commentaar op de conclusie

van de Procureur-Generaal aan de Hoge Raad doen toekomen. De ratio hiervan is dat partijen gezien het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) moeten kunnen reageren op een conclusie van de Procureur-Generaal, aangezien die conclusie in de oordeelsvorming van de Hoge Raad wordt betrokken. In het onderhavige geval zijn op 13 september 2013 stukken gefourneerd voor arrest en is op de rol van 11 oktober 2013 de datum voor conclusie van de Procureur-Generaal bepaald op 24 januari 2014. Hieruit volgt dat op de faillissementsdatum (25 september 2013) het geding nog niet aan de invloed van partijen was onttrokken. Daarom is art. 30 lid 1 Fw nog niet van toepassing.

De vraag of het geding ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht en een gebod op de voet van art. 28 Fw dient te worden geschorst om eiseres in staat te stellen de curatoren in het geding te roepen, wordt ontkennend beantwoord omdat deze vorderingen voor de toepassing van art. 25 lid 2 Fw en art. 27-29 Fw geen zelfstandige betekenis hebben naast de vorderingen inzake betaling van achterstallig salaris. Dit brengt mee dat de procedure ook voor zover het deze verklaring voor recht en het gebod betreft, door het faillissement van verweerster van rechtswege is geschorst.

## Samenvatting

---

*Eiseres tot cassatie is werkneemster geweest van SRC. In feitelijke instanties is door partijen geprocedeerd over o.a. de aard van de arbeidsovereenkomst van eiseres en daarmee samenhangende salarisbetalingen. Tijdens de procedure in cassatie is SRC op 25 september 2013 failliet verklaard. In cassatie is ter rolzitting van 11 oktober 2013 is bepaald dat de Procureur-Generaal op 24 januari 2014 in deze zaak zal concluderen.*

*Bij brief van 19 november 2013 is namens eiseres aan de Hoge Raad verzocht het geding te schorsen en een termijn te bepalen waarbinnen zij de curatoren van SRC in het geding kan roepen.*

*Art. 30 Fw bepaalt dat de art. 27-29 en art. 25 lid 2 Fw niet toepasselijk zijn indien vóór de faillietverklaring de stukken van het geding tot het geven van een beslissing aan de rechter zijn overgelegd. Het verzoek stelt de vraag aan de orde hoe deze bepaling moet worden uitgelegd. Art. 30 Fw moet worden uitgelegd tegen de achtergrond dat proces-handelingen die in een civiele procedure zijn verricht door de schuldenaar vóór diens faillissement, de boedel binden. Na de faillietverklaring kan de gefailleerde echter niet de boedel binden door proceshandelingen te verrichten. Hieruit volgt dat er geen reden is de beslissing van het geding aan te houden indien het geding zover is gevorderd dat 'de processtof verder aan elke inwerking van partijen [is] onttrokken' (Van der Feltz I, p. 389). Voor dat geval bepaalt art. 30 Fw dan ook dat de art. 25 lid 2 en 27-29 Fw niet toepasselijk zijn.*

*Op de voet van art. 44 lid 3 Rv kunnen partijen in cassatie, binnen twee weken nadat de conclusie door de Procureur-Generaal is genomen dan wel een afschrift daarvan aan partijen is verzonden, hun schriftelijk commentaar daarop aan de Hoge Raad doen toekomen. De ratio hiervan is dat partijen gezien het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) moeten kunnen reageren op een conclusie van de Procureur-Generaal, aangezien die conclusie in de oordeelsvorming van de Hoge Raad wordt betrokken (vgl. EHRM 30 oktober 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1521, NJ 1992/73, m.nt.*

*EAA en ThWvV (Borgers/België)); EHRM 20 februari 1996, r.o. 33, Reports 1996-I, p. 224 e.v. (Vermeulen/België). Omdat de reactie op de conclusie van invloed kan zijn op de beslissing van de Hoge Raad, is het geding niet aan de invloed van partijen onttrokken tot aan het verstrijken van de termijn voor het indienen van die reactie.*

*In het onderhavige geval zijn op 13 september 2013 stukken gefourneerd voor arrest en is op de rol van 11 oktober 2013 de datum voor conclusie van de Procureur-Generaal bepaald op 24 januari 2014. Hieruit volgt dat op 25 september 2013, de faillissementsdatum, het geding nog niet aan de invloed van partijen was onttrokken. Daarom is art. 30 lid 1 Fw nog niet van toepassing. Aldus stelt het verzoek de vraag aan de orde of het geding ten aanzien de vorderingen tot verkrijging van een verklaring voor recht en een gebod op de voet van art. 28 Fw dient te worden geschorst om eiseres in staat te stellen de curatoren in het geding te roepen. Niet blijkt dat eiseres bij deze vorderingen een ander belang heeft dan dat haar andere vorderingen, die voldoening van verbintenissen uit de boedel ten doel hebben, toewijsbaar zijn. Voor de toepassing van de art. 25 lid 2 Fw en 27-29 Fw hebben de vorderingen tot verkrijging van een verklaring voor recht en een gebod naast deze vorderingen daarom geen zelfstandige betekenis. Dit brengt mee dat de procedure ook voor zover het deze vorderingen betreft, door het faillissement van SRC van rechtswege is geschorst.*

## Partij(en)

---

P., te N., eiseres tot cassatie, adv.: mr. S.F. Sagel,  
tegen  
SRC-Cultuurvakanties B.V., te Groningen, verweerster in cassatie, niet verschenen.

## Voorgaande uitspraak

---

### Hof:

#### De feiten

- 1.1 Het hof ziet aanleiding om de feiten zelfstandig vast te stellen op basis van hetgeen enerzijds is gesteld en anderzijds onvoldoende gemotiveerd is betwist.
- 1.2 SRC organiseert culturele reizen, voornamelijk in de zomermaanden. Tijdens deze reizen worden de klanten van SRC vergezeld door reisleiders. Aanvankelijk ontvingen reisleiders hiervoor een onkostenvergoeding, later werkte SRC met oproepovereenkomsten. Sedert de invoering van de zogenaamde Flexwet in 1999 biedt SRC haar reisleiders arbeidsovereenkomsten (met uitgestelde prestatieplicht) voor bepaalde tijd aan voor de duur van het reisseizoen dat (voor de door SRC georganiseerde reizen) loopt van april tot november. In de winterperiodes worden de reisleiders getraind.
- 1.3 P. heeft sinds 1 juli 1989 (met een onderbreking van één of twee seizoenen) veelvuldig werkzaamheden als reisleidster verricht voor SRC.
- 1.4 Op 15 maart 2005 heeft SRC aan P. een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden voor het tijdvak van 23 april 2005 tot 1 november 2005 tegen een salaris van € 13,24 bruto per uur.
- 1.5 Bij brief van 7 april 2005 heeft SRC haar reisleiders, waaronder P., geïnformeerd over een

wijziging van de regeling rond facultatieve excursies. Eén van de wijzigingen houdt in dat de reisleader voortaan € 1,50 (netto) per deelnemer ontvangt. Voorheen werden de opbrengsten van facultatieve excursies verdeeld tussen SRC, de desbetreffende reisleaders en de buschauffeur volgens een vantevoren door SRC vastgestelde verdeelsleutel (laatstelijk: ieder 1/3e deel). Tegen deze wijziging heeft P. zich, mede namens een aantal van haar collega's, in woord en geschrift verzet.

- 1.6 Voor de maand oktober 2005 heeft SRC P. niet ingeroosterd voor een reis. Desgevraagd heeft SRC aan P. te kennen gegeven dat de reden hiervoor was dat P. niet aan haar administratieve verplichtingen had voldaan. Aan het verzoek van de gemachtigde van P. om haar alsnog op te roepen en haar salaris te voldoen, heeft SRC geen gevolg gegeven. Na een bespreking op 3 november 2005 heeft P. voor SRC in december 2005 een 11-daagse reis naar Italië begeleid.
- 1.7 Bij brief van 2 maart 2006 heeft SRC aan P. laten weten dat aan haar geen nieuwe arbeidsovereenkomst zou worden aangeboden omdat SRC (opnieuw) klachten heeft ontvangen over het optreden van P. als reisleidster.
- 1.8 In het vonnis van 14 maart 2007 heeft de kantonrechter SRC bij wege van voorlopige voorziening veroordeeld (samengevat) om P. een voorschot te betalen op het salaris over de maand oktober 2005 (€ 1.325,84 bruto) en het tijdvak van april tot november 2006 (€ 9.280,86 bruto). SRC heeft aan dit provisioneel vonnis voldaan en geen van partijen is van het vonnis van 14 maart 2007 in appel gekomen.
- 1.9 Bij brief van 6 april 2007 heeft SRC aan P. een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden voor het reisseizoen 2007. Bij brief van 24 april 2007 heeft P. laten weten dat zij 'op dringend doktersadvies' niet op het aanbod ingaat.

## Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

2.1 P. heeft in eerste aanleg (na eiswijzigingen) gevorderd:

- I. Te verklaren voor recht dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat tussen SRC en P.;
- II. SRC te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het te wijzen vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling aan P. over te gaan van het achterstallig salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag over de maand oktober 2005 en over het reisseizoen 2006, in totaal ad € 18,874,94 bruto, te vermeerderen met een vergoeding voor opgebouwde vakantiedagen, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding;
- III. Primair SRC te veroordelen P. een oproepovereenkomst mup voor onbepaalde tijd aan te bieden.  
Subsidiar SRC te veroordelen P. een nieuwe oproepovereenkomst mup voor bepaalde tijd aan te bieden met de garantie dat steeds voor elk nieuw reisseizoen een nieuwe arbeidsovereenkomst mup voor bepaalde tijd wordt aangeboden.  
Primair en subsidiar de nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde dan wel bepaalde tijd aan te bieden onder de navolgende voorwaarde:
  - a. Inroostering voor reizen op de gebruikelijke wijze, meer in het bijzonder voor de reizen die P. in de afgelopen jaren steeds heeft begeleid;
  - b. Toepassing van de oude facultatieve excursieregeling, althans toekenning van een redelijke financiële compensatie bij toepassing van de nieuwe facultatieve excursieregeling;

- IV. Primair SRC te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling aan P. over te gaan van het salaris conform de toepasselijke cao voor de Reisbranche, over het reisseizoen 2007, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, met een vergoeding voor opgebouwde vakantiedagen, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding; en doorbetaling van het salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag totdat de arbeidsrelatie op rechtsgeldige wijze is beëindigd;  
Subsidiair SRC te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling aan P. over te gaan van een schadevergoeding gelijk aan de primaire vordering inzake het salaris en verhogingen over het reisseizoen 2007 totdat de arbeidsrelatie op rechtsgeldige wijze is geëindigd;
- V. SRC te veroordelen tot betaling aan P. van een bedrag ad € 298 betreffende onkosten over het jaar 2005;
- VI. SRC te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling aan P. over te gaan van een immateriële schadevergoeding ad € 15.000, dan wel een in redelijkheid door de kantonrechter te bepalen bedrag;
- VII. SRC te veroordelen in de buitengerechtelijke kosten ad € 9.101,36;
- VIII. SRC te veroordelen voor betekening van het vonnis d.d. 14 maart 2007 ad € 81,16;
- IX. SRC te veroordelen in de kosten van het geding.

2.2 SRC heeft verweer gevoerd tegen de vorderingen.

2.3 Bij tussenvonnissen van 29 augustus 2007 heeft de kantonrechter SRC toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan volgen dat P. als reisleidster zodanig slecht functioneerde dat zij P. geen nieuw contract hoefde aan te bieden. Na het horen van zes getuigen van de zijde van SRC en een daarop volgende conclusiewisseling heeft de kantonrechter in zijn eindvonnis van 5 november 2008 als volgt beslist:

1. veroordeelt SRC om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis tegen kwijting aan P. te betalen:
  - aan salaris en vakantiegeld over de maand oktober 2005 een bedrag van € 1.944,69 bruto vermeerderd met 25% aan wettelijke verhoging over dat bedrag;
  - aan schadevergoeding over het jaar 2006 het netto equivalent van € 15.557,53 bruto verhoogd met 25% over dat netto equivalent;
  - de wettelijke rente over de hiervoor genoemde bedragen vanaf de dag der dagvaarding (28 november 2006) tot aan die der algehele voldoening;
  - een bedrag van € 1.000 aan buitengerechtelijke kosten;
2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
3. compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;
4. wijst af het meer of anders gevorderde.

## Met betrekking tot de grieven in principaal en incidenteel appel

- 3 Met *grief I in het principaal appel* betoogt P. dat — anders dan de kantonrechter overwoog in zijn vonnis van 29 augustus 2007 — art. 7:668a BW in strijd is met Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PbEG L 175/43; hierna: Richtlijn 1999/70). Volgens *grief II in het principaal appel* heeft de kantonrechter miskend dat

tussen partijen in december 2005 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, omdat SRC P. in die maand werkzaamheden heeft laten verrichten. Tegen het oordeel van de kantonrechter dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, komt P. ook op met grief III in het principaal appel. Grief IV in het principaal appel strekt ertoe dat de schadevergoeding die de kantonrechter heeft toegekend, ten onrechte beperkt is tot het jaar 2006. Met grief V in het principaal appel komt P. op tegen het oordeel van de kantonrechter dat zij onvoldoende gesteld heeft voor toewijzing van een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen. Grief VI in het principaal appel komt er op neer dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het voor rekening en risico van P. komt dat er in 2007 geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Tegen de overweging van de kantonrechter dat P. in 2007 in beginsel ook geen recht op loon zou hebben gehad wanneer zij de haar aangeboden arbeidsovereenkomst wel had aanvaard, onder de mededeling dat zij op dat moment ziek was en zij zich in de loop van 2007 beter zou hebben gemeld, komt P. op met grief VII in het principaal appel en de daarop gegeven toelichting. Met grief VIII in het principaal appel bestrijdt P. het oordeel van de kantonrechter dat SRC haar geen arbeidsovereenkomst voor het reisseizoen 2008 behoefde aan te bieden. Grief IX in het principaal appel strekt ertoe te betogen dat op SRC nog immer de plicht rust om P. een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Volgens grief X in het principaal appel heeft de kantonrechter de gevorderde immateriële schadevergoeding ten onrechte afgewezen. De grieven XI en XII in het principaal appel zijn gericht tegen de oordelen van de kantonrechter over de gevorderde onkosten respectievelijk buitengerechtelijke incassokosten.

- 4 Met grief 1 in het incidenteel appel komt SRC op tegen het oordeel van de kantonrechter dat zij gehouden was P. na 1 november 2005 opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Grief 2 in het incidenteel appel komt er op neer dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het functioneren van P. niet afdeed aan de gehoudenheid van SRC om haar een nieuw contract aan te bieden. Grief 3 in het incidenteel appel bestrijdt de toewijzing van de wettelijke verhoging over de over het jaar 2006 toegewezen schadevergoeding. Met grief 4 in het incidenteel appel betoogt SRC dat P. — anders dan de kantonrechter oordeelde — in 2004 geen 136, maar 112 dagen heeft gewerkt.

### Met betrekking tot de eiswijziging in principaal appel

- 5 Het verzet van SRC tegen de eisvermeerdering in hoger beroep, omdat P. haar eis in eerste aanleg ook reeds een aantal malen had gewijzigd en/of vermeerderd, slaagt niet. De op grond van art. 130 lid 1 Rv juncto art. 353 lid 1 Rv aan P. toekomende bevoegdheid om haar eis of de gronden daarvan te wijzigen, is in hoger beroep in die zin beperkt dat de eiswijziging niet later dan bij memorie van grieven of antwoord dient plaats te vinden. Aan deze in beginsel strakke regel is in dit geval voldaan. Naar het oordeel van het hof zal de eiswijziging niet leiden tot onredelijke vertraging van het geding en/of tot onredelijke bemoeilijking van de verdediging, zodat de eiswijziging van P. niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. De inhoudelijke bezwaren van SRC tegen de gewijzigde eis komen later in dit arrest aan de orde.

### Met betrekking tot de (arbeids)verhouding tussen partijen

- 6 Het hof deelt niet de opvatting van P. dat art. 7:668a BW in strijd is met Richtlijn 1999/70, welke is gericht op de uitvoering van de op 18 maart 1999 door de algemene brancheoverkoepelende organisaties (EVV, UNICE, CEEP) gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten

voor bepaalde tijd, die in de bijlage bij de richtlijn is opgenomen. In clause 5 van de raamovereenkomst zijn drie maatregelen beschreven die ertoe strekken misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. De lidstaten dienen één of meer van deze maatregelen in te voeren. In art. 7:668a BW zijn twee van de drie maatregelen, te weten de vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten mogen worden vernieuwd, gecodificeerd. De derde maatregel, te weten de vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten kunnen rechtvaardigen, is niet in art. 7:668a BW opgenomen. Aangezien het invoeren van één maatregel reeds voldoende is, kan hierdoor niet gesproken worden van strijd met Richtlijn 1999/70.

- 7 Op grond van de tijdvakken gedurende welke tussen partijen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten, waarvan een overzicht zich bij de gedingstukken bevindt, is het hof van oordeel dat geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van kracht is (geworden). De reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is immers onder meer tussen 31 oktober 2003 en 11 mei 2004 en tussen 16 januari 2005 en 23 april 2005 onderbroken met een periode van meer dan drie maanden. Hierdoor is niet een situatie ontstaan als bedoeld in art. 7:668a lid 1 sub a of b BW. Anders dan (de toelichting op) grief I in het principaal appel ingang wil doen vinden, verandert de omstandigheid dat P. nog rond kerst 2005 voor SRC een reis naar Italië heeft begeleid, hier niets aan. Laatstbedoelde reis valt immers in de contractperiode van 23 december 2005 tot 2 januari 2006, welke in vorenbedoeld overzicht is opgenomen. Van misbruik van de mogelijkheden die art. 7:668a BW de werkgever biedt, is het hof niet gebleken. SRC heeft met cijfermateriaal genoegzaam aangetoond dat in de winterperiode (november tot en met maart) slechts weinig reizen worden georganiseerd (gemiddeld circa 10% van het totaal). Aanvang en einde van de door SRC doorgaans aangeboden arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (april t/m oktober) zijn daarom — anders dan P. kennelijk meent — objectief te rechtvaardigen. De laatste arbeidsovereenkomst tussen SRC en P. is dan ook — anders dan P. betoogt — van rechtswege geëindigd op 2 januari 2006.
- 8 De voorlaatste contractperiode liep van 23 april 2005 tot 1 november 2005. Voor de maand oktober 2005 heeft SRC P. niet opgeroepen voor de begeleiding van een reis, terwijl dat in voorgaande jaren wel steeds gebruikelijk was. SRC stelt dat administratieve redenen, te weten het niet indienen door P. van reisverslagen, declaraties en enquêtes van door haar begeleide reizen, hieraan ten grondslag lagen. P. vermoedt, zo begrijpt het hof, dat vooral haar actieve opstelling in het conflict tussen de reisleiders en de directie van SRC over wijzigingen van de regeling rond de facultatieve excursies — welke wijzigingen volgens P. ‘ingrijpende financiële consequenties’ voor de reisleiders zouden hebben — debet is geweest aan de actie van SRC. Wat er van dit laatste ook zij, met de kantonrechter is het hof van oordeel dat administratieve redenen zoals aangevoerd door SRC van onvoldoende gewicht zijn om te kunnen rechtvaardigen dat P. niet werd opgeroepen, terwijl dit wel gebruikelijk was in de jarenlange verhouding tussen partijen. SRC heeft één en andermaal gesteld dat P. haar reisverslagen en dergelijke ‘nooit’ op tijd aanleverde, maar SRC heeft niet gesteld dat P. niet aan haar administratieve verplichtingen voldeed. Integendeel, SRC maakt juist melding van uitgebreide epistels van de hand van P., waarvan verschillende als productie in het geding zijn gebracht. Voor het hof heeft SRC daarom niet inzichtelijk gemaakt waarom het niet tijdig inleveren van de

reisverslagen en dergelijke in 2005 plotseling een breekpunt was, terwijl SRC wist dat P. op dit vlak weliswaar niet punctueel was, maar uiteindelijk wel alle benodigde gegevens aanleverde. Bovendien heeft SRC P. niet gewaarschuwd dat haar administratieve traagheid niet langer werd geaccepteerd. Eerst bij brief van 6 september 2005 maakt SRC klip en klaar duidelijk waar volgens haar de schoen wringt. Onder deze omstandigheden is het hof met de kantonrechter van oordeel dat SRC het loon over oktober 2005 ten onrechte aan P. heeft onthouden.

- 9 Vervolgens is de vraag aan de orde of SRC, zoals zij stelt, niet gehouden was P. na de reis rond kerst 2005 opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden voor het reisseizoen 2006. Als reden heeft SRC aangegeven dat P. niet goed zou functioneren. In de brief van 2 maart 2006 is namens SRC aangegeven dat op 3 november 2005 een pittig gesprek is gevoerd, waarin onder meer een aantal verbeterpunten voor P. aan de orde is geweest, en dat SRC voldoende basis zag voor een verdere samenwerking. Naar aanleiding echter van klachten die zijn ontvangen over de reis rond kerst 2005, concludeerde SRC dat de kennis van P. 'van Italië en haar kunstschaten onverminderd bijzonder groot is', maar dat haar 'communicatieve en sociale inbreng' niet meer aansluit bij hetgeen SRC verwacht. "In reacties van gasten in de afgelopen jaren komen wij steeds min of meer dezelfde kritische opmerkingen of klachten hierover tegen. Helaas heeft het gesprek dat wij hierover in november met elkaar hebben gehad geen verbetering of verandering gebracht", aldus nog steeds SRC in de brief van 2 maart 2006. Het hof overweegt als volgt. P. heeft bijna zeventien jaar (met één of twee korte onderbrekingen) voor SRC gewerkt. Toen P. bij SRC begon, werkte zij nog voor een onkostenvergoeding. Later is de verhouding tussen partijen geëvolueerd naar één waarbij met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (met uitgestelde prestatieplicht) werd gewerkt. Laatstbedoelde contracten hebben elkaar vanaf 1997 in een min of meer vast patroon opgevolgd, waarbij steeds een overeenkomst gold voor de zomerperiode. In de winterperiodes was P. ook beschikbaar voor trainingen. In de winters van 2004/2005 en 2005/2006 zijn de contracten voor de zomerperiodes aangevuld met kortlopende contracten rond de decembermaand. P. was voor haar inkomen afhankelijk van SRC en SRC wist dit. Haar inzet en inhoudelijke vaardigheden zijn door SRC meermaals geroemd. SRC had na het gesprek op 3 november 2005, dat plaatsvond naar aanleiding van het niet inroosteren van P. voor een reis in oktober 2005 wegens administratieve redenen, weer vertrouwen in een verdere vruchtbare samenwerking met P. SRC heeft P. er niet voor gewaarschuwd dat SRC indien zij naar aanleiding van de reis rond kerst 2005 klachten van reizigers zou ontvangen, de samenwerking alsnog zou beëindigen. Gesteld noch gebleken is dat er in 2006 geen werk voorhanden was voor P. Eerst kort voor de aanvang van het zomerseizoen in april 2006 heeft SRC aan P. laten weten dat en waarom zij niet opnieuw een arbeidsovereenkomst kreeg aangeboden. Gelet op alle omstandigheden van dit geval, zoals hiervoor omschreven, heeft SRC — wat er ook zij van de wijze van opereren van P., die zich tegen de klachten naar aanleiding van de reis rond kerst 2005 uitgebreid heeft verweerd — aan P. voor 2006 ten onrechte niet opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van het zomerseizoen aangeboden. Gesteld noch gebleken is dat P. dat aanbod niet zou hebben aanvaard. Het hof deelt dan ook het oordeel van de kantonrechter dat P. terecht aanspraak maakt op de schade die zij dientengevolge heeft geleden.
- 10 Uit het voorgaande volgt niet dat SRC ook gehouden was om in 2007 en de jaren daarna een



arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met uitgestelde prestatieplicht) aan P. aan te bieden. Vanaf de ontvangst van de brief van 2 maart 2006 was het P. immers duidelijk dat haar manier van optreden jegens reizigers én jegens SRC (door de kantonrechter niet onbegrijpelijk als eigengereid omschreven) het risico met zich bracht dat SRC niet langer met haar in zee zou willen, zodat zij zich daarop geruime tijd — anders dan in maart 2006 — kon instellen en eventueel — ingeval zij niet in staat of bereid zou zijn aan de wensen en verlangens van SRC tegemoet te komen — op zoek kon gaan naar alternatieve bronnen van inkomsten. Niettemin heeft SRC haar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden voor 2007, welk aanbod door P. echter niet is aanvaard. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat deze beslissing voor rekening en risico van P. moet worden gelaten, zodat P. — gelijk ook de kantonrechter oordeelde — geen recht heeft op schadevergoeding over de jaren 2007 en verder.

- 11 Op grond van vorenstaande overwegingen falen de grieven I, II, III, IV, VI, VIII en IX in het principaal appel en de grieven 1 en 2 in het incidenteel appel. Aangezien voor 2007 geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, heeft P. geen belang bij bespreking van grief VII in het principaal appel, zodat deze grief eveneens ten onrechte is voorgesteld.

### Met betrekking tot de schadevergoeding over 2006

- 12 Bij repliek heeft P. uiteengezet dat zij bij haar vordering over 2006 is uitgegaan van de gewerkte dagen in 2004. Uitgaande van 136 gewerkte dagen in negen maanden, neemt P. 120,88 uren per maand tot uitgangspunt en vermenigvuldigt dat met het uurloon van € 13,24 (bruto). SRC heeft ermee ingestemd dat 2004 tot uitgangspunt wordt genomen. In haar conclusie na enquête stelt SRC echter dat P. 112 dagen heeft gewerkt in 2004. De kantonrechter is aan dit verweer van SRC voorbijgegaan, omdat hij het tardief oordeelde. Naar 's hofs oordeel heeft SRC haar verweer tegen de stelling van P., inhoudende dat zij 136 dagen heeft gewerkt, onvoldoende onderbouwd. Het had op de weg van SRC gelegen een overzicht in het geding te brengen waarop precies is aangegeven welke dagen P. in 2004 gewerkt heeft. Een dergelijk overzicht ontbreekt echter. Het hof gaat daarom, met P., uit van 136 gewerkte dagen. Verdere onjuistheden in de berekening van P. zijn gesteld noch gebleken, zodat de kantonrechter over 2006 terecht het netto equivalent van een bedrag van totaal € 15.557,53 bruto (136 x 8 x € 13,24 bruto) aan schadevergoeding heeft toegekend. Grief 4 in het incidenteel appel faalt derhalve.
- 13 Volgens P. zijn vakantiedagen net als vakantietoelage een recht van de werknemer dat niet kan worden beperkt. Dit heeft de kantonrechter volgens haar miskend toen hij een vergoeding voor niet genoten vakantiedagen afwees. Het hof deelt deze opvatting niet. De schadevergoeding over 2006 beoogt P. in de situatie te brengen waarin zij had verkeerd indien SRC haar wél een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met uitgestelde prestatieplicht) had aangeboden. Op grond van die arbeidsovereenkomst bouwde P. alleen vakantiedagen op indien zij werkte. Nu zij in 2006 niet heeft gewerkt, is er dan ook geen aanleiding om haar schadeloos te stellen voor niet genoten vakantiedagen. Grief V in het principaal appel faalt daarom.
- 14 SRC heeft aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte de wettelijke verhoging heeft toegekend over de schadevergoeding die betrekking heeft op 2006, door analoge toepassing van art. 7:625 BW. Dit betoog slaagt, aangezien de wettelijke regeling bedoeld is als een prikkel voor de werkgever om tot tijdige loonbetaling over te gaan. In dit geval, waarin voor 2006 niet

aan de orde is hoeveel loon betaald moet worden, maar de vraag centraal staat óf (en zo ja: hoeveel) schadevergoeding ter derving van loonverlies moet worden toegekend, mist het bepaalde in art. 7:625 BW toepassing. Grief 3 in het incidenteel appel is daarom terecht voorgesteld en de vordering van P. zal in zoverre alsnog worden afgewezen.

## Met betrekking tot de immateriële schadevergoeding

**15** P. vordert vergoeding van immateriële schade. Aan deze vordering legt zij ten grondslag dat zij door de handelwijze van SRC (op andere wijze) in haar persoon is aangetast als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW doordat haar ernstig lichamelijk en geestelijk leed is berokkend. Degene die zich beroept op psychische beschadigingen van zodanige aard dat een aantasting van de persoon aanwezig is, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische stoornis is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen worden vastgesteld. Een meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen, is daartoe niet voldoende. Tegen deze achtergrond heeft P. haar vordering onvoldoende onderbouwd. P. heeft aangegeven dat zij gegriefd is door de abrupte beëindiging van de langdurige arbeidsrelatie en de uitlatingen door SRC (en de door haar voorgebrachte getuigen) in de gerechtelijke procedures gedaan. Dat P. zich door het één en ander gekwetst voelt en dat dit bij haar tot psychisch onbehagen heeft geleid, wil het hof wel aannemen. Daarmee is het bestaan van geestelijk letsel echter nog niet aangetoond. Gesteld noch gebleken is dat P. zich onder behandeling van een psychiater of psycholoog heeft gesteld en dat bij haar een psychiatrisch ziektebeeld is vastgesteld. De verklaring van 30 maart 2008 van de huisarts van P., waarin wordt gesproken van hoge bloeddruk, concentratiestoornissen, geheugen- en slaapproblemen, biedt ook onvoldoende aanknopingspunten voor het bestaan van geestelijk letsel in de hiervoor omschreven zin. De kantonrechter heeft deze vordering dan ook op goede gronden afgewezen, zodat grief X in het principaal appel faalt.

## Met betrekking tot de onkosten en de buitengerechtelijke incassokosten

**16** In hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd over de door P. gevorderde onkosten (€ 298) en buitengerechtelijke incassokosten (€ 9.101,36) ziet het hof in essentie geen andere argumenten dan reeds in eerste aanleg zijn uitgewisseld. Het hof kan zich geheel verenigen met de motivering van de kantonrechter ten aanzien van deze onderdelen en neemt zijn oordelen terzake over. De grieven XI en XII in het principaal appel zijn dan ook vruchteloos voorgesteld.

## Slotsom

**17** Grief 3 in het incidenteel appel slaagt. Alle overige grieven, zowel in principaal als in incidenteel appel, zijn tevergeefs voorgedragen. Het tussenvonnissen van 29 augustus 2007 zal worden bekrachtigd. Het eindvonnis van 5 november 2008 zal gedeeltelijk worden vernietigd en de vordering van P. tot toewijzing van wettelijke verhoging over de toegekende schadevergoeding die betrekking heeft op 2006, zal alsnog worden afgewezen inclusief de over die verhoging gevorderde wettelijke rente. Voor toewijzing van de door P. gevorderde dwangsom biedt de wet geen grondslag, aangezien de in eerste aanleg uitgesproken en in hoger beroep te bekrachtigen veroordelingen beperkt zijn tot geldbedragen. Aangezien partijen zowel in principaal als in incidenteel appel als geheel dan wel grotendeels in het ongelijk te stellen zijn te

beschouwen, zal het hof — mede gelet op de samenhang tussen het principaal en het incidenteel appel — de proceskosten op na te melden wijze compenseren.

## Cassatiemiddel:

schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Hof in zijn te dezen bestreden arrest op de daarin vermelde gronden heeft recht gedaan als in het dictum van dat arrest is aangegeven, zulks om de navolgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beschouwen redenen.

### Inleiding; feiten

1. In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende, door het Hof in de *rov.'en 1.2 tot en met 1.9* van het bestreden arrest vastgestelde feiten.
2. SRC organiseert culturele reizen, voornamelijk in de zomermaanden. Tijdens deze reizen worden klanten van SRC vergezeld door reisleiders. Aanvankelijk ontvingen reisleiders hiervoor een onkostenvergoeding, later werkte SRC met oproepovereenkomsten. Sedert 1999 biedt SRC haar reisleiders arbeidsovereenkomsten (met uitgestelde prestatieplicht) voor bepaalde tijd aan voor de duur van het reisseizoen dat (voor de door SRC georganiseerde reizen) loopt van april tot november.
3. P. heeft sinds 1 juli 1989 (met een enkele onderbreking van één of twee seizoenen) veelvuldig werkzaamheden als reisleidster verricht voor SRC.
4. Op 15 maart 2005 heeft SRC aan P. een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden voor het tijdvak van 23 april 2005 tot 1 november 2005 tegen een salaris van € 13,24 bruto per uur.
5. Bij brief van 7 april 2005 heeft SRC haar reisleiders, onder wie P., geïnformeerd over een wijziging van de regeling rond facultatieve excursies. Eén van de wijzigingen hield in dat de reisleider voortaan € 1,50 (netto) per deelnemer per excursie ontving. Voorheen werden de opbrengsten van facultatieve excursies verdeeld tussen SRC, de desbetreffende reisleiders en de buschauffeur volgens een op voorhand door SRC vastgestelde verdeelsleutel (laatstelijk: ieder 1/3e deel). Tegen deze wijziging heeft P. zich, mede namens een aantal van haar collega's, in woord en geschrift verzet.
6. Voor de maand oktober 2005 heeft SRC P. vervolgens niet ingeroosterd voor een reis. Desgevraagd heeft SRC aan P. te kennen gegeven dat de reden hiervoor zou zijn dat P. niet aan haar administratieve verplichtingen had voldaan. Aan het verzoek van de gemachtigde van P. om haar alsnog op te roepen en haar salaris te voldoen, heeft SRC geen gevolg gegeven. Na een bespreking op 3 november 2005 heeft P. voor SRC in december 2005 een 11-daagse reis naar Italië begeleid.
7. Bij brief d.d. 2 maart 2006 heeft SRC aan P. laten weten dat aan haar geen nieuwe arbeidsovereenkomst zou worden aangeboden omdat SRC klachten had ontvangen over het optreden van P. als reisleidster.
8. Bij vonnis van 14 maart 2007 heeft de Rechtbank Groningen, sector kanton, locatie Groningen ('*de Kantonrechter*') SRC bij wege van voorlopige voorziening veroordeeld (samengevat) om P. een voorschot te betalen op het salaris over de maand oktober 2005 (€ 1.325,84 bruto) en het tijdvak van april tot november 2006 (€ 9.280,86 bruto).
9. Bij brief d.d. 6 april 2007 heeft SRC, ingegeven door het op 14 maart 2007 gewezen vonnis,

aan P. een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden voor het reisseizoen 2007. Bij brief d.d. 24 april 2007 heeft P. laten weten dat zij 'op dringend doktersadvies' niet op het aanbod kon ingaan.

10. Afgezien van bovenstaande feiten, die door het Hof zijn vastgesteld, moet er in cassatie bij wege van hypothetische feitelijke grondslag vanuit worden gegaan dat de hiervoor onder 9. bedoelde medische verhindering van P. om de in 2007 aangeboden werkzaamheden te verrichten, was veroorzaakt door het tussen haar en SRC gerezen arbeidsconflict. P. heeft zulks in deze procedure bij herhaling gesteld. Zie laatstelijk de pleitnotitie van Mr Van Waterschoot in appel onder 16, waar wordt opgemerkt dat het arbeidsconflict ernstige schade aan haar gezondheid heeft veroorzaakt. Zie in gelijke zin de conclusie na enquête tevens vermeerdering van eis d.d. 2 april 2008 in prima onder 64 en 65 waar, onder overlegging van een doktersverklaring, eveneens is gesteld dat het conflict met SRC ernstige schade aan de gezondheid van P. heeft opgeleverd. Zie eveneens conclusie van repliek, tevens wijziging van eis in prima d.d. 2 mei 2007 onder 24, waar is verwezen naar een andere, als productie 29 bij die conclusie overgelegde, doktersverklaring, die eveneens bevestigt dat het arbeidsconflict zijn 'weerslag' heeft gehad op de lichamelijke gezondheid van P. en tot een ernstig verhoogde bloeddruk heeft geleid met een duidelijk verhoogd risico op een TIA of CVA, waardoor het nemen van rust een eerste vereiste en absoluut noodzakelijk was. Nu het Hof de juistheid van de stelling van P. dat de gezondheidsklachten die haar verhinderden om de in 2007 aangeboden arbeidsovereenkomst te aanvaarden werden veroorzaakt door het met SRC gerezen arbeidsconflict in het midden heeft gelaten, moet van de juistheid daarvan in cassatie worden uitgegaan.
11. P. vordert in deze procedure, na wijziging(en) van eis, kort samengevat en voor zover in cassatie (nog) van belang, het navolgende:
  - A. Een verklaring voor recht dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat tussen haar en SRC;
  - B. SRC te veroordelen om over te gaan tot betaling van achterstallig salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag over de maand oktober 2005 en over het reisseizoen 2006, in totaal ad € 18.874,94 bruto, te vermeerderen met een vergoeding voor opgebouwde vakantiedagen, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding;
  - C. Primair om SRC te veroordelen om P. een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht ('mup') voor onbepaalde tijd aan te bieden onder de voor P. gebruikelijke condities.  
Subsidiair om SRC te veroordelen om P. een nieuwe oproepovereenkomst mup voor bepaalde tijd aan te bieden met de garantie dat steeds voor elk nieuw reisseizoen een nieuwe arbeidsovereenkomst mup voor bepaalde tijd wordt aangeboden, eveneens onder de voor P. gebruikelijke condities.
  - D. Primair om SRC te veroordelen om tot betaling aan P. over te gaan van het salaris conform de toepasselijke cao voor de Reisbranche, over het reisseizoen 2007, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, met een vergoeding voor opgebouwde vakantiedagen, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente; en doorbetaling van het salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag totdat de arbeidsrelatie op rechtsgeldige wijze is beëindigd;

Subsidiair om SRC te veroordelen om tot betaling aan P. over te gaan van een schadevergoeding gelijk aan de primaire vordering inzake het salaris en verhogingen over het reisseizoen 2007 totdat de arbeidsrelatie op rechtsgeldige wijze is geëindigd;

- E. SRC te veroordelen om tot betaling aan P. over te gaan van een immateriële schadevergoeding van € 15.000, dan wel een in redelijkheid te bepalen bedrag.
12. In zijn eindvonnis van 5 november 2008 heeft de Kantonrechter de vordering van P. tot betaling van salaris en vakantiegeld over de maand oktober 2005, te vermeerderen met wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW, toegewezen. Tevens heeft de Kantonrechter, daartoe oordelend dat SRC P. in 2006 zonder goede grond niet heeft opgeroepen, een schadevergoeding aan P. toegekend ter hoogte van het netto equivalent van € 15.557,53 bruto — zijnde, kort gezegd, het door P. gemiste loon over die oproep — vermeerderd met 25% wettelijke verhoging. Voor het overige zijn de vorderingen van P. (grotendeels) afgewezen.
13. In zijn in deze cassatieprocedure bestreden arrest heeft het Hof het eindvonnis van de Kantonrechter grotendeels bekrachtigd, met uitzondering van de veroordeling tot betaling van 25% wettelijke verhoging over het netto equivalent van het bedrag van € 15.557, 53 bruto.
14. De onder 13. weergegeven uitkomst waartoe het Hof is gekomen, is om de hierna weer te geven redenen als rechtens onjuist, dan wel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, aan te merken.

## Onderdeel 1

15. In *rov. 7* heeft het Hof op de navolgende gronden beslist dat tussen P. en SRC geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen:
- “7. Op grond van de tijdvakken gedurende welke tussen partijen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten, waarvan een overzicht zich bij de gedingstukken bevindt, is het hof van oordeel dat geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van kracht is (geworden). De reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is immers onder meer tussen 31 oktober 2003 en 11 mei 2004 en tussen 16 januari 2005 en 23 april 2005 onderbroken met een periode van meer dan drie maanden. Hierdoor is niet een situatie ontstaan als bedoeld in art. 7:668a lid 1 sub a of b BW.
- Anders dan (de toelichting op) grief I in het principaal appel ingang wil doen vinden, verandert de omstandigheid dat P. nog rond kerst 2005 voor SRC een reis naar Italië heeft begeleid, hier niets aan. Laatstbedoelde reis valt immers in de contractperiode van 23 december 2005 tot 2 januari 2006, welke in vorenbedoeld overzicht is opgenomen. Van misbruik van de mogelijkheden die art. 7:668a BW de werkgever biedt, is het hof niet gebleken. SRC heeft met cijfermateriaal genoegzaam aangetoond dat in de winterperiode (november tot en met maart) slechts weinig reizen worden georganiseerd (gemiddeld circa 10% van het totaal). Aanvang en einde van de door SRC doorgaans aangeboden arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (april t/m oktober) zijn daarom — anders dan P. kennelijk meent — objectief te rechtvaardigen. De laatste arbeidsovereenkomst tussen SRC en P. is dan ook — anders dan P. betoogt — van rechtswege geëindigd op 2 januari 2006.”
16. De onder 15. weergegeven beslissing in *rov. 7* laat zich slechts aldus lezen dat het Hof tot de beslissing is gekomen dat tussen P. en SRC geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen omdat (i) niet is voldaan aan de vereisten van art. 7:668a lid 1 BW, terwijl (ii) bovendien niet is gebleken van *misbruik* van de mogelijkheden die die bepaling biedt.

Zulks omdat in casu een objectieve rechtvaardiging zou bestaan voor het hanteren van steeds maar weer opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Aldus is het Hof uitgegaan van een onjuiste, want te beperkte, rechtsopvatting en wel door klaarblijkelijk aan te nemen dat in een geval waarin niet aan de door art. 7:668a BW gestelde voorwaarden voor het ontstaan van rechtswege van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is voldaan, nog slechts een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand kan komen door opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, indien door misbruik niet is voldaan aan de vereisten van art. 7:668a BW. Die rechtsopvatting is evenwel onjuist omdat voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in een geval waarin een groot aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar heeft opgevolgd — zij het dat niet voldaan is aan de vereisten van art. 7:668a BW — ook ruimte kan bestaan onder andere bijzondere omstandigheden die niet als misbruik van de wettelijke regeling van art. 7:668a BW zijn te duiden, maar die er wel toe leiden dat geoordeeld moet worden dat de gemaakte afspraak om slechts een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan op grond van de derogerende werking van de norm van goed werkgeverschap als verankerd in art. 7:611 BW, moet wijken voor de constatering dat (inmiddels) sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Vide [Kamerstukken I, 2001/02, 27 661, nr. 322b](#), p. 3.

17. Indien het Hof niet op de hiervoor onder 16. weergegeven gronden is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, is zijn oordeel als vervat in *rov. 7* in elk geval onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof niet heeft gerespondeerd op de argumenten die tijdens P. naar voren zijn gebracht ter onderbouwing van haar betoog dat het in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat in haar geval geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, te weten
- dat zij al 17 jaar werkzaam is voor SRC als reisleidster; zie inleidende dagvaarding onder 24 en 25.
  - dat zij in die periode steeds goed heeft gefunctioneerd; zie inleidende dagvaarding onder 24 en 25.
  - dat het in strijd zou zijn met de bedoeling van richtlijn 1999/70/EG indien in de omstandigheden van het geval niet op grond van art. 7:611 BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangenomen; pleitnota Mr Meinhardt in prima d.d. 24 januari 2007, onder 7, 9 en 11.

Zie voor deze argumenten voorts de memorie van grieven onder 21, 22, 24.

Voor zover, overigens, het oordeel van het Hof zo moet worden begrepen dat het Hof niet op deze drie stellingen is ingegaan omdat deze naar het oordeel van het Hof per definitie niet zouden kunnen bijdragen aan het oordeel dat gelet op het bepaalde in art. 7:611 BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet worden aangenomen, ook al is niet voldaan aan de eisen die art. 7:668a BW daarvoor stelt, getuigt het oordeel van het Hof van een onjuiste rechtsopvatting. Zulks omdat die feiten en omstandigheden, indien juist, wel degelijk (mede) redengevend kunnen zijn voor dat oordeel.

## Onderdeel 2

18. In *rov. 8* is het Hof ingegaan op de vraag of SRC P. in de maand oktober 2005 terecht niet heeft opgeroepen voor de begeleiding van een reis, terwijl op dat moment een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (van 23 april 2005 tot 1 november 2005) tussen

partijen gold en het in de voorgaande jaren steeds gebruikelijk was dat P. in oktober werd opgeroepen voor een reis. Het Hof heeft die vraag terecht ontkennend beantwoord en in het voordeel van P. beslist dat SRC haar zonder valide redenen niet heeft opgeroepen. Tegen deze beslissing van het Hof is dit cassatieberoep niet gericht.

19. In *rov. 9* is het Hof vervolgens ingegaan op de vraag of SRC na een kerstreis in december 2005 gehouden was een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden voor het reisseizoen 2006. Het Hof heeft die vraag, anders dan door SRC bepleit, in het voordeel van P. bevestigend beantwoord en wederom, kort gezegd, geoordeeld dat er geen valide redenen waren om P. in 2005 geen nieuw contract aan te bieden. Het Hof overwoog in dit verband in *rov. 9* als volgt:

“9. Vervolgens is de vraag aan de orde of SRC, zoals zij stelt, niet gehouden was P. na de reis rond kerst 2005 opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden voor het reisseizoen 2006. Als reden heeft SRC aangegeven dat P. niet goed zou functioneren. In de brief van 2 maart 2006 is namens SRC aangegeven dat op 3 november 2005 een pittig gesprek is gevoerd, waarin onder meer een aantal verbeterpunten voor P. aan de orde is geweest, en dat SRC voldoende basis zag voor een verdere samenwerking. Naar aanleiding echter van klachten die zijn ontvangen over de reis rond kerst 2005, concludeerde SRC dat de kennis van P. ‘van Italië en haar kunstschaten onverminderd bijzonder groot is’, maar dat haar ‘communicatieve en sociale inbreng’ niet meer aansluit bij hetgeen SRC verwacht. ‘In reacties van gasten in de afgelopen jaren komen wij steeds min of meer dezelfde kritische opmerkingen of klachten hierover tegen. Helaas heeft het gesprek dat wij hierover in november met elkaar hebben gehad geen verbetering of verandering gebracht’, aldus nog steeds SRC in de brief van 2 maart 2006. Het hof overweegt als volgt. P. heeft bijna zeventien jaar (met één of twee korte onderbrekingen) voor SRC gewerkt. Toen P. bij SRC begon, werkte zij nog voor een onkostenvergoeding. Later is de verhouding tussen partijen geëvolueerd naar één waarbij met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (met uitgestelde prestatieplicht) werd gewerkt.

Laatstbedoelde contracten hebben elkaar vanaf 1997 in een min of meer vast patroon opgevolgd, waarbij steeds een overeenkomst gold voor de zomerperiode. In de winterperiodes was P. ook beschikbaar voor trainingen. In de winters van 2004/2005 en 2005/2006 zijn de contracten voor de zomerperiodes aangevuld met kortlopende contracten rond de decembermaand.

P. was voor haar inkomen afhankelijk van SRC en SRC wist dit. Haar inzet en inhoudelijke vaardigheden zijn door SRC meermaals geroemd. SRC had na het gesprek op 3 november 2005, dat plaatsvond naar aanleiding van het niet inroosteren van P. voor een reis in oktober 2005 wegens administratieve redenen, weer vertrouwen in een verdere vruchtbare samenwerking met P. SRC heeft P. er niet voor gewaarschuwd dat SRC indien zij naar aanleiding van de reis rond kerst 2005 klachten van reizigers zou ontvangen, de samenwerking alsnog zou beëindigen. Gesteld noch gebleken is dat er in 2006 geen werk voorhanden was voor P. Eerst kort voor de aanvang van het zomerseizoen in april 2006 heeft SRC aan P. laten weten dat en waarom zij niet opnieuw een arbeidsovereenkomst kreeg aangeboden. Gelet op alle omstandigheden van dit geval, zoals hiervoor omschreven, heeft SRC — wat er ook zij van de wijze van

opereren van P., die zich tegen de klachten naar aanleiding van de reis rond kerst 2005 uitgebreid heeft verweerd — aan P. voor 2006 ten onrechte niet opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van het zomerseizoen aangeboden. Gesteld noch gebleken is dat P. dat aanbod niet zou hebben aanvaard. Het hof deelt dan ook het oordeel van de kantonrechter dat P. terecht aanspraak maakt op de schade die zij dientengevolge heeft geleden.”

20. Ook tegen deze *rov. 9* is dit cassatieberoep niet gericht. Dit cassatieberoep richt zich daarentegen *wel* tegen de wijze waarop het Hof vervolgens, in *rov. 10*, heeft beslist met betrekking tot de vraag of SRC ook gehouden was om P. in 2007 en in de jaren daarna een arbeidsovereenkomst aan te bieden en — in samenhang daarmee — of P. over die jaren een aanspraak op schadevergoeding heeft. Die beslissing luidt als volgt:
- “10. Uit het voorgaande volgt niet dat SRC ook gehouden was om in 2007 en de jaren daarna een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met uitgestelde prestatieplicht) aan P. aan te bieden. Vanaf de ontvangst van de brief van 2 maart 2006 was het P. immers duidelijk dat haar manier van optreden jegens reizigers én jegens SRC (door de kantonrechter niet onbegrijpelijk als eigengereid omschreven) het risico met zich bracht dat SRC niet langer met haar in zee zou willen, zodat zij zich daarop geruime tijd — anders dan in maart 2006 — kon instellen en eventueel — ingeval zij niet in staat of bereid zou zijn aan de wensen en verlangens van SRC tegemoet te komen — op zoek kon gaan naar alternatieve bronnen van inkomsten. Niettemin heeft SRC haar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden voor 2007, welk aanbod door P. echter niet is aanvaard. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat deze beslissing voor rekening en risico van P. moet worden gelaten, zodat P. — gelijk ook de kantonrechter oordeelde — geen recht heeft op schadevergoeding over de jaren 2007 en verder.”
21. De onder 20. geciteerde beslissing van het Hof in *rov. 10* is rechtens onjuist, althans onvoldoende en/of onbegrijpelijk gemotiveerd, in het licht van de klachten als vervat in de navolgende drie subonderdelen.
- (i) 22. In de eerste plaats is de beslissing van het Hof als vervat in de laatste volzin van *rov. 10* dat de beslissing van P. om het haar door SRC gedane aanbod om voor (het zomerseizoen van) 2007 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan, af te wijzen, voor haar rekening en risico moet blijven, onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het Hof licht immers niet toe *waarom* die beslissing voor rekening en risico van P. heeft moeten blijven. Dat die beslissing bij gebreke van die motivering onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is, geldt des te sterker, wanneer in ogenschouw wordt genomen dat er in cassatie, naar hiervoor onder 10. is weergegeven, — (deels:) bij wijze van hypothetische feitelijke grondslag — vanuit moet worden gegaan (a.) dat die weigering van P. slechts was terug te voeren op haar gezondheidstoestand en (b.) dat die medische verhindering wederom was terug te voeren op/was veroorzaakt door de wijze waarop zij voordien door SRC was bejegend. In het licht van die met (a.) en (b.) weergegeven feiten en omstandigheden — waarvan in cassatie moet worden uitgegaan — is zonder nadere motivering, die hier ontbreekt, niet navolgbaar waarom het in de risicosfeer van P. zou vallen dat zij in 2007 de keuze heeft gemaakt om niet in te gaan op de oproep zijdens SRC. Dat alles geldt des te



sterker nu het Hof in *rov. 9* heeft beslist dat P. in 2006 ten onrechte niet is opgeroepen door SRC, waarin besloten ligt dat het arbeidsconflict dat tussen partijen is ontstaan — en ten gevolge waarvan P. ziek is geworden — aan SRC te wijten is.

- (ii) 23. Voor zover de beslissing van het Hof in *rov. 10* aldus moet worden begrepen dat SRC niet gehouden was om P. in 2007 een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden, getuigt die beslissing van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is deze onvoldoende gemotiveerd, in het licht van het navolgende. Het Hof heeft die beslissing, als men *rov. 10* beziet, ten gronde slechts gebaseerd op de overweging dat het P. vanaf de ontvangst van de brief van SRC d.d. 2 maart 2006 duidelijk was dat haar manier van optreden jegens reizigers en SRC het risico met zich bracht dat SRC niet meer met haar zou willen werken en dat zij, indien zij niet in staat of bereid zou zijn om aan de wensen en verlangens van SRC tegemoet te komen, op zoek kon gaan naar alternatieve bronnen van inkomsten. Aldus heeft het Hof ten gronde geoordeeld dat het *enkele feit* dat SRC aan P. in maart 2006 heeft kenbaar gemaakt dat zij (mogelijk) niet meer met haar wilde werken, *ongeacht* of daarvoor in werkelijkheid/materieel gezien redelijke gronden waren, en *ongeacht* of van P. in redelijkheid verwacht kon worden om bereid en in staat te zijn om aan de wensen van SRC tegemoet te komen, aan SRC het recht gaf om P. een jaar later niet meer op te roepen.
24. Aldus heeft het Hof miskend, dat een oproepwerkgever bij een zodanig vaste en langdurige oproeprelatie als waarvan in deze zaak in cassatie moet worden uitgegaan, gelet op het bepaalde in art. 7:611 BW, (gelezen in samenhang met) art. 30 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en art. 24 ESH, een daadwerkelijk redelijke grond moet hebben om een werknemer aan te geven dat hij die werknemer (mogelijk) niet meer zal oproepen, waarmee de arbeidsrelatie tot een einde zal komen. Dat betekent, in het verlengde daarvan, dat ook de rechter in het geval van zo een langdurige en vaste oproeprelatie slechts tot het oordeel zal kunnen komen dat een oproepwerkgever niet tot een nieuwe oproep gehouden was, wanneer door de rechter is vastgesteld dat voor het niet meer oproepen een redelijke grond bestond, althans minst genomen dat de werkgever in redelijkheid kon menen daarvoor een redelijke grond te hebben. Anders gezegd: het Hof heeft klaarblijkelijk miskend, dat bij een zodanig vaste en langdurige oproeprelatie als waarvan in deze zaak uitgegaan moet worden het enkele feit dat een werkgever tijdig aanzegt dat hij een werknemer mogelijk niet meer wil oproepen, in zichzelf niet voldoende is om het oordeel te dragen dat de oproepwerkgever niet heeft gehandeld in strijd met zijn verplichtingen onder art. 7:611 BW, door de werknemer niet langer op te roepen.
- (iii) 25. De beslissing van het Hof in *rov. 10* dat SRC niet gehouden was P. in 2007 en daarna nog op te roepen is voorts onbegrijpelijk. Als gezegd berust die beslissing op de overweging als vervat in de tweede volzin van *rov. 10* dat het P. 'vanaf de ontvangst van de brief van 2 maart 2006 (...) duidelijk (was, toevoeging SFS) dat haar manier van optreden jegens reizigers én jegens SRC (door de kantonrechter niet onbegrijpelijk als eigengereid omschreven) het risico met zich bracht dat SRC niet langer met haar in zee zou willen, zodat zij zich daarop geruime tijd — anders dan in maart 2006 — kon instellen en eventueel — ingeval zij niet in staat of bereid zou zijn aan de wensen en

verlangens van SRC tegemoet te komen — op zoek kon gaan naar alternatieve bronnen van inkomsten.’ Die beslissing is in die zin onbegrijpelijk dat het Hof daarmee een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de brief d.d. 2 maart 2006. Blijkens *rov. 10* heeft het Hof die brief klaarblijkelijk aldus uitgelegd dat SRC P. in die brief slechts een aankondiging heeft gedaan dat zij haar *modus operandi* diende aan te passen aan de wensen van SRC, en dat P. niet meer zou worden opgeroepen als zij niet aan de wensen en verlangens van SRC tegemoet zou willen of kunnen komen. Die uitleg is onbegrijpelijk in het licht van de desbetreffende brief — productie 15 bij inleidende dagvaarding — die zich slechts aldus laat duiden dat SRC de samenwerking met die brief onvoorwaardelijk beëindigde (en derhalve: zonder P. de mogelijkheid te bieden om haar gedrag aan te passen aan de wensen en verlangens van SRC). Die brief vermeldt immers reeds in de eerste regel: ‘Helaas moet ik je door middel van deze brief laten weten dat SRC-Cultuurvakanties je niet meer zal oproepen als reisleader voor onze organisatie’, waarna die beslissing in het vervolg slechts wordt toegelicht zonder enige opening te laten voor voortzetting van de samenwerking en waarna wordt afgesloten met het wensen van ‘veel geluk met je verdere loopbaan.’

26. In het verlonge van de motiveringsklacht als vervat onder 25. geldt dat nu de beslissing van het Hof in *rov. 10* dat SRC in 2007 niet langer gehouden was om P. op te roepen, is gebaseerd op de vaststelling dat P. voldoende tijd heeft gehad om *wanneer zij zich niet wilde aanpassen aan de wensen van SRC*, emplooi elders te vinden, is die beslissing ook onbegrijpelijk is en wel omdat niet valt in te zien dat P. met de brief d.d. 2 maart 2006 überhaupt de mogelijkheid heeft gekregen om zich voorafgaand aan het seizoen van 2007 aan te passen aan die wensen.

### Onderdeel 3

27. De beslissing van het Hof in *rov. 11* dat de grieven I, II, III, IV, VI, VIII en IX in het principaal appel falen, alsmede dat geen belang bestaat bij grief VII, bouwt voort op de door de *onderdelen 1 en 2* bestreden beslissingen en kan derhalve op de in die onderdelen weergegeven gronden evenmin stand houden.

### Onderdeel 4

28. In *rov. 13* is het Hof ingegaan op Grief V zijdens P. Met die grief kwam P. op tegen de beslissing van de Kantonrechter dat haar over 2006 geen schadevergoeding toekomt voor niet genoten (doorbetaalde) vakantiedagen over 2006. Het Hof heeft die grief verworpen. In dat verband heeft het Hof allereerst, met juistheid, beslist dat de schadevergoeding over 2006 beoogt P. in de situatie te brengen waarin zij had verkeerd indien SRC haar wél een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met uitgestelde prestatieplicht) had aangeboden. Daartegen wordt in cassatie niet opgekomen. Maar vervolgens heeft het Hof overwogen dat P. op grond van de arbeidsovereenkomst alleen vakantiedagen opbouwde indien zij werkte en nu zij in 2006 niet heeft gewerkt, is er volgens het Hof ‘dan ook’ geen aanleiding om haar schadeloos te stellen voor niet genoten vakantiedagen. Die beslissing van het Hof is onbegrijpelijk, nu het Hof juist heeft vastgesteld dat SRC schadeplichtig is wegens het niet in staat stellen van P. om in 2006 werkzaamheden te verrichten, zodat zonder nadere toelichting — die ontbreekt — niet valt in te zien waarom P. de schade bestaande in het niet opbouwen van vakantiedagen die zij tengevolge van het feit dat

haar de mogelijkheid van werken ten onrechte is onthouden, niet vergoed zou moeten krijgen. Dat die schadepost geen rechtstreeks gevolg is van de tekortkoming van SRC om P. niet toe te laten tot het werk in 2006, valt — anders gezegd — zonder nadere motivering niet in te zien.

## Onderdeel 5

29. In *rov. 15* is het Hof ingegaan op de vordering van P. tot vergoeding van immateriële schade. Bezieet men hetgeen zijdens P. is gesteld op het punt van deze vordering, dan blijkt dat zij het toebrengen van zowel psychisch letsel als *lichamelijk letsel* ten grondslag heeft gelegd aan haar vordering. Zie conclusie na enquête tevens vermeerdering van eis d.d. 2 april 2008 onder 65, waar onder verwijzing naar een medische verklaring is gesteld dat het conflict ‘ernstige schade aan de gezondheid van P. heeft opgeleverd’. Zie in dit verband ook de memorie van grieven onder 58 waar nogmaals, onder verwijzing naar twee ingebrachte verklaringen van de huisarts, in het kader van de vordering tot vergoeding van immateriële schade erop is gewezen dat sprake is van het berokkenen van geestelijk en *lichamelijk* leed aan P. in welk verband is geciteerd uit de verklaring van de arts dat het conflict met SRC heeft geleid tot een ernstig verhoogde bloeddruk op een niveau als nog nooit bij P. vertoond.
30. Blijkens de eerste volzin van *rov. 15* heeft het Hof ook onderkend dat P. zich ter onderbouwing van haar vordering ex art. 6:106 BW niet alleen op het toebrengen van geestelijk letsel, maar ook op het veroorzaken van lichamenlijk letsel heeft beroepen. Bezieet men echter het vervolg van *rov. 15*, dan blijkt dat het Hof daarin alleen maar is ingegaan op de vraag of sprake is van geestelijk letsel dat de toekenning van smartengeld rechtvaardigt. Op *dat* punt acht het Hof de vordering onvoldoende onderbouwd. Met dat alles is echter in het geheel niet gerespondeerd op het — zeker in het licht van de overgelegde medische verklaringen — voldoende onderbouwde betoog dat sprake is van lichamenlijk letsel (zoals het veroorzaken van ernstig verhoogde bloeddruk) dat aanspraak geeft op smartengeld. Aldus is het oordeel van het Hof op dit punt niet en daarmee onvoldoende gemotiveerd.

## Onderdeel 6

31. De *slotsom* van het Hof als vervat in *rov. 17*, inclusief de daarin vervatte beslissing inzake de compensatie van de proceskosten, bouwt voort op de door de *onderdelen 1 tot en met 5* bestreden beslissingen en kan derhalve op de in die onderdelen weergegeven gronden evenmin stand houden.

# Conclusie

---

## Conclusie A-G mr. J. Spier:

### 1. Inleiding

- 1.1.1 Mrs. Sagel en De Bruijn hebben bij brief van 19 november 2013 aan Uw Raad namens eiseres tot cassatie, P., verzocht het geding, voor zover niet reeds van rechtswege geschorst, te schorsen en een termijn te bepalen waarbinnen P. de curatoren in het geding kan roepen.

- 1.1.2 Ik versta het verzoek aldus dat *niet* van Uw Raad wordt gevraagd om een constatering of een oordeel dat het geschil met betrekking tot drie van de vorderingen, in de brief aangeduid als 2.2, 2.4 en 2.5,<sup>[1]</sup> van rechtswege is geschorst. Weliswaar komt onder het kopje 'verzoek' een *mededeling* van die strekking voor, maar een verzoek kan ik er niet in lezen. Uit praktische overwegingen is m.i. nochtans wenselijk dat Uw Raad zich hierover uitlaat voor zover de Hoge Raad meent dat voor schorsing grond bestaat.
- 1.1.3 Voor zover ik kan nagaan is mr. De Bruijn geen cassatieadvocaat. Hij is dus niet bevoegd om (mede) een verzoek als het onderhavige in te dienen. Aan de (mede) door hem gemaakte opmerkingen ga ik verder voorbij. Daarom wordt zijn naam hierna niet meer genoemd.
- 1.2 Uw Raad heeft verzocht om een conclusie in dit rolincident.
- 1.3 Voor de feiten in de onderhavige zaak verwijs ik korthedshalve naar rov. 1.1-1.9 van het in cassatie bestreden arrest van het Hof Leeuwarden van 18 december 2012. Op p. 2-3 van dat arrest geeft het Hof de (gewijzigde) vorderingen van P. weer.
- 1.4 P. is bij dagvaarding van 18 maart 2013 in cassatie gekomen van het onder 1.3 genoemde arrest. SRC is in cassatie niet verschenen; tegen haar is verstek verleend. P. heeft op 6 september 2013 de zaak schriftelijk doen toelichten. Op 13 september 2013 heeft zij gefourneerd en is arrest gevraagd. De zaak is verwezen voor dagbepaling conclusie P-G naar de rolzitting van 11 oktober 2013, op welke zitting de datum voor het nemen van de conclusie is vastgesteld op 24 januari 2014.
- 1.5 In hun onder 1.1 genoemde brief heeft Mr. Sagel aangegeven dat SRC op 25 september 2013 door de Rechtbank Overijssel failliet is verklaard met benoeming van mrs. J.A.D.M. Daniels en J.T. Stekelenburg tot curatoren en mr. M.L.J. Koopmans tot rechter-commissaris. Het vonnis tot faillietverklaring is bij de brief gevoegd.
- 1.6 Mr. Sagel heeft zijn verzoek in de brief als volgt toegelicht:

## “2.Vorderingen

Als uiteengezet onder 11 in de cassatiedagvaarding zijn in cassatie de volgende vorderingen van P., eiseres tot cassatie ('P.'), van belang:

- 2.1 Een verklaring voor recht dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat tussen haar en SRC;
- 2.2 SRC te veroordelen om over te gaan tot betaling van achterstallig salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag over de maand oktober 2005 en over het reisseizoen 2006, in totaal ad € 18.874,94 bruto, te vermeerderen met een vergoeding voor opgebouwde vakantiedagen, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding;
- 2.3 Primair om SRC te veroordelen om P. een oproepovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht ('mup') voor onbepaalde tijd aan te bieden onder de voor P. gebruikelijke condities;  
Subsidiair om SRC te veroordelen om P. een nieuwe oproepovereenkomst mup voor bepaalde tijd aan te bieden met de garantie dat steeds voor elk nieuw reisseizoen een nieuwe arbeidsovereenkomst mup voor bepaalde tijd wordt aangeboden, eveneens onder de voor P. gebruikelijke condities;
- 2.4 Primair om SRC te veroordelen om tot betaling aan P. over te gaan van het salaris

conform de toepasselijke cao voor de Reisbranche, over het reisseizoen 2007, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, met een vergoeding voor opgebouwde vakantiedagen, de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente; en doorbetaling van het salaris vermeerderd met 8% vakantietoeslag totdat de arbeidsrelatie op rechtsgeldige wijze is beëindigd;

Subsidiair om SRC te veroordelen om tot betaling aan P. over te gaan van een schadevergoeding gelijk aan de primaire vordering inzake het salaris en verhogingen over het reisseizoen 2007 totdat de arbeidsrelatie op rechtsgeldige wijze is geëindigd; en

- 2.5 SRC te veroordelen om tot betaling aan P. over te gaan van een immateriële schadevergoeding van € 15.000, dan wel een in redelijkheid te bepalen bedrag.

### 3.Rechtsgevolgen faillissement

De vorderingen van P. zijn onder te verdelen in (i) rechtsvorderingen tijdens de faillietverklaring aanhangig in de zin van artikel 28 Fw en (ii) rechtsvorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben in de zin van artikel 29 Fw. Het faillissement van SRC heeft voor de twee soorten rechtsvorderingen verschillende rechtsgevolgen.

#### 3.1.Vorderingen als bedoeld in artikel 28 Fw

Op de vorderingen bedoeld in 2.1 en 2.3 is artikel 28 Fw van toepassing. P. verzoekt de Hoge Raad om die reden dan ook om ten aanzien van deze vorderingen de onderhavige procedure te schorsen, ten einde P. in de gelegenheid te stellen de curatoren van SRC in het geding te roepen.

#### 3.2.Vorderingen als bedoeld in artikel 29 Fw

De vorderingen bedoeld in 2.2, 2.4 en 2.5 zijn vorderingen die betaling van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben als bedoeld in artikel 29 Fw. Ten aanzien van deze vorderingen is het geding van rechtswege geschorst sedert het op 25 september 2013 uitgesproken faillissement van SRC.

### 4.Toepasselijkheid artikel 30 Fw

In de onderhavige procedure zijn de stukken op 6 september 2013 voor het nemen van een beslissing aan de Hoge Raad overgelegd. Op basis van de tekst van artikel 30 Fw zou men kunnen betogen dat de artikelen 28 en 29 Fw in dit geval niet meer toepasselijk zijn, zodat (i) het verzoek tot schorsing van het geding ten aanzien van vorderingen 2.1 en 2.3 niet zou kunnen worden toegewezen en (ii) het geding ten aanzien van vorderingen 2.2, 2.4 en 2.5 niet zou zijn geschorst. Het komt P. om de navolgende redenen voor dat deze uitleg van artikel 30 Fw niet juist is.

In de eerste plaats verwijst de zinsnede “de stukken van het geding tot het geven van een beslissing aan de rechter zijn overgelegd” naar het fourneersysteem van vóór de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering per 1 januari 2002 door de Wet van 6

december 2001 tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg.<sup>[2.]</sup> Door het fourneren van de stukken kwam de zaak in staat van wijzen; het geding was vanaf dat moment aan de invloed van partijen onttrokken.

Sedert voornoemde wetswijziging is gebroken met het fourneersysteem in eerste aanleg en in hoger beroep.<sup>[3.]</sup> Vóór 1 januari 2002 bepaalde artikel 255 Rv (oud) dat schorsing niet meer kon plaatsvinden wanneer het geding in staat van wijzen was. Nu zegt (het met artikel 255 Rv oud vergelijkbare) artikel 225 Rv dat schorsing niet meer kan plaatsvinden nadat de dag van de uitspraak is bepaald. Deze twee criteria zijn inhoudelijk gelijk, aldus de wetgever.<sup>[4.]</sup> Bovendien is de wettelijke regeling voor de cassatieprocedure in die zin gewijzigd, dat partijen mogen reageren op de conclusie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad (artikel 44 lid 3 Rv).<sup>[5.]</sup>

Artikel 30 Fw (dat abusievelijk bij voormelde wetswijziging niet is aangepast) moet op dezelfde wijze worden begrepen als (het huidige) artikel 225 Rv. Deze wetshistorische gegevens zijn de eerste reden dat artikel 30 Fw aldus moet worden uitgelegd, dat de in artikel 30 Fw bedoelde artikelen 25 lid 2 en 27-29 Fw niet meer toepasselijk zijn nadat de dag van de uitspraak is bepaald.<sup>[6.]</sup> Dat geldt ook in cassatie. Daaraan doet niet af dat in cassatie nog niet is gebroken met het fourneersysteem. Het zou immers onjuist en/of ongewenst zijn om artikel 30 Fw voor procedures in eerste aanleg en in hoger beroep aldus uit te leggen dat de artikelen 25 lid 2 en 27-29 Fw niet toepasselijk zijn nadat de dag van de uitspraak is bepaald en voor cassatieprocedures aldus uit te leggen dat de artikelen 25 lid 2 en 27-29 Fw niet toepasselijk zijn vanaf het moment dat de stukken aan de Hoge Raad zijn gefourneerd voor uitspraak.

In de tweede plaats brengt ook de ratio van artikel 30 Fw mee dat de artikelen 25 lid 2 en 27-29 Fw in cassatie pas niet meer toepasselijk zijn nadat de Hoge Raad de dag van de uitspraak heeft bepaald. De ratio van artikel 30 Fw is immers dat de beslissing van de rechter niet het gevolg mag zijn van door de gefailleerde na de faillietverklaring verrichte proceshandelingen.<sup>[7.]</sup> Aangezien partijen in cassatie na het fourneren voor uitspraak nog mogen reageren op de conclusie van de procureur-generaal (artikel 44 lid 3 Rv) en de beslissing om al dan niet te reageren op de conclusie van de procureur-generaal en de eventuele reactie op de conclusie van de procureur-generaal niet meer aan de gefailleerde zijn omdat de uitspraak van de Hoge Raad alsdan (mede) het gevolg zou zijn van door de gefailleerde (al dan niet verrichte) proceshandelingen, moet artikel 30 Fw (gelet op zijn ratio) ook in cassatie aldus worden uitgelegd dat de artikelen 25 lid 2 en 27-29 Fw in cassatie pas niet meer toepasselijk zijn nadat de Hoge Raad de dag van de uitspraak heeft bepaald. Aan vorenstaande doet vanzelfsprekend niet af dat SRC in cassatie niet is verschenen.

**1.6** Op grond van het bovenstaande verzoekt P. de Hoge Raad ten aanzien van de in de brief genoemde vorderingen onder 2.1 en 2.3 om het geding te schorsen en een termijn te bepalen waarbinnen P. de curatoren in het geding kan roepen. Ten aanzien van de vorderingen onder 2.2, 2.4 en 2.5 geldt volgens de brief dat het geding van rechtswege is geschorst.”

## 2. Strijd met de goede procesorde: onredelijke vertraging en geen redelijk belang

- 2.1 Zoals hiervoor geschetst, is SRC op 25 september 2013 in staat van faillissement verklaard. Het verzoek dat thans aan de orde is, is bijna twee maanden later ingediend.
- 2.2.1 Art. 14 lid 3 Fw. bepaalt dat het vonnis dat strekt tot faillietverklaring onverwijld door de curator in de Nederlandsche Staatscourant moet worden geplaatst. Ik neem aan dat dit is gebeurd. Reeds daarom had P. daarvan uiterlijk eind september op de hoogte kunnen zijn. Voor zover zij dat niet was, komt dat voor haar risico omdat met het oog op de belangen van een vlot verlopend rechtsverkeer rechtens zal moeten worden aangenomen dat men van dergelijke publicaties op de hoogte is.<sup>[8]</sup>
- 2.2.2 Bovendien — maar dat ten overvloede — is aan het faillissement van SRC in de landelijke pers ruim aandacht besteed. Dat kan P. niet zijn ontgaan.
- 2.3 Schorsing van de procedure leidt tot vertraging van gedingen. Daarvoor moet een goede grond bestaan. Op zich én in het licht van art. 6 EVRM. Een redelijke wetstoepassing brengt m.i. mee dat verzoeken als hier aan de orde slechts binnen betrekkelijk korte termijn na het uitspreken van het faillissement kunnen worden ingediend. Een termijn van bijna twee maanden acht ik (veel) te lang. Daarom zou ik P. niet in haar verzoek willen ontvangen. Omdat het, zoals hierna wordt betoogd, ook op inhoudelijke gronden faalt, wordt geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek.
- 2.4.1 Maar er is meer dat pleit voor het niet honoreren van het verzoek. Het is van algemene bekendheid dat een aantal conclusies van verschillende Advocaten-Generaal bij vervroeging wordt genomen. Voorkomen moet worden dat zij onnodig werk doen, alleen maar omdat een procespartij onnodig veel tijd neemt voor het indienen van verzoeken als de onderhavige.
- 2.4.2 Maar zelfs in gevallen waarin niet bij vervroeging wordt geconcludeerd, ware te voorkomen dat leden van het Parket onnodig conclusies schrijven die later weer moeten worden aangepast of herzien naar aanleiding van een na oproeping gevoerd verweer van de curator, gesteld dat hij daartoe nog de gelegenheid zou hebben, wat, zoals hierna wordt uiteengezet, m.i. niet het geval is.
- 2.5 De voor de hand liggende oplossing voor het onder 2.4 geschetste probleem is dat verzoeken als de onderhavige, indien daarvoor rechtens al een basis zou bestaan, slechts kunnen worden gedaan binnen redelijk korte tijd. Weliswaar wordt het onder 2.4.2 geschetste probleem daarmee niet geheel opgelost, maar het wordt wel betrekkelijk klein.
- 2.6 Bovendien — maar dat is enigszins speculatief — ligt niet erg voor de hand dat P. bij oproeping van de curatoren met betrekking tot de vorderingen 2.1 en 2.3 garen zou kunnen spinnen.

### 3. Beoordeling ten gronde voor zover nodig

- 3.1 Het lijkt nuttig om onze tour d’horizon te beginnen met een blik te werpen op art. 30 Fw., welke bepaling immers de artikelen 27-29 Fw. buiten toepassing verklaart. Het artikel luidt: “1. Indien vóór de faillietverklaring de stukken van het geding tot het geven van een beslissing aan de rechter zijn overgelegd, zijn het tweede lid van artikel 25 en de artikelen 27-29 niet toepasselijk.  
2. De artikelen 27-29 worden weer toepasselijk, indien het geding voor de rechter, bij wie het aanhangig is, ten gevolge van zijn beslissing wordt voortgezet.”
- 3.2 In de memorie van toelichting op art. 30 Fw. is het volgende opgemerkt:  
“De uitzondering, in dit artikel vervat, ligt in den aard der zaak. Zijn de stukken aan den

rechter overgelegd, dan is de processtof verder aan elke inwerking van partijen onttrokken en vervalt dus het motief om het te wijzen vonnis rechtskracht tegen den boedel te ontzeggen. Immers het motief daarvoor is, dat de failliet beheer en beschikking over zijn boedel verliest en het procederen beschikken is over den boedel. Na het overleggen der stukken is het procederen feitelijk gedaan.”<sup>[9.]</sup>

**3.3** In het verslag van de Tweede Kamer met het “Regeringsantwoord” is het volgende te vinden:

“De redactie van dit artikel is niet duidelijk. ‘Eene beslissing’; behoort daaronder ook eene beslissing op een incident? Moet onder deze uitdrukking niet worden verstaan eene eindbeslissing in hoogste ressort? Anders toch is niet, zoals de Memorie van Toelichting op dit artikel zegt, de processtof onttrokken aan elke inwerking van partijen” en is het procederen niet, gelijk daar wordt aangenomen, feitelijk gedaan.

Wat zal het geval zijn, als de stukken aan het openbaar ministerie zijn gegeven om conclusie te nemen? Geldt dan ook art. 30? Men vroeg dit met het oog op art. 328, tweede lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Naar aanleiding van deze bedenkingen wordt aan het artikel toegevoegd: ‘De artt. 26-28 worden weder toepasselijk indien het geding voor den rechter, bij wien het aanhangig is, ten gevolge van zijne beslissing wordt voortgezet.’

De rechter hoort het Openbaar Ministerie en stelt daartoe de door partijen overgelegde stukken in zijne handen. Art. 30 zal daarop dus vanzelf toepasselijk zijn.”<sup>[10.]</sup>

**3.4.1** Het komt mij voor dat hetgeen in de MvT is vermeld over de werking van de rechterlijke uitspraak na ommekomst van het overleggen van stukken aan de rechter (dat wil zeggen: het fourneren) de door P. gestelde vraag reeds beantwoordt. De uitspraak heeft dan immers rechtskracht tegen de boedel.<sup>[11.]</sup> Bij die stand van zaken mist P. redelijk belang bij haar verzoek.

**3.4.2** Dit wordt niet anders wanneer we, bij *veronderstellenderwijs* aangenomen toepasselijkheid van de artikelen 28 en 29 Fw., acht slaan op art. 28 lid 3 Fw. Immers valt aan te nemen dat het doen van het onderhavige verzoek kostbaarder is dan het theoretische voordeel dat P. op die voet zou kunnen binnenslepen.<sup>[12.]</sup> Nog daargelaten dat dit eventuele ‘voordeel’ in voorkomende gevallen juist in een nadeel zou kunnen verkeren,<sup>[13.]</sup> zodat P. zich met haar verzoek in eigen voet zou *kunnen* schieten.

**3.5** Voor het geval Uw Raad zou menen dat P. wél een redelijk belang heeft, ga ik ten gronde in op de door haar aangekaarte problematiek. Zoals hierna zal blijken, blijft de slotsom dan dezelfde, zij het op andere grond(en).

**3.6** Volgens het oud lid van Uw Raad Asser heeft art. 30 Fw. nieuwe actualiteit gekregen in verband met een de door “de Regering” bevestigend beantwoorde vraag van de Tweede Kamer of art. 30 Fw. ook geldt als de stukken in handen zijn gesteld van het Openbaar Ministerie. Hij werpt de vraag op omdat op grond van het zogenaamde *Borgers*-arrest<sup>[14.]</sup> de Hoge Raad wat meer ruimte lijkt te laten om op de voet van art. 328 Rv.<sup>[15.]</sup> kort te reageren op de conclusie OM.<sup>[16.]</sup> Hij vraagt zich af of niet terstond nadat de conclusie is genomen, de regeling van de art. 25 en 27-29 Fw weer in werking in werking treedt.<sup>[17.]</sup>

**3.7.1** Assers (en Wessels’) gedachte is, met alle respect, weinig praktisch. Het mist m.i. goede zin om de artikelen 27-29 Fw. *na* de conclusie weer ‘in werking te laten treden’. Wat zou dat immers betekenen? Het kan toch niet zo zijn dat het geding weer opnieuw begint. Partijen zouden dan kunnen gaan debatteren over de conclusie, eventuele daarin gemaakte



opmerkingen zouden de verweerder kunnen inspireren om incidenteel beroep in te stellen en de andere partij om te betogen dat eventueel gemiste klachten<sup>[18.]</sup> onder het middel te brengen.<sup>[19.]</sup> Dat lijkt me niet te verzoenen met een ordelijke processuele gang van zaken. Het zou in voorkomende gevallen bovendien kunnen leiden tot een niet te rechtvaardigen bevoordeling van een bepaalde partij. Voor zover Asser (en Wessels) bedoelde(n) te zeggen dat na de conclusie slechts oproeping van de curator mogelijk is zonder dat de curator met die oproeping nog iets kan doen, ontgaat me wat het nut daarvan kan zijn.

- 3.7.2** Bovendien valt niet goed in te zien waarom het verleende verstek zou kunnen worden gezuiverd nadat de conclusie is genomen (of zelfs nadat partijen hebben gefourneerd).
- 3.8** Bij dit alles komt nog dat de door Asser geopperde vraag scharniert om het fenomeen Borgersbrief. Daarin wordt evenwel gereageerd op de conclusie PG. Die reactie is evenwel niet waar art. 30 Fw. het oog op heeft. Blijkens de onder 3.3 geciteerde wetsgeschiedenis ziet art. 30 op het *partij* debat dat na fourneren evenwel is gesloten. Voor een partijdebat is in de Borgersbrief geen plaats.
- 3.9** Voor de goede orde stip ik nog het volgende aan. De zinsnede ‘de stukken van het geding tot het geven van een beslissing zijn overgelegd’ in art. 30 lid 1 Fw. verwijst naar het fourneersysteem van vóór de wijziging van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering per 1 januari 2002. Sinds deze wetwijziging is gebroken met het fourneersysteem in eerste aanleg en in hoger beroep. Daarbij verdient opmerking dat het fourneersysteem bij de Hoven inmiddels weer ingang heeft gevonden, terwijl sommige Rechtbanken partijen nog wel vragen om zogeheten circulatiestukken over te leggen voorafgaand aan pleidooi. De afschaffing van de fourneerplicht is derhalve in de praktijk zeker niet over de hele linie doorgevoerd.<sup>[20.]</sup>
- 3.10.1** Onder de vigeur van het oude recht kwam een zaak door het fourneren van de stukken voor vonnis of arrest in staat van wijzen.<sup>[21.]</sup> Naar huidig recht is dat het geval vanaf het moment dat vonnis of arrest is bepaald.<sup>[22.]</sup> Blijkens de wetsgeschiedenis op het vergelijkbare art. 225 Rv. is met deze gewijzigde tournure geen inhoudelijke verandering beoogd.<sup>[23.]</sup> Het komt er dus, kort gezegd, op aan of het *partijdebat* ten einde is gekomen.<sup>[24.]</sup> Dat nu is in situaties als de onderhavige evident het geval.
- 3.10.2** Hoewel de cassatieprocedure, door de conclusie van het Parket, afwijkt van de procedure in feitelijke aanleg, is materieel geen sprake van een relevant onderscheid waar het betreft het tijdstip waarop het *partijdebat* ten einde is gekomen. Dat is, als gezegd, het tijdstip waarop arrest wordt gevraagd.
- 3.11** De cassatieprocedure heeft zich aldus ontwikkeld dat de conclusiefase doorgaans<sup>[25.]</sup> een tweetrapsraket is.<sup>[26.]</sup> En wel in die zin dat veelal eerst de dag wordt bepaald waarop de conclusie zal worden genomen, terwijl de conclusie vervolgens (veelal) op die aldus bepaalde datum wordt genomen.
- 3.12** Mijn geëerde voormalig ambtgenoot Huydecoper heeft de vraag opgeworpen of die dagbepaling voor conclusie als ‘remplacant’ voor de in art. 225 Rv. bedoelde dagbepaling van het vonnis moet worden aangemerkt. Hij heeft die vraag als volgt beantwoord:
- “4) Men kan daarover — zoals over zo veel — twijfelen; maar de aanwijzingen dat voor de toepassing van art. 225 Rv. inderdaad in cassatie de datum die voor de conclusie van de Procureur-Generaal wordt bepaald, in aanmerking moet worden genomen in plaats van de datum voor arrest, lijken mij in dit geval van het zwaarste gewicht.

Art. 225 Rv. bouwt namelijk voort op art. 255 (oud) Rv. Die bepaling schreef voor dat schorsing niet meer mogelijk was zodra het geding zich in staat van wijzen bevond, en gaf aan dat dat laatste het geval was zodra — kort gezegd — het ‘gewone’ partijdebat was afgesloten.<sup>[27.]</sup>

De toelichting op het huidige art. 225 (lid 4) Rv. zegt er slechts dit van, dat de nieuwe bepaling inhoudelijk aansluit bij de oude. Ik neem daarom aan dat inderdaad geen inhoudelijke wijziging beoogd is, en dat men het (uitzonderings)geval dat na het afsluiten van het partijdebat geen datum voor vonnis maar een datum voor conclusie Procureur-Generaal wordt bepaald, daarbij over het hoofd heeft gezien.”<sup>[28.]</sup>

- 3.13** Ik begrijp de onder 3.12 geciteerde opvatting aldus dat het volgens oud A-G Huydecoper aankomt op de vraag of het partijdebat ten einde is gekomen.<sup>[29.]</sup> Dat is (in elk geval) zo wanneer stukken worden gefourneerd. Datzelfde geldt, naar ik zou willen aannemen, eveneens wanneer, in strijd met de ratio van art. 12 van het rolreglement van de civiele kamer van Uw Raad, uitstel wordt gevraagd voor fourneren, terwijl geen andere proceshandeling dan fourneren meer is vereist.
- 3.14** Ik vermag niet in te zien wat de rechtvaardiging zou zijn van het creëren van een status aparte voor de betrekkelijk korte periode waarin wordt bepaald op welke datum de conclusie van het Parket zal worden genomen. Immers is het partijdebat in die periode al ten einde gekomen.
- 3.15** Natuurlijk is het mogelijk — in het recht is weinig (geheel) onverdedigbaar — om tot een tegengesteld oordeel te komen. Maar de dan te formuleren regel is al spoedig niet duidelijk, bijvoorbeeld in gevallen waarin wordt geconcludeerd vóór de voor dagbepaling aangewezen datum. Het niet hanteren van een heldere en duidelijke regel kan in mijn ogen slechts tot moeilijkheden aanleiding geven. De regel dat art. 30 Fw. toepasselijk is vanaf het fourneren<sup>[30.]</sup> is helder en laat geen ruimte voor redelijk misverstand.
- 3.16** Bovendien zou bij een andere benadering een probleem ontstaan wanneer een assertieve advocaat na het uitroepen van de zaak voor dagbepaling van de conclusie PG, of ná het voorlezen van (het dictum van) de conclusie en vóórdat de rolraadsheer de gelegenheid heeft gekregen om de datum waarop arrest zal worden gewezen te noemen, naar voren snelt en fluks een schorsingsverzoek doet. Ik geloof niet dat dergelijke op zich bewonderswaardige assertiviteit zou moeten worden beloond, terwijl meer hoffelijk gedrag de facto zou moeten worden afgestraft.
- 3.17** Maar zelfs als men het standpunt van P. zou willen omarmen, is niet goed duidelijk wat het nut van oproeping van de curator zou zijn. Het verstek kan immers in dat stadium van de rechtsstrijd niet meer worden gezuiverd.<sup>[31.]</sup>
- 3.18** Op grond van dit een en ander kom ik tot de conclusie dat het incidentele verzoek moet worden afgewezen.

## Conclusie

Ik concludeer tot afwijzing van het verzoek.

## Uitspraak

---

# Hoge Raad:

## 1. Procesgang

P. heeft op 18 maart 2013 cassatieberoep ingesteld tegen een arrest gewezen op 18 december 2012 door het gerechtshof Leeuwarden tussen haar als appellante in het principale appel, tevens geïntimeerde in het incidentele appel, en SRC-Cultuurvakanties B.V. (SRC) als geïntimeerde in het principale appel, tevens appellante in het incidentele appel.

SRC is in cassatie niet verschenen; tegen haar is op 17 mei 2013 verstek verleend.

P. heeft ter rolzitting van 13 september 2013 stukken gefourneerd en arrest gevraagd.

Ter rolzitting van 11 oktober 2013 is bepaald dat de Procureur-Generaal op 24 januari 2014 in deze zaak zal concluderen.

Bij brief van 19 november 2013 is namens P. aan de Hoge Raad verzocht (i) het geding te schorsen en (ii) een termijn te bepalen waarbinnen zij de curatoren van SRC in het geding kan roepen. Bij deze brief is een kopie van het vonnis van de rechtbank Overijssel van 25 september 2013 overgelegd. In dit vonnis is SRC failliet verklaard.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot afwijzing van het verzoek.

De advocaat van P. heeft bij brief van 24 januari 2014 op die conclusie gereageerd.

## 2. Verzoek om schorsing teneinde de curatoren in het geding te roepen

2.1 P. heeft in deze procedure het volgende gevorderd:

- (i) een verklaring voor recht dat tussen haar en SRC een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat;
- (ii) veroordeling van SRC tot betaling van achterstallig salaris;
- (iii) veroordeling van SRC om P. een nieuwe oproepovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden dan wel voor bepaalde tijd met garantie na elk nieuw reisseizoen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden;
- (iv) veroordeling van SRC tot betaling van salaris conform de cao voor de reisbranche, over het reisseizoen 2007 totdat de arbeidsverhouding rechtsgeldig zal zijn beëindigd dan wel van schadevergoeding ter grootte van dit salaris;
- (v) veroordeling van SRC tot betaling van immateriële schadevergoeding van € 15.000.

2.2 Aan het verzoek om schorsing is het volgende ten grondslag gelegd.

P. stelt dat de vorderingen (i) en (iii) tijdens de faillietverklaring aanhangige vorderingen zijn in de zin van art. 28 Fw. Zij verzoekt daarom dat de cassatieprocedure ten aanzien van deze vorderingen op de voet van art. 28 lid 1 Fw wordt geschorst opdat zij de curatoren in het geding kan roepen.

Geen schorsing wordt verzocht ten aanzien van de vorderingen (ii), (iv) en (v). Deze strekken tot voldoening van een verbintenis uit de boedel. Daarom is het geding in zoverre op de voet van art. 29 Fw van rechtswege geschorst door het faillissement van SRC.

## 3. Beoordeling van het verzoek

3.1 In de hiervoor in 1 vermelde brief van 19 november 2013 worden voor het verzoek tot schorsing van het geding in cassatie twee gronden aangevoerd.

De eerste grond is dat art. 30 lid 1 Fw niet in de weg staat aan toepassing van de art. 28 en

29 Fw, aangezien art. 225 lid 4 Rv bepaalt dat schorsing van het geding niet meer kan plaatsvinden nadat de datum is bepaald waarop het vonnis (of arrest) zal worden uitgesproken. In het onderhavige geval is die datum nog niet bepaald.

De tweede grond is dat partijen op de voet van art. 44 lid 3 Rv nog schriftelijk mogen reageren op de conclusie van de Procureur-Generaal. Omdat de beslissing van de Hoge Raad door deze reactie kan worden beïnvloed, brengt de strekking van art. 30 Fw mee dat art. 25 lid 2 Fw en de art. 27-29 Fw niet van toepassing zijn indien de faillietverklaring plaatsvindt nadat de datum is bepaald waarop het vonnis of arrest zal worden uitgesproken, welke datumbepaling in de onderhavige cassatieprocedure nog niet is geschied.

- 3.2** Art. 30 Fw bepaalt dat de art. 27-29 en art. 25 lid 2 Fw niet toepasselijk zijn indien vóór de faillietverklaring de stukken van het geding tot het geven van een beslissing aan de rechter zijn overgelegd. Het verzoek stelt de vraag aan de orde hoe deze bepaling moet worden uitgelegd. Bij de beoordeling van het verzoek wordt het volgende vooropgesteld.
- 3.3.1** Art. 30 Fw maakt deel uit van bepalingen in de Faillissementswet over de gevolgen van faillietverklaring voor gedingen die aanhangig zijn ten tijde van het faillissement van een procespartij. Het artikel moet worden uitgelegd tegen de achtergrond dat proces-handelingen die in een civiele procedure zijn verricht door de schuldenaar vóór diens faillissement, de boedel binden. Na de faillietverklaring kan de gefailleerde echter niet de boedel binden door proceshandelingen te verrichten. Hieruit volgt dat er geen reden is de beslissing van het geding aan te houden indien het geding zover is gevorderd dat 'de processtof verder aan elke inwerking van partijen [is] onttrokken' (Van der Feltz I, p. 389). Voor dat geval bepaalt art. 30 Fw dan ook dat de art. 25 lid 2 en 27-29 Fw niet toepasselijk zijn.
- 3.3.2** Op de voet van art. 44 lid 3 Rv kunnen partijen in cassatie, binnen twee weken nadat de conclusie door de Procureur-Generaal is genomen dan wel een afschrift daarvan aan partijen is verzonden, hun schriftelijk commentaar daarop aan de Hoge Raad doen toekomen. De ratio hiervan is dat partijen gezien het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) moeten kunnen reageren op een conclusie van de Procureur-Generaal, aangezien die conclusie in de oordeelsvorming van de Hoge Raad wordt betrokken (vgl. EHRM 30 oktober 1991, ECLI:NL:XX:1991:AD1521, *NJ* 1992/73, *Borgers/België*; EHRM 20 februari 1996, rov. 33, Reports 1996-I, p. 224 e.v., *Vermeulen/België*).
- 3.3.3** De reactie op de conclusie moet beknopt zijn. In die reactie is geen plaats voor debat door partijen. Nieuwe stellingen en producties zijn niet toelaatbaar. Een meer uitvoerige reactie is echter mogelijk ingeval de conclusie daartoe aanleiding geeft. (Vgl. HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3299, *NJ* 2008/123 en HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162.) Omdat de reactie op de conclusie van invloed kan zijn op de beslissing van de Hoge Raad, is het geding niet aan de invloed van partijen onttrokken tot aan het verstrijken van de termijn voor het indienen van die reactie.
- 3.4** In het onderhavige geval zijn op 13 september 2013 stukken gefourneerd voor arrest en is op de rol van 11 oktober 2013 de datum voor conclusie van de Procureur-Generaal bepaald op 24 januari 2014. Hieruit volgt dat op 25 september 2013, de faillissementsdatum, het geding nog niet aan de invloed van partijen was onttrokken in de hiervoor in 3.3.1-3.3.3 vermelde zin. Daarom is art. 30 lid 1 Fw nog niet van toepassing.
- 3.5.1** Aldus stelt het verzoek de vraag aan de orde of het geding ten aanzien van de hiervoor in 2.1 vermelde vorderingen (i) en (iii) op de voet van art. 28 Fw dient te worden geschorst om

P. in staat te stellen de curatoren in het geding te roepen.

- 3.5.2** De vorderingen (i) en (iii) strekken tot verkrijging van een verklaring voor recht en een gebod, die erop neerkomen dat wordt vastgesteld dat de arbeidsrelatie tussen P. en SRC steeds heeft voortgeduurd, althans voor elk nieuw reisseizoen telkens opnieuw had moeten worden aangegaan. Niet blijkt dat P. bij deze vorderingen een ander belang heeft dan dat haar vorderingen (ii) en (iv), die voldoening van verbintenissen uit de boedel ten doel hebben, toewijsbaar zijn. Voor de toepassing van de art. 25 lid 2 Fw en 27-29 Fw hebben de vorderingen (i) en (iii) naast de vorderingen (ii) en (iv) daarom geen zelfstandige betekenis. Dit brengt mee dat de procedure ook voor zover het de vorderingen (i) en (iii) betreft, door het faillissement van SRC van rechtswege is geschorst. Het verzoek is dus niet toewijsbaar.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verstaat dat het geding in cassatie is geschorst.

# Noot

---

**Auteur:** H.J. Snijders

## 1. Algemeen

- a. Dit arrest is van belang voor het faillissementsprocesrecht en in het bijzonder voor de schorsing van aanhangige civiele procedures naar aanleiding van een faillissement van een der procespartijen (waarover nr. 2).
- b. Speciale aandacht vraagt hierbij de betekenis van dat recht in cassatie, dit in verband met de Borgersbrief (waarover nr. 3).

## 2. Schorsing lopende civiele procedure na faillissement procespartija

- a. Het schorsingsstelsel van de Faillissementswet is kort gezegd als volgt:
  - procedures die door de schuldenaar zijn geïnitieerd voorafgaande aan zijn faillissement worden op verzoek van de gedaagde geschorst (art. 27 Fw);
  - procedures die tegen de schuldenaar zijn geëntameerd voorafgaande aan zijn faillissement maar niet strekken tot voldoening van een verbintenis uit de boedel — het gaat hier om niet-verifieerbare vorderingen — worden op verzoek van eiser geschorst (art. 28 Fw);
  - procedures die tegen de schuldenaar zijn aangevangen voorafgaande aan zijn faillissement en wel strekken tot voldoening van een verbintenis uit de boedel — het gaat hier om verifieerbare vorderingen — worden van rechtswege geschorst om alleen dan voortgezet te worden indien de verificatie van die vordering wordt betwist (art. 29 Fw).

Deze schorsingen blijven achterwege als de stukken van het geding al ter beslissing aan de rechter zijn overgelegd (art. 30 lid 1 Fw jjs. art. 27-29 Fw).

- b. Wie de vorderingen in deze zaak beziet (vgl. r.o. 2.1. van de Hoge Raad), begrijpt dat en waarom deze als zodanig deels onder art. 28 Fw en deels onder art. 29 Fw ressorteren. De vorderingen tot

(salaris)betaling vallen onder art. 29 Fw, de vorderingen tot een verklaring van recht en een gebod aan verweerder om een (nieuwe oproep)overeenkomst aan te bieden, vallen op zichzelf beschouwd onder art. 28 Fw. Toch brengt de Hoge Raad ook die twee laatste vorderingen onder bij art. 29 Fw, zodat de procedure ook ten aanzien van die vorderingen geschorst wordt zonder dat daartoe een verzoek van de eisende partij nodig is (dit afgezien van de werking van art. 30 Fw, waarover dadelijk meer).

De reden waarom de Hoge Raad die vorderingen tot een declaratoir en de vordering van een gebod tot het aangaan van een overeenkomst toch onder art. 29 Fw laat vallen, is helder: deze vorderingen missen in casu zelfstandige betekenis ten opzichte van de vorderingen tot betaling en volgen daarom niet een ander regime (r.o. 3.5.2.). Was dit anders geweest, dan zou volgens de wet, bij gebreke van een verzoek tot schorsing van eiseres, verknipping dreigen van de procedure in een geschorst en doorlopend deel. Dat zou niet praktisch zijn. Die verknipping zou overigens wel conform de bedoeling kunnen zijn van de regering bij de totstandkoming van art. 29 Fw. De Tweede Kamer heeft destijds namelijk tevergeefs ervoor gepleit, ook procedures tegen de schuldenaar met betrekking tot vermogensrechten die geen voldoening uit de boedel beogen, onder het regime van art. 29 Fw te brengen, maar daar wilde de Minister niets van weten. Vgl. Van der Feltz 2.I, *Geschiedenis van de Faillissementswet* (Heruitgave Kortmann/Faber, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994), p. 366-370. De Hoge Raad komt thans dus een heel klein beetje tegemoet aan de wensen van de Tweede Kamer, al zou de regering misschien deze subtiele tegemoetkoming destijds ook wel hebben willen doen.

De onderhavige behandeling van vorderingen zonder zelfstandige betekenis, doet mij overigens denken aan de behandeling van vorderingen zonder zelfstandige betekenis bij de beoordeling van de appelgrens: bij de optelling van gecumuleerde ingestelde vorderingen blijven zij buiten beschouwing vanwege een gebrek aan surpluswaarde ten opzichte van de andere vordering(en), ook als zij op zichzelf beschouwd wel op een bepaald financieel belang kunnen worden gewaardeerd.

- c. De schorsing zou in deze zaak toch nog achterwege hebben kunnen blijven, indien de stukken al ter beslissing aan de rechter waren overgelegd (art. 30 lid 1 Fw jjs. art. 27-29 Fw). Was dat hier dan niet het geval, gegeven dat partijen al een beslissing hadden gevraagd?

Neen, aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar Van der Feltz 2.I t.a.p. Het gaat er bij art. 30 Fw om of de procedure zo ver is gevorderd dat 'de processtof verder aan elke inwerking van partijen [is] onttrokken' (r.o. 3.3.1.). De procedure moet dus voor partijen zelf afgerond zijn. Daarvan is nog geen sprake op het moment dat de zaak bij de Hoge Raad uit de handen van partijen is geraakt voor een conclusie van het parket; na die conclusie bestaat immers nog gelegenheid voor partijen om een zogenoemde Borgersbrief te schrijven (zie thans art. 44 lid 3 Rv), zodat de procedure juist daarvoor nog niet aan elke inwerking van partijen is onttrokken (r.o. 3.3.2.-3).

De Hoge Raad komt in het dictum dan ook tot een schorsing (zie zijn arrest sub 4).

- d. Die schorsingsbeslissing van de Hoge Raad houdt in dat hij 'slechts verstaat dat het geding in cassatie is geschorst', niet dat hij de procedure zelf (ambtshalve) schorst. De Memorie van Toelichting op art. 29 Fw (Van der Feltz t.a.p.) oordeelt dat de bepaling 'schorsing gebiedend voorschrijft' en dat het geding 'geschorst [zal] moeten worden'. De formulering van de Hoge Raad in het dictum duidt op een schorsing van rechtswege en dat is ook wat men met zoveel woorden kan lezen in r.o. 3.5.2. i.f.

Deze aanpak berust op bestaande literatuur en rechtspraak (zie bijv. reeds de conclusie van A-

G Wesseling-van Gent voor HR 24 maart 2000 (*C/J*), *NJ* 2000/601, m.nt. H.J. Snijders, sub 2.6 en de daar aangehaalde bronnen). Toch is de literatuur en lagere rechtspraak hier niet steeds geheel duidelijk over. Eiseres in cassatie en schrijvers zoals Polak/Polak, *Faillissement en surséance van betaling I.3*, Wolters-Noordhoff: Groningen 1972, B. Wessels, *Insolventierecht II.1*, Kluwer: Deventer 2012, nr. 2341, R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Kluwer: Deventer 2013, nr. 256, Polak/Pannevis, *Faillissementsrecht*, Kluwer: Deventer 2014, p. 85 e.v., F.M.J. Verstijlen, *T&C Insolventierecht* 2014, art. 29, aant. 1, K.P. Hoogenboezem en A.C.A.D. Bakker, *FIP* 2012, p. 279 e.v. en J.E.P.A. van Hooff in zijn noot in *JBPr* 2014/30 spreken wel zonder meer van een schorsing van rechtswege of — aldus Polak/Polak — van een procedure die ‘vanzelf’ geschorst is.

Polak/Polak meldt echter tevens onder aanhaling van lagere rechtspraak (noot 2 t.a.p.) dat van die schorsing ter dienende dag mededeling wordt gedaan, maar dat indien dit niet gebeurt en partijen doorprocederen, de rechter de schorsing ambtshalve uitspreekt. Verstijlen t.a.p., art. 29, aant. 3 stelt ook dat de rechter de lopende procedure ex art. 29 Fw ambtshalve dient te schorsen zodra hij op de hoogte komt van het faillissement, maar hij voegt daaraan toe dat die schorsing reeds ingaat op de datum van faillietverklaring, dit onder verwijzing naar eerder genoemd arrest *C/J*.

Die uitspraak kent weer voorgangers zoals HR 16 januari 1981 (*Theal/Wilkes*), *NJ* 1981/155 en HR 16 januari 1981 (*Vos/Den Hartigh*), *NJ* 1981/156, waarin de Hoge Raad, evenals thans, ‘verstaat’ dat het geding ex art. 29 Fw door de faillietverklaring is geschorst.

Het verschil tussen een schorsing van rechtswege en een ambtshalve schorsing door de rechter is niet geheel zonder belang. Zou er ambtshalve geschorst dienen te worden door de rechter in het geval van art. 29 Fw, dan zou de procedure, zolang hij dat niet heeft gedaan, gewoon doorlopen en zouden proceshandelingen van partijen voorafgaande aan de schorsing dan ook zonder meer als rechtsgeldig aan te merken zijn. Dit is nu iets dat juist voorkomen moet worden, omdat het na een faillissement niet meer aan de failliet is om invloed uit te oefenen op de beoordeling van vóór het faillissement tegen hem ingestelde vorderingen maar aan zijn curator. Dat is, kort gezegd, de strekking van art. 29 Fw; zie ook r.o. 3.3.1. en de passage hierboven over het criterium van de ‘inwerking’ van art. 30 Fw. Iets anders is dat de rechter art. 29 Fw wel ambtshalve dient toe te passen, door ook bij afwezigheid van een verzoek tot schorsing of tot vaststelling daarvan, zelf vast te stellen of te verstaan dat de procedure door het faillissement is geschorst (vgl. A-G Ten Kate voor *Theal/Wilkes*).

- e. Afgezien van de specifieke component van de Borgersbrief is deze uitspraak van de Hoge Raad ook van toepassing op de rechtspraak in feitelijke instanties (een toepassing vormt bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1285). In het bijzonder doet het er niet toe dat bij de Hoge Raad nog steeds een fourneersysteem bestaat, waarover het verzoek van eiseres in cassatie sub 4.

### 3. Borgersbrief

Veel bijzonders valt er na het voorgaande niet te melden over de HR-referte aan de Borgers-component zelf. Het gaat hier om r.o. 3.3.2.-3 en de daar aangehaalde rechtspraak, die de Hoge Raad thans bevestigt.

Interessant is misschien te melden dat de Hoge Raad voor een iets andere weg heeft gekozen dan Asser, waarover de conclusie van A-G Spier sub 3.7.1. Asser heeft bepleit om de art. 27-29 Fw na de conclusie van het parket weer ‘in werking te laten treden’ (W.D.H. Asser, *Mr. Curator q.q., De faillissementscurator als civiele procespartij*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*,

W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 1996, p. 250). De weg die de Hoge Raad heeft gekozen past beter bij de tekst en de hierboven weergegeven geschiedenis van art. 30 Fw en is ook praktischer dan de weg van schorsing en heropening.

## Voetnoten

---

- [1.] Kort gezegd: betaling van nader omschreven bedragen; zie nader hierna onder 1.6.
- [2.] GS Faillissementswet (Smelt), art. 30, aant 4.
- [3.] [Kamerstukken II 1999/01, 26 855 nr. 3](#) (Memorie van Toelichting), p. 87-88.
- [4.] [Kamerstukken II 1999/01, 26 855 nr. 3](#) (Memorie van Toelichting), p. 130-131.
- [5.] Deze wijziging codificeert de jurisprudentie van de Hoge Raad naar aanleiding van EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992/73 (*Borgers*); [Kamerstukken II 199/01, 26 855 nr. 3](#) (Memorie van Toelichting), p. 69.
- [6.] GS Faillissementswet (Smelt), art. 30, aant 4.
- [7.] T&C Insolventierecht 2012 (Verstijnen), art. 30; S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Van der Feltz I, Serie Onderneming en Recht, deel 2-I, 1994, p. 389.
- [8.] Dat laat onverlet dat een beroep op onbekendheid niet categorisch is uitgesloten; zie HR 29 juni 1956, *NJ* 1958/45 H. Kingma Boltjes.
- [9.] Van der Feltz (Kortmann/Faber), *Geschiedenis van de Faillissementswet I* p. 389.
- [10.] Idem p. 389/390.
- [11.] Zie ook T&C Faillissementswet art. 30 (Verstijnen) aant. 2.
- [12.] Ik laat rusten of zelfs in theoretische zin wel sprake zou kunnen zijn van een voordeel; vgl. losbl. Faillissementswet art. 28 (Smelt) aant. 8.
- [13.] Te weten wanneer de curator "in de eis toestemt", wat dat in cassatie ook moge betekenen.
- [14.] EHRM 30 oktober 1991, *NJ* 1992/73 EAA en ThWvV; zie ook EHRM 20 februari 1996, nr. 21/1994/468/549 (*Lobo Machado/Portugal*).
- [15.] Zie thans art. 44 lid 3 Rv.
- [16.] Thans het Parket bij Uw Raad.
- [17.] W.D.H. Asser, Mr. Curator q.q., *De faillissementscurator als civiele procespartij*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus* (1996), p. 250, voetnoot 5. In vergelijkbare zin, maar stilliger, B. Wessels, *De gevolgen van faillietverklaring (I)*, 2012, nr. 2434.
- [18.] Naar aanleiding van passages in de volgende trant: het middel klaagt er niet over.
- [19.] Dat kan natuurlijk ook in de Borgersbrief, maar de ruimte voor zo'n de debat is dan beperkter.
- [20.] T&C Rv 2012 (Van der Hel-Koedoot), art. 84, aant. 2. Zie ook Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven onder 5.1-5.2.
- [21.] Zie de conclusie van mijn ambtgenote Wesseling-Van Gent in nrs. 3.23-3.27 voor HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1955, JBPr 2006/5 K. Teuben.
- [22.] HR 2 mei 2003, *LJN* AF3431, *JOL* 2003/259 rov. 3.4.
- [23.] PG Herziening Burgerlijk Procesrecht p. 396.
- [24.] In vergelijkbare zin losbl. Burgerlijke Rechtsvordering art. 225 (Von Schmidt auf Altenstadt) aant. 8; A-G Huydecoper voor HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY5782 onder 4.
- [25.] Niet steeds. Het komt meer dan eens voor dat de conclusie wordt genomen op de dag bepaald voor het vermelden van de conclusie *datum*. In voorkomende gevallen wordt de conclusie zelfs eerder genomen, zo is mij uit eigen wetenschap bekend.
- [26.] Vgl. art. 418 lid 1 Rv.
- [27.] A-G Huydecoper tekent daarbij aan dat "de bijstelling tussen aanhalingstekens is (...) ingegeven door de mogelijkheid dat partijen bij zgn. 'Borgersbrief' reageren op de conclusie van de Procureur-Generaal (of op de conclusie van het Openbaar Ministerie, waar zo'n conclusie in de feitelijke instanties is genomen). Ofschoon men ook een dergelijke brief tot het partijdebat zou kunnen rekenen, ga ik ervan uit dat die valt buiten het bestek van de partij-uitingen die ertoe leiden dat een zaak de 'staat van wijzen' bereikt."
- [28.] Voor HR 22 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AY5782. JBPr 2007/5 S.M.A.M Venhuizen; de A-G wees erop dat in de voorliggende zaak, in zijn ogen abusievelijk, tot schorsing was overgegaan en dat dit verder een gegeven was (onder 5).



Kritisch: losbl. Burgerlijke Rechtsvordering art. 225 (P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt), art. 225, aant. 8 tweede voetnoot 6. In zijn conclusie voor HR 11 december 2009, *NJ* 2010/4 gaat ook mijn geëerde oud ambtgenoot Strikwerda (onder 13) uit van het moment waarop de stukken zijn overgelegd voor arrest.

[29.] Gelet op de eerste alinea kan het betoog ook anders worden begrepen, maar de tekst in zijn geheel maakt een dergelijke lezing niet aannemelijk.

[30.] Of mogelijk al eerder; zie hiervoor onder 3.13.

[31.] Onder omstandigheden is denkbaar dat het zuiveren van verstek in een *eerder* stadium al ontoelaatbaar is. Dat geldt bij strijd met de goede procesorde. Bij late zuivering van het verstek in cassatie is daarvan in zijn algemeenheid pas dan sprake, indien met de zuivering van het verstek nodeloos is gewacht. Voor de beoordeling of hiervan sprake is zal onder meer van belang zijn of de gelijktijdigheid van het geven van een schriftelijke toelichting, door de zuivering van het verstek, met het oog op het verkrijgen van een voorsprong in de cassatieprocedure wordt verstoord (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4709, *NJ* 2001/653; T&C Rv 2012, art. 410 Rv, aant. 1a (Winters) en art. 142 Rv, aant. 3 (Van de Hel-Koedoot); W.D.H. Asser, *Civiele cassatie* 2011, p. 102-103 en Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* (2005), nr. 147.