

Per e-mail

Ministerie van Financiën

onze ref. RvK/FH/11000142
uw ref. -
inzake Analyse proceskansen

10 juli 2015

Geachte heer R:

1 Inleiding

- 1.1 Vandaag, op 10 juli 2015, heeft de tweede aandeelhoudersvergadering van de N.V. Nederlandse Spoorwegen ("**NS**") plaatsgevonden. Tijdens deze vergadering heeft de Staat, als enig aandeelhouder, besloten de heer T.H. Huges ("**Huges**") met onmiddellijke ingang – en voor zover rechtens vereist – te ontslaan als statutair bestuurder. Het gevolg daarvan is dat de arbeidsovereenkomst tussen de NS en Huges per 10 juli 2015 met onmiddellijke ingang is geëindigd.
- 1.2 Aan dit ontslagbesluit zijn een tweetal eerdere "beëindigingen" voorafgegaan, te weten:
- (a) de beweerdelijke opzegging door Huges van zijn bestuurderschap en arbeidsovereenkomst op 5 juni 2015;
 - (b) het ontslagbesluit van de Staat, als enig aandeelhouder van NS, van 19 juni 2015.
- 1.3 In deze brief schetsen wij de juridische acties die de heer Huges zou kunnen ondernemen tegen de onder 1.1 en 1.2 genoemde gebeurtenissen en onze inschatting

van de slagingskansen daarvan. Daarbij merken wij op voorhand op dat de juridische acties van Huges zich primair zullen richten tegen de NS als (voormalig) werkgever.

2 Mogelijke scenario's

Geen opzegging van de arbeidsovereenkomst door Huges

- 2.1 Inmiddels heeft het ministerie schriftelijke bewijzen ontvangen¹ waaruit blijkt dat Huges niet zelf ontslag heeft genomen. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst niet op 5 juni 2015 is opgezegd. Dit gegeven geeft geen aanleiding voor Huges om een (zelfstandige) procedure te beginnen, maar zal uiteraard wel aan de orde komen in mogelijke andere procedures.

Ontslagbesluit 19 juni 2015

- 2.2 Op 19 juni 2015 heeft de Staat Huges een brief gestuurd, waarin wordt vermeld dat Huges, voor zover rechtens vereist, met onmiddellijke ingang wordt ontslagen als statutair bestuurder van NS. Daarnaast wordt de arbeidsovereenkomst tussen Huges en NS met onmiddellijke ingang opgezegd. Tegen deze brief kan Huges de volgende acties ondernemen:
- (a) Voor zover deze brief te kwalificeren is als een ontslagbesluit van de aandeelhouder van NS, kan Huges vernietiging wegens strijd met artikel 2:15 BW (strijd met de statuten, de wet en de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid) vorderen bij de rechtbank. Hiervoor heeft hij een (1) jaar de tijd (artikel 2:15 lid 5 BW);
 - (b) Huges kan zich op het standpunt stellen dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven en dat de arbeidsovereenkomst derhalve nog steeds voortduurt, om vervolgens in kort geding loondoorbetaling te vorderen (tot aan de datum van rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst) en/of in een bodemprocedure een verklaring voor recht vorderen dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven.

- 2.3 De vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit van 19 juni 2015 zal zonder meer succesvol zijn. Het ontslagbesluit is vanwege meerdere redenen niet rechtsgeldig genomen. Ervan uitgaande dat het ontslagbesluit buiten vergadering is genomen, geldt in ieder geval dat Huges niet is gehoord over het voornemen van de Staat hem te ontslaan (hetgeen vereist is op grond van artikel 2:8 BW), niet in staat is gesteld zijn raadgevende stem uit te brengen (hetgeen vereist is op grond van artikel 2:117 BW). Ook lijkt het erop dat de Raad van Commissarissen van NS niet in de gelegenheid is geweest zijn raadgevende stem uit te brengen (hetgeen eveneens vereist is op grond van artikel 2:117 BW).

¹ In de vorm van twee e-mails van Huges aan de voormalig voorzitter van de Raad van Commissarissen van NS, de heer Van den Driest, d.d. 5 juni 2015, respectievelijk 15.09 en 17.47 uur.

- 2.4 Het gevolg van de vernietiging van het ontslagbesluit zal zijn dat daarmee ook het vanzelfsprekende einde van de arbeidsovereenkomst (die het gevolg is van hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in zijn arresten van 15 april 2005) niet zal zijn geëffectueerd. Het gevolg is dat de arbeidsovereenkomst daardoor in stand gebleven is.

Ontslagbesluit 10 juli 2015

- 2.5 Het ontslagbesluit van 10 juli 2015 voldoet aan alle vereisten die uit de wet en de statuten voortvloeien en is daarmee rechtsgeldig tot stand gekomen.

Het ontslagbesluit is – voor zover het gaat om het arbeidsrechtelijke ontslag – primair gebaseerd op een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 BW. Wij merken op dat mr. Keuss, de advocaat van Huges, in reactie op het ontslagbesluit aangaf dat artikel 15.1 van de statuten van de NS bepaalt dat voor ontslag op basis van een dringende reden slechts een (1) algemene vergadering nodig is. Nog afgezien van de vraag of deze bepaling ziet op de arbeidsrechtelijke dringende reden, maakt dit gegeven wat ons betreft niet dat de besluitvorming daarmee niet rechtsgeldig tot stand zou zijn gekomen. Te meer omdat verdedigbaar is dat twee algemene vergaderingen alleen maar bijdragen aan een nog zorgvuldigere besluitvorming, hetgeen ook in het belang is van Huges zelf.

- 2.6 Omdat vast staat dat de eerdere beëindigingen (de beweerdelijke opzegging door Huges en het ontslagbesluit van 19 juni) geen effect hebben gehad, loopt de arbeidsovereenkomst in ieder geval door tot 10 juli 2015.
- 2.7 Huges kan naar aanleiding van het ontslagbesluit van 10 juli 2015 het volgende doen:
- (a) Het vorderen van zijn loon tot 10 juli 2015 (ook bij wijze van voorlopige voorziening);
 - (b) Het vorderen van zijn loon over de termijn die de arbeidsovereenkomst had geduurd als de contractueel overeengekomen opzegtermijn in acht was genomen (ex. artikel 7:672 lid 9 BW). Hiervoor heeft Huges **twee maanden**, te rekenen vanaf 10 juli 2015, de tijd (ex. artikel 7:686a lid 4 sub a 1 BW).
 - (c) Het vorderen van een billijke vergoeding (ex. artikel 7:681 lid 1 sub a BW). Hiervoor heeft Huges eveneens **twee maanden** na 10 juli 2015 de tijd (artikel 7:686a lid 4 sub a 2), te rekenen vanaf 10 juli 2015.
 - (d) Mogelijk zou Huges ook nog aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding (artikel 7:673 BW). De transitievergoeding bedraagt maximaal twee derde maandsalaris.
- 2.8 De hiervoor genoemde termijnen van twee maanden zijn vervaltermijnen. Dit betekent dat Huges in ieder geval vóór 10 september 2015 een gerechtelijke procedure aanhangig moet hebben gemaakt om zijn vorderingen veilig te stellen.

- 2.9 Huges kan daarnaast nakoming vorderen van de contractuele verplichtingen die NS heeft uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder de betaling van de overeengekomen ontslagvergoeding (één jaarsalaris). Op deze vordering zijn de reguliere verjaringstermijnen van toepassing. Het betreft hier een gewone dagvaardingsprocedure, al dan niet in kort geding, waarbij in dat laatste geval alleen een voorschot kan worden gevorderd.

3 Onze inschatting

- 3.1 Wij achten de kans dat de hiervoor onder (a) en (b) genoemde vorderingen in rechte slagen zeer aanzienlijk. Zoals reeds eerder vermeld, gaan wij ervan uit dat de twee eerdere beëindigingen niet het gewenste effect hebben gesorteerd. Daarmee loopt de arbeidsovereenkomst in ieder geval door tot 10 juli 2015. De vordering onder (a) (het loon) is daarmee zonder meer toewijsbaar.
- 3.2 Ten aanzien van de vordering onder (b) (kort gezegd, het loon over de opzegtermijn) achten wij de kans eveneens zeer aanzienlijk dat deze vordering in rechte zal slagen. Dit houdt verband met het feit dat een rechter zeer waarschijnlijk tot het oordeel zal komen dat de contractueel overeengekomen opzegtermijn ten onrechte niet is gerespecteerd. Uit het ontslagbesluit volgt dat de arbeidsovereenkomst primair is opgezegd wegens een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 BW. Dat artikel stelt als voorwaarde dat er voor de opzegging een dringende reden moet zijn, de opzegging onverwijld moet geschieden onder gelijktijdige mededeling aan de werknemer. Aan de voorwaarden in dit artikel is in dit geval niet voldaan. Nog afgezien van de vraag of een rechter tot het oordeel komt dat sprake is van een dringende reden (wij schatten in dat de rechter geen dringende reden zal aannemen), ontbreekt het in ieder geval aan de onverwijldheid. Immers, de gronden waarop het ontslag van 10 juli 2015 is gegeven, waren al eerder bij de aandeelhouder bekend (formeel gezien zelfs op of omstreeks 5 juni 2015). Daarmee staat vast dat onregelmatig is opgezegd. Het gevolg is dat het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij een regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verschuldigd is.
- 3.3 In het geval van Huges is discussie mogelijk over wat de precieze opzegtermijn is. In artikel 11.3 van de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de opzegtermijn voor zowel Huges als de NS drie maanden bedraagt. Een dergelijke afspraak is in strijd met de wet en daarmee nietig. In de literatuur en jurisprudentie verschilt men van mening over wat daarvan de consequentie zou moeten zijn. Het meest gangbare uitgangspunt is dat bij een dergelijk nietige afspraak de opzegtermijn voor de werkgever verdubbelt (derhalve van drie naar zes maanden). Een andere opvatting zou kunnen zijn dat men terugvalt op de wettelijke opzegtermijn, dat wil zeggen (gelet op de lengte van het dienstverband van Huges) een (1) maand voor de werkgever. Wij verwachten dat een rechter, mocht het zover komen, zal oordelen dat de opzegtermijn van NS zes maanden bedraagt. Daarmee zou de vordering van Huges dus neerkomen op een

bedrag gelijk aan het loon over de periode 10 juli 2015 tot 1 januari 2016.² Zoals reeds vermeld, achten wij de kans dat deze vordering in rechte zal slagen zeer aanzienlijk.

- 3.4 Er is in onze visie ook discussie mogelijk over de vraag in hoeverre de contractuele beëindigingsvergoeding, die in artikel 11.1 van de arbeidsovereenkomst tussen NS en Huges is opgenomen, verschuldigd is. Nu wij verwachten dat de rechter tot het oordeel zal komen dat de gedragingen die hebben geleid tot het ontslagbesluit van 10 juli 2015 van voldoende gewicht zijn om een ontslagbesluit te kunnen dragen maar van onvoldoende gewicht zijn om te kunnen worden aangemerkt als een dringende reden, menen wij dat de kans zeer aanzienlijk is dat een vordering tot nakoming van de contractueel afgesproken ontslagvergoeding zal worden toegewezen.

4 Overige afwegingen

- 4.1 Inmiddels vernamen wij van de advocaat van de NS dat de advocaat van Huges voornemens is op korte termijn een gerechtelijke procedure (vermoedelijk een kort geding) aanhangig te maken. De advocaat van Huges heeft de advocaat van de NS reeds om opgave van verhinderdata gevraagd.
- 4.2 Wij beschikken inmiddels over de concept vaststellingsovereenkomst waarover in de maand juni tussen de toenmalige advocaten van de NS en Huges verder is gesproken. Hoofdpijnen van de beoogde regeling waren:
- (a) inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden;
 - (b) vergoeding juridische kosten tot een bedrag van € 2.500;
 - (c) afstand van de contractuele beëindigingsvergoeding.
- 4.3 De in deze te verwachten gerechtelijke procedures zullen, naar wij verwachten, veel media aandacht krijgen. Op de behandeling ter zitting, die openbaar zal zijn, zullen alle besproken feiten en omstandigheden in de openbaarheid komen.

5 Conclusie

- 5.1 Er is sprake van een rechtsgeldige beëindiging van het statutair bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst van Huges per 10 juli 2015.
- 5.2 De procespositie van NS ten aanzien van de niet in acht genomen opzegtermijn en de contractuele beëindigingsvergoeding, is niet sterk.
- 5.3 Eerder adviseerden wij u dat terugvordering van de bonus over 2014 niet kansrijk is.

² De arbeidsovereenkomst dient te worden opgezegd tegen het einde van de maand, waarna de opzegtermijn per de eerste van de volgende maand begint te lopen.

- 5.4 Vanuit juridisch perspectief verdient het aanbeveling dat NS de gelegenheid neemt en krijgt om het geschil met Huges in der minne te regelen.

Met vriendelijke groet,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

R. van de Klashorst F.W. van Herk