



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gaat senioriteit mee over bij OvO? Annotatie HR 20 januari 2023

Barentsen, B.

Citation

Barentsen, B. (2023). Gaat senioriteit mee over bij OvO?: Annotatie HR 20 januari 2023. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(27), 5015-5028. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3719348>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3719348>

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

NJ 2023/274

Arbeidsrecht. Overgang van onderneming (art. 7:663 BW; Richtlijn 2001/23/EG); handhaving door verkrijger van bij vervreemder opgebouwde senioriteit? Vervolg op HR 29 november 2019, NJ 2020/10.

HR 20-01-2023, ECLI:NL:HR:2023:65, m.nt. B. Barentsen

Instantie	Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum	20 januari 2023
Magistraten	Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, S.J. Schaafsma, K. Teuben
Zaaknummer	21/03811
Conclusie	A-G mr. P. Vlas
Noot	B. Barentsen
JCDI	JCDI:ADS717033:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Vervoersrecht / Luchtvervoer
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2023:65, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 20-01-2023 ECLI:NL:PHR:2022:624, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 24-06-2022 Beroepschrift, Hoge Raad, 29-10-2021
Wetingang	Art. 7:663 BW

Essentie

Arbeidsrecht. Overgang van onderneming (art. 7:663 BW; Richtlijn 2001/23/EG); handhaving door verkrijger van bij vervreemder opgebouwde senioriteit? Vervolg op HR 29 november 2019, NJ 2020/10.

Samenvatting

Art. 7:663 BW bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Art. 7:663 BW vormt de implementatie van art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23 inzake overgang van ondernemingen. De rechtspraak van het HvJ EU over de Richtlijn is daarom richtinggevend voor de uitleg van art. 7:663 BW. In verschillende arresten heeft het HvJ EU overwogen dat bij de vervreemder verworven anciënniteit (het aantal dienstjaren dat de werknemer bij de vervreemder heeft vervuld) als zodanig geen recht is dat op grond van de Richtlijn mee overgaat, maar dat financiële rechten van de werknemers waarvoor anciënniteit mede bepalend is, door de verkrijger in beginsel op dezelfde voet als bij de vervreemder zullen moeten worden gehandhaafd. In het arrest *Scattolon* (6 september 2011, NJ 2011/590, m.nt. M.R. Mok) heeft het HvJ EU verder benadrukt dat de Richtlijn alleen recht geeft op het behoud van bij de overgang reeds bestaande aanspraken, en niet op een verbetering van de arbeidsvoorwaarden. Ook verzet de Richtlijn zich niet ertegen dat bepaalde verschillen in behandeling wat betreft het salaris bestaan tussen overgegangene werknemers en werknemers die op het tijdstip van de overgang

reeds bij de verkrijger tewerkgesteld waren, aldus het HvJ EU. Uit deze rechtspraak moet worden afgeleid dat de - (in hoofdzaak) door anciënniteit bepaalde - senioriteit van de vrachtvliegers als zodanig geen recht is dat bij overgang van onderneming mee overgaat. Voor zover deze senioriteit evenwel medebepalend is voor rechten van financiële aard van de vrachtvliegers, dienen deze rechten door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder te worden gehandhaafd. De Hoge Raad ziet daarom geen aanleiding hierover prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.

Partij(en)

[eiser 1] t/m [eiser 114], verzoekers tot cassatie, hierna gezamenlijk: de vrachtvliegers, adv.: mr. P.A. Fruytier, tegen

1. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V., te Amstelveen, adv.: mr. W.H. van Hemel, hierna: KLM,
2. Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers, te Badhoevedorp, adv.: mrs. S.F. Sagel en I.L.N. Timp, hierna: VNV,

verweersters in cassatie.

Voorgaande uitspraak

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep na verwijzing

De vaststaande feiten

1

KLM heeft het hof verzocht niet uit te gaan van de door de Hoge Raad vastgestelde feiten maar van de door het hof Amsterdam vastgestelde feiten. KLM heeft haar verzoek niet geconcretiseerd en nu het hof in beginsel heeft uit te gaan van de door de Hoge Raad vastgestelde feiten (behoudens bijzondere omstandigheden, die gesteld noch gebleken zijn), wordt het verzoek niet ingewilligd. Met inachtneming van de in rov. 2.2. van het arrest van de Hoge Raad vastgestelde feiten, gaat het in deze zaak om het volgende:

- (i) De vrachtvliegers zijn allen (ex-)werknemers van Martinair Holland N.V. (hierna: Martinair) en zij zijn allen bij Martinair werkzaam (geweest) in de functie van vrachtvlieger.
- (ii) Martinair heeft als activiteiten (gehad) passagiersluchtvaart en luchtvrachtvervoer, ondergebracht in afzonderlijke divisies. Het vrachtvervoer van Martinair vindt plaats onder de naam Martinair Cargo (hierna: MAC).
- (iii) KLM heeft een passagiersdivisie en een vrachtdivisie (hierna: AFKL Cargo).
- (i) VNV is een vakvereniging van werknemers als bedoeld in de Wet op de Collectieve
- v) Arbeidsovereenkomst (WCAO). Zij heeft een dekkingspercentage van ruim 90% onder de piloten van KLM en van Martinair.
- (v) Sinds 1964 hield KLM 50% van de aandelen in Martinair. Sinds 31 december 2008 is KLM enig aandeelhouder van Martinair.
- (v) Vanaf begin 2009 zijn MAC en AFKL Cargo langzamerhand geïntegreerd. In 2009 zijn de eerste
- i) onderdelen samengevoegd. De betrokken medewerkers (grondpersoneel) van Martinair zijn met

behoud van anciënniteit in dienst van KLM gekomen en zijn ingezet op soortgelijke werkzaamheden als zij bij Martinair verrichtten.

- (v ii) In de loop van 2010 heeft verdere commerciële integratie van MAC en AFKL Cargo plaatsgevonden, waarbij onder meer het commerciële netwerk van de vrachtafdelingen is geïntegreerd en de zogeheten 'bellies and combis first'-strategie werd geïntroduceerd. Daarbij wordt bekeken of de aangeboden vracht vervoerd kan worden in (het vrachtruim van) de passagiersvliegtuigen of in vliegtuigen met een combinatie van passagiers en vracht. Pas als dat niet mogelijk blijkt, wordt een vliegtuig ingezet dat uitsluitend bestemd is voor vracht, een zogeheten 'Full Freighter'.
- (v iii) Martinair heeft haar passagiersdivisie per 1 november 2011 opgeheven. De passagiersvliegtuigen van Martinair zijn afgestoten. Het cabinepersoneel van de passagiersdivisie van Martinair is per 1 februari 2011 bij KLM in dienst getreden. KLM heeft deze medewerkers een startersfunctie aangeboden, zonder behoud van anciënniteit en senioriteit. Hun salaris wordt door Martinair aangevuld tot de hoogte van het oude loon.
- (i x) Tussen Martinair, KLM en de vakverenigingen (waaronder VNV) zijn regelingen getroffen voor de medewerkers van Martinair. Met betrekking tot de opvang van de vliegers van Martinair, zowel de vliegers van de passagiers-[divisie; hof] als die van MAC, is in september 2011 het zogenaamde Ringvaartakkoord (hierna: RVA) gesloten. Het akkoord had de status van cao. In het RVA is door Martinair, KLM en VNV afgesproken dat alle vliegers van Martinair, zowel de vliegers van de passagiersdivisie als die van MAC, in de gelegenheid werden gesteld per (uiterlijk) 1 januari 2014 in dienst van KLM te treden. De senioriteit van deze vliegers werd per categorie bepaald op 1 januari 2011, 1 november 2011 of 2 november 2011.
- (x) Het RVA bevatte een regeling omtrent opzegging, die - kort gezegd - inhield dat volgens de partijen bij het akkoord geen sprake was van overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW en dat indien daarover door of namens werknemers van Martinair een procedure zou worden aangespannen, het RVA kon worden opgezegd. De vliegers die dan al in dienst van KLM waren getreden, zouden in dienst van KLM blijven, met bijzondere (pensioen-)aanspraken.
- (x i) In de loop van 2011 zijn de commerciële organisatie van MAC en die van AFKL Cargo volledig samengevoegd.
- (x ii) Per 1 november 2011 zijn 71 vliegers van Martinair - vijf gezagvoerders en 66 copiloten, in totaal 67 fte - in dienst van KLM getreden. Van deze vliegers kwamen er achttien van de passagiersdivisie van Martinair en 49 van MAC. Deze vliegers kregen bij KLM een startersfunctie. Er zijn ongeveer twintig vliegers van Martinair afgewezen, omdat er te weinig plaatsen waren voor alle solliciterende vliegers.
- (x iii) Vanaf september 2012 voeren AFKL Cargo en MAC samen één logo, waarin de naam van zowel AFKL Cargo als MAC voorkomt.
- (x iv) Sinds 1 januari 2013 bestaat het bestuur van Martinair uit twee leidinggevende medewerkers van KLM Cargo. Per die datum is tevens de raad van commissarissen van Martinair opgeheven en vervangen door een Management Review Meeting, met minder vergaande bevoegdheden dan een raad van commissarissen.
- (x v) Na de voltooiing van de commerciële integratie is besloten om een verdere operationele samenwerking tussen KLM en Martinair te realiseren. Een aantal operationele afdelingen van Martinair is onderdeel van KLM geworden. Daarbij zijn ongeveer 65 medewerkers van Martinair naar KLM overgegaan.
- (x vi) In het voorjaar van 2013 heeft Stichting Cockpitbelangen, die de belangen van werknemers van Martinair vertegenwoordigt, vorderingen uit hoofde van art. 7:663 BW tegen KLM en VNV ingesteld. Daarop heeft VNV het RVA opgezegd tegen 31 december 2013 op grond van de hiervoor onder (x) genoemde opzeggingsregeling.

- (x vii) Bij vonnis van 27 december 2013 heeft de voorzieningenrechter op vordering van VNV KLM verboden vliegers van Martinair in dienst te nemen op basis van het RVA.
- (x vii) Sinds de voltooiing van de operationele samenwerking in 2013/2014 is MAC een zogeheten Operating Carrier, die ACMI-contracten (Aircraft, Crew, Maintenance, Insurance) sluit. Dat betekent dat Martinair i) geen 'eigen' vracht meer vervoert, maar door een of meer andere luchtvaartmaatschappijen als vervoerder wordt ingeschakeld. Martinair levert dan het vliegtuig (aircraft) en de vliegers (crew), terwijl onderhoud (maintenance) en verzekering (insurance) voor haar rekening komen.
- (x ix) Een vereiste om een Operating Carrier te zijn, is het bezitten van een zogenaamde Air Operators Certificate (hierna: AOC).
- (x x) Martinair verleent alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC vereiste 'vluchtgebonden' diensten. Alle andere activiteiten zijn door Martinair bij KLM ondergebracht.
- (x xi) Een aantal grondmedewerkers van Martinair is per 1 januari 2014 bij KLM in dienst getreden. Martinair heeft sindsdien nog slechts vrachtvliegers (tot voor kort ongeveer 220 fte) in dienst. KLM heeft deze vrachtvliegers geen arbeidsovereenkomst aangeboden.
- (x xii) Het ondersteunend personeel voor de hiervoor onder (xx) bedoelde vluchtgebonden activiteiten wordt door KLM gedetacheerd bij Martinair.
- (x xii) KLM en/of AFKL Cargo koopt sinds 1 januari 2014 jaarlijks een vooraf gegarandeerd aantal vlieguren i) in bij Martinair tegen een jaarlijks vooraf vast te stellen tarief, waarbij de brandstofkosten [zonder opslag van 3%; toevoeging hof] en de overige vluchtgerelateerde kosten [met een opslag van 3%; toevoeging hof] door KLM aan Martinair worden vergoed. Martinair betaalt aan KLM een vergoeding voor de door KLM geleverde commerciële en ondersteunende diensten. Martinair heeft gedurende enige tijd ook voor derden, waaronder Etihad Airways en Kenya Airways, vracht vervoerd. In 2014 zijn die contracten geëindigd.
- (x xi v) Op dit moment heeft Martinair vier vliegtuigen tot haar beschikking. Dat zijn alle Full Freighters. KLM heeft geen Full Freighter-toestellen meer in haar operationele vloot.
- (x xv) Martinair heeft twee dochtermaatschappijen: Martinair Flight Academy en het technisch onderhoudsbedrijf RJC.
- (x xv) Er zijn op dit moment nog ongeveer 100 vliegers bij Martinair in dienst. Er dreigt een verdere reorganisatie bij Martinair, als gevolg waarvan mogelijk een deel van de vrachtvliegers moet afvloeien. i) Een aantal vrachtvliegers is elders in dienst getreden, zonder behoud van senioriteit en/of anciënniteit en tegen andere arbeidsvoorwaarden.

Vorderingen na verwijzing

2

Na verwijzing door de Hoge Raad dient het hof uitsluitend nog te beslissen op de hierna te melden vorderingen van de vrachtvliegers, zoals deze luiden na eisenwijziging bij memorie van grieven. De vrachtvliegers vorderen dat het hof:

Ten aanzien van KLM

Primair

- i) zal verklaren voor recht dat de vrachtvliegers met ingang van 1 januari 2014, althans per een door het hof vast te stellen datum, op de voet van art. 7:663 BW van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op

KLM;

- ii) zal verklaren voor recht
- a) primair: dat de vrachtvliegers per de datum van overgang van onderneming met behoud van de bij Martinair op de dag vóór de datum van overgang van onderneming geldende senioriteit een plaats hebben op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM, zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers;
- b) subsidiair: dat de vrachtvliegers in het kader van eventuele boventalligheid en/of overtolligheid bij KLM - waaronder mede worden begrepen: de dochterondernemingen van KLM - in de periode na de datum van overgang van onderneming worden geacht een plaats op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM te hebben op basis van de bij Martinair op de dag vóór de datum van overgang van onderneming geldende senioriteit, zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers;
- iii) KLM zal veroordelen om de vrachtvliegers binnen twintig dagen na betekening van het arrest schriftelijk aan te bieden om binnen uiterlijk negentig dagen na het aanbod tewerkgesteld te worden bij of ten behoeve van KLM met behoud van de laatstelijk bij Martinair vervulde functie en het bestaande functieniveau, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000 per dag dat KLM niet volledig aan deze veroordeling voldoet;
- iv) KLM zal veroordelen om in het onder iii) bedoelde schriftelijke aanbod de in art. 7:655 lid 1 sub a t/m m BW genoemde gegevens op te nemen, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000 per dag dat KLM niet volledig aan deze veroordeling voldoet;
- v) voor recht zal verklaren dat KLM in strijd met de normen van art. 7:611 BW en/of art. 6:162 BW heeft gehandeld door vóór en ná de datum van overgang van onderneming (jegens de vrachtvliegers) te handelen alsof geen overgang van onderneming van Martinair naar KLM heeft plaatsgevonden en na te laten de vrachtvliegers tijdig, voldoende en juist te informeren over hun rechten in het kader van die overgang, en te bepalen dat KLM aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade, op te maken bij staat;

Ten aanzien van VNV

VNV zal veroordelen om de gevolgen van de toewijzing van de vordering(en) jegens KLM te gehangen en te gedogen op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000 per dag dat VNV niet volledig aan deze veroordeling voldoet; en

Ten aanzien van KLM en VNV

- vii) KLM en VNV zal veroordelen in de kosten van de procedure in beide instanties.

Vooropstelling

3.1

In deze zaak gaat het om de vraag of er sprake is van de overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW van Martinair op KLM en in het verlengde daarvan of de rechten van de vrachtvliegers die voortvloeien uit anciënniteit en senioriteit zijn overgegaan op KLM. De rechtbank Amsterdam heeft bij vonnis van 4 april 2016 geoordeeld dat geen sprake was van overgang van onderneming en de vorderingen van de vrachtvliegers jegens KLM en VNV afgewezen. In hoger beroep heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis bekrachtigd. In cassatie heeft de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Amsterdam vernietigd en geoordeeld dat het verwijzingshof (het gerechtshof Den Haag), met inachtneming van alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, opnieuw moet onderzoeken of een overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden. Bij zijn beoordeling heeft de Hoge Raad in de rechtsoverwegingen 3.1.2-3.1.4 het volgende voorop gesteld:

“3.1.2 Ingevolge art. 7:663 BW gaan door overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van overgang voor de werknemer in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. Voor zover hier van belang, moet voor de toepassing van de art. 7:662-666 BW onder overgang worden verstaan ‘de overgang, ten gevolge van een overeenkomst (...) van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’, terwijl onder economische eenheid moet worden verstaan ‘een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit’ (art. 7:662 lid 2, aanhef en onder a en b, BW).

3.1.3 De art. 7:662-666 BW strekken ter uitvoering van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan [Blijkens voetnoot 1. van het arrest is deze richtlijn tweemaal aangepast en gaat het nu om Richtlijn 2001/23/EG; toevoeging hof] (hierna: de Richtlijn). Uit de opzet en de bewoordingen van de Richtlijn blijkt dat deze ten doel heeft, ook bij verandering van ondernemer, de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen.

3.1.4 Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU is voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang in de zin van de Richtlijn, het beslissende criterium of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft. Met het oog daarop dient te worden onderzocht of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen. Om vast te stellen of aan deze voorwaarden is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiele activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. Het belang dat moet worden gehecht aan de onderscheiden factoren, verschilt naargelang van de uitgeoefende activiteit en tevens van de productiewijze of bedrijfsvoering in de onderneming. Indien de gestelde overgang van een onderneming de luchtvaartsector betreft, moet de overdracht van het materieel (de vliegtuigen) van wezenlijk belang worden geacht om te beoordelen of sprake is van ‘overgang van een vestiging’ in de zin van art. 1 lid 1, van de Richtlijn. Daarbij is het niet noodzakelijk dat eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden.”

3.2

Ook het hof neemt hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest voorop heeft gesteld en zoals hierboven geciteerd, tot uitgangspunt. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt verder dat het verwijzingshof alsnog de juistheid moet onderzoeken, en daarop gemotiveerd moet beslissen, van de hierna volgende stellingen van de vrachtliegers, waarbij de Hoge Raad in het bijzonder ten aanzien van de stellingen onder I. en II. heeft overwogen dat deze stellingen van belang kunnen zijn voor de beantwoording van de vraag of de exploitatie van MAC in feite door KLM als nieuwe ondernemer is voortgezet met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen, en daarmee of overgang van onderneming van MAC heeft plaatsgevonden:

- I - de stellingen (i) dat sprake is van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico rust bij KLM en (j) MAC commercieel geheel afhankelijk is van KLM, die haar enige ‘klant’ is, alsmede de stellingen (a) tot en met (h) die in de stellingen (i) en (j) uitmonden;
- II - het betoog (en de onderliggende stellingen) dat het KLM is die de feitelijke zeggenschap heeft over de vliegtuigen van MAC en dat KLM die vliegtuigen in feite exploiteert als onderdeel van de onderneming van KLM;
- III. de stelling dat, - afgezien van de tijdelijke situatie in Hong Kong - KLM op geen enkele bestemming is a - gaan vliegen waarop MAC gestopt is;
- III. de stelling dat er een grote mate van overlap bestaat tussen de vracht die MAC vervoert en de vracht

- b - die KLM vervoert, en dat 95% van alle vracht zowel in een vrachtvliegtuig als in een passagiersvliegtuig kan worden vervoerd.

3.3

Met inachtneming van de door de Hoge Raad vastgestelde feiten en hetgeen de Hoge Raad voorop heeft gesteld ter zake de overgang van onderneming, en na onderzoek van de hiervoor bedoelde stellingen van de vrachtvliegiers, zoals aangeduid in het arrest, is het hof van oordeel dat er sprake is geweest van een overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW van MAC naar KLM. Nadat KLM een 100% belang in Martinair heeft verworven, heeft feitelijk een commerciële en operationele integratie van MAC en KLM plaatsgevonden en verricht Martinair alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC vereiste 'vluchtgebonden' diensten. Alle andere activiteiten met betrekking tot het luchtvrachtvervoer zijn door Martinair bij KLM ondergebracht. Alleen de vrachtvliegiers zijn nog in dienst van Martinair. Daarnaast is Martinair sinds 2014 alleen nog operating carrier met - sinds 2014 - KLM als enige 'klant' op basis van een ACMI-overeenkomst en cost+-regeling. Hierbij ligt het economisch risico in feite bij KLM, nu KLM jaarlijks een vooraf te bepalen aantal vliegreizen gegarandeerd afneemt tegen een tarief plus marge, alle (overige) vluchtgerelateerde kosten worden vergoed met een opslag van 3% en de kosten van brandstof - die bij KLM wordt betrokken - zonder een opslag van 3% worden vergoed. Door dit alles is MAC commercieel geheel afhankelijk geworden van KLM, die haar enige 'klant' is. Verder heeft KLM de feitelijke zeggenschap gekregen over de vloot van MAC; zij is eigenaar van drie van de vier vliegtuigen (één reservetoestel is eigendom van Martinair) die voor het vrachtvervoer worden ingezet. KLM bepaalt door middel van de 'bellies and combis first'-strategie, hoe, waar en wanneer de vloot wordt ingezet. Aldus is voldaan aan het vereiste dat sprake is van een overdracht van (de zeggenschap over) de vliegtuigen van Martinair naar KLM, welke overdracht van wezenlijk belang wordt geacht voor de vraag of sprake is van overgang van onderneming.

Daarnaast heeft KLM in wezen een aantal bestemmingen overgenomen doordat MAC op die bestemmingen minder is gaan vliegen of helemaal is gestopt, en KLM daarop met passagiersvliegtuigen is gaan vliegen of meer is gaan vliegen. Verder bestaat er een grote mate van overlap tussen de vracht die MAC vervoert en de vracht die KLM vervoert. Voor de conclusie dat sprake is van een overgang van onderneming is het navolgende redengevend.

Beoordeling van de stellingen

3.4

De Hoge Raad heeft het verwijzingshof opgedragen de hiervoor genoemde stellingen te onderzoeken teneinde te beoordelen of sprake is van overgang van onderneming. Anders dan de VNV betoogt leest het hof in 191 MnV van de vrachtvliegiers niet dat er sprake is van een ongeclausuleerde erkenning dat MAC nog altijd zelf vrachtluchten uitvoert, waarop een overgang van onderneming zou afstuiten. Bovendien leest het hof het arrest zo dat ook indien MAC nog altijd zelf vrachtluchten uitvoert, sprake kan zijn van overgang van onderneming. Dat is het geval indien - kort gezegd - KLM feitelijk de exploitatie van MAC heeft overgenomen. Het hof zal daarom hierna de bewuste stellingen onderzoeken.

I. De stellingen (i) dat sprake is van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico berust bij KLM en (j) MAC commercieel geheel afhankelijk is van KLM, die haar enige 'klant' is, en de stellingen (a) tot en met (h) die in deze stellingen uitmonden

(a) De overgang van de commerciële organisatie van MAC naar KLM

4.1

Blijkens de door de Hoge Raad vastgestelde feiten staat tussen partijen vast dat vanaf begin 2009 MAC en AFKL Cargo langzamerhand zijn geïntegreerd, dat in de loop van 2010 verdere commerciële integratie van MAC en AFKL Cargo heeft plaatsgevonden - waarbij het commerciële netwerk van de vrachtafdelingen is geïntegreerd en de zogeheten 'bellies and combis first'-strategie werd geïntroduceerd - en in de loop van 2011 de commerciële organisaties van MAC en die van AFKL Cargo volledig zijn samengevoegd. De 'bellies and combis first'-strategie houdt in dat eerst wordt bekeken of de aangeboden vracht vervoerd kan worden in (het vrachtruim van) de passagiersvliegtuigen of in vliegtuigen met een combinatie van passagiers en vracht. Dit zijn KLM of Air France toestellen. Pas als dat niet mogelijk blijkt, wordt een vliegtuig ingezet dat uitsluitend bestemd is voor vracht, een zogeheten 'Full Freighter'. Op dit moment heeft Martinair vier vliegtuigen tot haar

beschikking. Dat zijn alle Full Freighters. KLM heeft geen Full Freighters-toestellen meer in haar operationele vloot.

4.2

In het verlengde van het voorgaande hebben de vrachtliegers gesteld dat MAC geen (eigen) commerciële organisatie meer heeft, onder andere omdat haar commerciële afdelingen (Sales, Revenue Management, Key Accountmanagement, Customer Service, Claims, Marketing & Communicatie en Netwerk planning) zijn overgegaan naar KLM in de afdelingen S&D (Sales & Distribution) en MRN (Marketing, Revenue Management & Network) en dat al het buitenlandse en Nederlandse personeel van die afdelingen in dienst van KLM is getreden (in 2011 resp. 2013). De afdelingen S&D en MRN bepaalden daarna of, wanneer en op welke wijze vracht zou worden vervoerd, en op welke bestemmingen MAC zou vliegen, een en ander ter uitvoering van de 'bellies and combis first'-strategie. De vrachtliegers verwijzen voor de onderbouwing van hun stellingen in het bijzonder naar de adviesaanvraag "Commerciële integratie van Air France - KLM Cargo en Martinair Cargo" d.d. 23 juni 2011 (prod. 16 dv). KLM heeft daar tegenover gesteld dat er weliswaar een aantal werknemers dat commerciële activiteiten verrichtte is overgegaan naar KLM, maar dat die werknemers niet volledig hetzelfde werk zijn gaan doen en KLM betwist dat er afdelingen of commerciële activiteiten zijn overgegaan van Martinair naar KLM. Het hof acht deze betwisting onvoldoende onderbouwd. De overgang van (het personeel van) de afdelingen met het oog op de integratie blijkt voldoende uit de door de vrachtliegers aangehaalde adviesaanvraag. Daar wordt immers uitgegaan van een volledige "Commerciële Integratie", met een geïntegreerde Cargo organisatie op het niveau van de KLM groep. Niet gesteld of gebleken is dat deze commerciële integratie niet conform de adviesaanvraag is uitgevoerd. De commerciële integratie heeft ertoe geleid dat de betreffende afdelingen van Martinair zijn geïntegreerd in de KLM Cargo organisatie, Martinair niet langer een eigen commerciële organisatie (met afdelingen) heeft en het betrokken personeel bij KLM in dienst is getreden. Bovendien volgt uit de eigen stellingen van KLM en het overzicht onder 62 MnV van KLM dat de 45 medewerkers van de commerciële afdelingen die naar KLM zijn overgegaan in dezelfde functie of in een functie met een bredere scope (Air France-KLM Cargo) zijn gaan werken. Niet gesteld of gebleken is dat die functies in overwegende mate zijn gewijzigd, dat blijkt ook niet uit enige adviesaanvraag. Er is aldus sprake van overgang van de commerciële organisatie van MAC naar KLM. Dat de 'bellies and combis first'-strategie in de praktijk niet van de grond is gekomen (omdat er te weinig overlap zou zijn tussen de bestemmingen van KLM en MAC), heeft KLM voor het eerst betoogd in haar memorie na cassatie en verwijzing (onder 243). Dit betreft een nieuwe stelling van KLM waarvoor na cassatie in beginsel geen plaats is. Ten overvloede merkt het hof op dat deze stelling verder ook niet met stukken is onderbouwd. Het hof gaat hieraan dan ook voorbij. Ten slotte heeft KLM als verweer aangevoerd dat niet KLM maar de klant beslist op welke wijze de vracht wordt vervoerd. Het zou afhankelijk van de prijs zijn die de klant wil betalen, welke vracht vervoerd wordt en naar welke bestemming. Dit verweer wordt verworpen; MAC heeft immers niet langer een eigen commerciële afdeling. Het is derhalve de commerciële afdeling van KLM die aan de klant een aanbod doet tot het vervoeren van vracht, waarbij zij de 'bellies and combis first'-strategie hanteert. Afhankelijk van dit aanbod komt een overeenkomst tot stand. Het is dan ook KLM die uiteindelijk beslist op welke wijze - belly/combi of full freighter - de vracht van de klant vervoerd wordt.

- (b) De buitenlandse verkoopkantoren van MAC zijn opgegaan in die van Air France-KLM en
- (c) het uitgebreide GSA-netwerk van MAC is beëindigd onder betaling van goodwill door KLM

4.3

KLM heeft niet betwist dat negentien van de 37 buitenlandse verkoopkantoren zijn opgegaan in de buitenlandse verkoopkantoren van Air France-KLM, dat de overige kantoren zijn gesloten, dat Air France-KLM in het buitenland de (enige) sales agent van MAC is geworden en dat het GSA netwerk van MAC werd beëindigd. KLM stelt dat Martinair als 'operational carrier' een dergelijk netwerk niet langer nodig zou hebben. KLM betwist evenwel dat zij het GSA netwerk zou hebben beëindigd en in verband daarmee aan de GSA's van MAC goodwill heeft betaald. Het hof constateert dat KLM blijkens haar eerder ingenomen eigen stellingen (CvA KLM nr. 135-c, p. 36 en 37) heeft erkend dat zij die goodwill betaald heeft. KLM heeft daar betoogd dat als KLM het GSA netwerk wel zou hebben overgenomen, zij die goodwill nooit had hoeven te betalen. Een uitleg over deze wijziging in haar stellingname - anders dan dat de eerdere stellingname per abuis is geschied - is achterwege gebleven. Bij gebreke van een bevredigende uitleg of stukken waaruit anderszins kan blijken dat niet KLM maar Martinair de goodwillbetalingen heeft gedaan, heeft KLM de goodwillbetaling onvoldoende gemotiveerd weersproken en is de conclusie gerechtvaardigd dat KLM deze goodwill aan de sales agents heeft betaald en daarmee de goodwill heeft overgenomen. Het hof is van oordeel

dat vast is komen te staan dat MAC als gevolg van de integratie van MAC en KLM geen buitenlandse verkoopkantoren meer heeft, dat negentien van de 37 kantoren naar KLM zijn overgegaan onder betaling van goodwill door KLM, en dat KLM de (enige) sales agent van MAC in het buitenland is geworden. KLM heeft ter zitting haar bewijsaanbod herhaald dat de agentuurovereenkomsten door Martinair zijn beëindigd en niet zijn overgedragen aan KLM. Nu dit niet door de vrachtliegers is gesteld en dit bovendien niet relevant is voor de vraag of sprake is van overgang van onderneming, zal het hof dit bewijsaanbod passeren.

(d) De website van MAC linkt door naar het commercieel portal van KLM

4.4

Tussen partijen staat vast dat Martinair een eigen website heeft (www.martinair.nl en www.martinair.com). De Martinair site geeft de gebruiker echter geen informatie over de mogelijkheden van luchtvrachtvervoer.

Daarvoor moet de gebruiker op "enter" klikken bij het veld "Martinair cargo". Hij wordt dan doorgelinkt naar de website www.afklcargo.com, het commerciële portal van KLM.

Deelconclusie (a) tot en met (d)

4.5

Nu het hof de voornoemde stellingen (a) tot en met (d) als juist beoordeelt, bevestigt dit dat potentiële klanten zich niet meer tot MAC kunnen wenden, maar uitsluitend tot (Air France-)KLM.

De Airway Bill (AWB) en Algemene Voorwaarden

4.6

De vrachtliegers hebben gesteld dat de AWB van MAC in het voorjaar van 2013 vervangen is door de AWB van KLM, dat alle door MAC te vervoeren luchtvracht onder verantwoordelijkheid van en met gebruikmaking van de AWB en de Algemene Voorwaarden van KLM wordt vervoerd, en dat daarom, in samenhang met de overgang van de commerciële afdelingen van MAC naar KLM, de klant altijd met KLM moet afrekenen, ook al wordt het vervoer door MAC gedaan. Weliswaar stelt KLM daartegenover dat zij de AWB niet van MAC heeft *overgenomen* - hetgeen naar het oordeel van het hof formeel correct is omdat de AWB's ieder een ander nummer en andere tenaamstelling hebben - en evenmin de algemene voorwaarden van MAC heeft overgenomen, maar KLM heeft wel erkend dat de AWB van Martinair niet langer wordt gebruikt. Al het luchtvrachtvervoer dat door MAC wordt uitgevoerd, vindt dus uitsluitend nog plaats onder de AWB van KLM, met toepassing van de Algemene Voorwaarden van KLM. Het is ook KLM die het vervoer met de klant afrekent en de inkomsten uit hoofde van het vervoer door MAC ontvangt.

De ACMI-overeenkomst en de cost+-regeling

4.7

De vrachtliegers hebben gesteld dat de ACMI-overeenkomst op basis waarvan KLM 'klant' zou zijn van MAC, feitelijk betekent dat KLM volledige controle heeft over de mate waarin en wijze waarop MAC wordt ingezet, waarbij de zelfstandigheid van MAC kunstmatig in stand gehouden wordt door middel van een 'cost+-regeling'. Op grond van deze regeling vergoedt KLM alle kosten van MAC - die door KLM (eerst) bij MAC in rekening zijn gebracht - met een opslag van 3%, behoudens de ACMI-kosten die KLM krachtens de ACMI-overeenkomst vergoedt. De kosten van brandstof die MAC bij KLM moet afnemen, worden *zonder* opslag door KLM aan MAC vergoed. De vrachtliegers hebben daartoe nog aangevoerd dat de ACMI-overeenkomst niet los kan worden gezien van de volgende omstandigheden:

- Martinair is 100% dochter van KLM;
- de tweekoppige directie van Martinair is in dienst van KLM;
- KLM is sinds 2013/2014 de enige 'klant' van MAC;
- KLM onderhandelt feitelijk met zichzelf over de ACMI-overeenkomst, zodat ook in die zin niet kan worden gezegd dat MAC klant is van KLM;
- de onderdelen finance, legal en commercieel, alsmede alle onderdelen luchtvrachtvervoer zijn naar KLM overgegaan;
- KLM beslist hoe de vracht vervoerd wordt en doet de (netwerk) planning;
- KLM ontvangt de inkomsten uit hoofde van het vervoer door MAC.

4.8

KLM heeft aangevoerd dat Martinair zelf het risico van de uitvoering van de ACMI-overeenkomst draagt, waaronder onvoorziene kostenverhogingen, dat Martinair als onderneming eigen keuzes en afspraken maakt en, afhankelijk van een goed management en vluchtuitvoering, daarbij winst of verlies maakt. Martinair draait nog altijd zelf op voor de kosten van het toestel, het onderhoud, het personeel en de verzekering (aircraft, crew, maintenance en insurance). KLM heeft in dat verband verwezen naar paragraaf 111 van de MvA waaruit zou blijken dat Martinair ter uitvoering van de ACMI-overeenkomst tegen betaling diensten afneemt van KLM op basis van een opdrachtovereenkomst. Ook heeft KLM aangevoerd dat klanten afzonderlijk met Martinair kunnen contracteren en dat met name de luchtvaartmaatschappijen Kenya Airways en Etihad Airways dat ook hebben gedaan.

4.9

Het hof overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat de overeenkomsten met (de KLM partners) Kenya Airways en Etihad Airways, op grond waarvan MAC sinds 2012 als operating carrier vluchtvracht vervoerde, in 2014 tot een einde zijn gekomen. Dit betekent dat Martinair sinds 2014 nog slechts partij is bij één ACMI-overeenkomst, en dat is de ACMI-overeenkomst die zij vanaf 2012 met KLM is aangegaan. Overeenkomsten met andere klanten is zij niet aangegaan en feitelijk is KLM daarmee sinds 2014 de enige 'klant' van MAC. De vraag of de overeenkomsten met Kenya Airways en Etihad Airways indertijd door Martinair zijn aangegaan of door KLM, kan dan ook in het midden blijven. Dat geldt ook voor de vraag of Martinair met klanten afzonderlijk kan contracteren teneinde een ACMI-overeenkomst aan te gaan. Van een dergelijke situatie is immers sinds 2014 feitelijk geen sprake meer.

4.10

Het hof overweegt verder dat KLM, in het kader van de (enige) ACMI-overeenkomst van Martinair, jaarlijks met Martinair onderhandelt over het aantal gegarandeerd af te nemen vliegtuigen tegen (een vooraf overeengekomen) kostprijs plus marge. De overige vluchtgerelateerde kosten worden door KLM vergoed op basis van de tussen partijen geldende cost+-regeling. Dat Martinair zelf 'opdraait' voor de kosten van het toestel, het onderhoud, het personeel en de verzekering blijkt onvoldoende uit de betalingen van Martinair genoemd in paragraaf 111 MvA waarnaar KLM heeft verwezen. KLM heeft immers niet onderbouwd dat deze kosten niet voor vergoeding door KLM in aanmerking komen ingevolge de afspraken uit hoofde van de ACMI-overeenkomst en cost+-regeling. In ieder geval worden de aldaar genoemde kosten van fuel (brandstof) hoe dan ook door KLM aan Martinair vergoed op basis van de tussen hen bestaande regeling. Zonder nadere toelichting - die ontbreekt - valt dan ook niet in te zien dat de overige kosten met betrekking tot de uitvoering van de ACMI-overeenkomst *niet* voor vergoeding in aanmerking zouden komen op grond van de ACMI-overeenkomst en cost+-regeling. KLM heeft gesteld dat onvoorziene kostenverhogingen voor risico van Martinair komen, maar welke dat zijn en dat en wanneer die zich in het verleden hebben gerealiseerd, heeft zijn niet geconcretiseerd. Dat sprake is van een dergelijk risico voor Martinair is daarom niet aannemelijk geworden. KLM heeft verder nog als voorbeelden genoemd van kosten die niet onder de ACMI-overeenkomst vallen de afvloeiingskosten van € 50 miljoen, de terugleveringskosten voor het terughalen van een van haar toestellen uit de woestijn (€ 35 miljoen) en een kapotte motor van € 2 miljoen. Voor de kosten van uitfasering en afvloeiing heeft KLM echter een lening verstrekt waarvan hierna onder 4.18 wordt geoordeeld dat het KLM is die feitelijk de kosten van het afstoten van de MD-11 vliegtuigen en de afvloeiingskosten van de vliegtuigen heeft gedragen. Ten aanzien van de kosten van het terughalen van "een toestel" uit de woestijn en "de kapotte motor" is bovendien niet gesteld of gebleken dat deze gemaakt zijn ná het aangaan van de ACMI-overeenkomst en cost+ regeling (zie o.a. 57 MnA KLM) terwijl evenmin is gebleken dat de kosten van reparatie van de kapotte motor uit hoofde van de leaseovereenkomst met KLM voor rekening van Martinair zijn gekomen. De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat met de ACMI-overeenkomst en de cost+ regeling, kort gezegd: de gegarandeerde afname van een vooraf overeengekomen aantal vliegtuigen tegen vergoeding van de ACMI-kosten en overige vluchtgerelateerde kosten, Martinair geen wezenlijk exploitatierisico loopt. Het risico van eventuele verliezen (doordat KLM onverhoopt voor de gegarandeerde afname van vliegtuigen geen klanten heeft) ligt bij KLM. Dat eventuele verliezen bij KLM vallen en niet bij Martinair vindt ook bevestiging in het financiële overzicht van KLM onder 35 MnV, waaruit blijkt dat Martinair over de jaren 2012 tot en met 2014 een positief resultaat heeft behaald van circa € 50 miljoen per jaar terwijl KLM op de - uitsluitend door MAC uitgevoerde - Full Freight activiteiten een verlies heeft geleden van resp. € 49 miljoen (in 2012), 55 miljoen (in 2013) en 72 miljoen (in 2014). KLM heeft verder gesteld dat Martinair sinds 2012 winst maakt vanwege de ACMI-overeenkomst en nog altijd een positief en stabiel resultaat laat zien. De ACMI-overeenkomst en de

cost+-regeling betekenen in feite dat Martinair - die verder ook geen substantiële diensten van derden afneemt - (alle) kosten van de luchtvrachtactiviteiten vergoed krijgt en KLM de inkomsten van het vrachtvervoer van de klanten ontvangt. Hiermee ligt het economisch risico van de ACMI-overeenkomst in de praktijk bij KLM. Aangezien dit de enige ACMI-overeenkomst van MAC is op basis waarvan de onderneming draait, moet de conclusie zijn dat het economisch risico van de exploitatie van MAC feitelijk bij KLM ligt.

Elementen ACMI-overeenkomst

4.11

De Vrachtvliegers hebben de stelling ingenomen dat van de vier elementen van de ACMI-overeenkomst (Aircraft, Crew, Maintenance en Insurance), slechts één element in het domein van MAC ligt, te weten Crew. De overige drie onderdelen, Aircraft, Maintenance en Insurance, worden door KLM geleverd. KLM heeft dit betwist. Het hof overweegt als volgt. Niet in geschil tussen partijen is dat Martinair onder de ACMI-overeenkomst de Crew levert, althans uitsluitend de vrachtvliegers. Een aantal grondmedewerkers van Martinair is per 1 januari 2014 bij KLM in dienst getreden en het ondersteunend personeel voor de vluchtgebonden activiteiten van MAC is in dienst van KLM en wordt door KLM gedetacheerd bij Martinair (zie onder de feiten (xix) tot en met (xxii)). KLM is eigenaar van en verhuurt drie in KLM blauw gespoten vliegtuigen (Aircraft) aan Martinair, waarna MAC deze op basis van de ACMI-overeenkomst weer aan KLM ter beschikking stelt voor het door haar klanten gewenste en door KLM bepaalde luchtvrachtvervoer (een reservetoestel is eigendom van Martinair). KLM, althans KLM-medewerkers, doet ook het onderhoud (Maintenance, zowel Part 145 als het Part M-onderhoud) van de vliegtuigen, dit op basis van een onderhoudscontract tussen KLM en Martinair. Dat Martinair ingevolge de Part M-regelgeving (eind)verantwoordelijk is voor het Part M-onderhoud van de vliegtuigen, laat onverlet dat het onderhoud in de praktijk door KLM wordt uitgevoerd, zoals KLM ook heeft erkend.

4.12

Uit de stellingen van KLM volgt voorts dat de verzekering 'soms' via het contract van de groep wordt geregeld, hetgeen de vrachtvliegers niet hebben betwist, maar dat Martinair zelf verzekeringnemer is en 'opdraait' voor de premies en het eigen risico. Het hof neemt aan dat hier bedoeld is dat Martinair feitelijk de premie betaalt voor een aantal verzekeringen. Nu de vliegers door KLM worden vergoed op basis van een 'benchmark ACMI (Aircraft, Crew, Maintenance and Insurance) tariff' (ofwel: kostprijs plus marge) zoals vermeld in het Martinair-jaarverslag 2014 (prod. 114 vrachtvliegers), valt af te leiden dat KLM ook de kosten van de insurance vergoedt. Het gegeven dat de vliegtuigen en het onderhoud door KLM worden verzorgd, alsmede een deel van de verzekeringen via KLM loopt en kosten van insurance door KLM worden vergoed, dragen bij aan de conclusie dat MAC commercieel afhankelijk is van KLM.

Conclusie commerciële afhankelijkheid

4.13

Uit het voorgaande volgt dat:

- Martinair een 100% dochter van KLM is;
- haar directie gevormd wordt door KLM-medewerkers;
- MAC geen eigen commerciële organisatie meer heeft;
- Martinair sinds 2014 alleen nog met KLM een ACMI-overeenkomst heeft op grond waarvan MAC als "operational carrier" opereert;
- Martinair alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC vereiste 'vluchtgebonden' diensten verleent en het ondersteunende personeel hiervoor bij KLM in dienst is en door KLM wordt gedetacheerd bij MAC;
- KLM feitelijk de volledige controle heeft op de mate waarin en wijze waarop MAC wordt ingezet volgens de 'bellies en combis first'-strategie;
- MAC ingevolge de ACMI-overeenkomst en cost+ regeling met KLM jaarlijks een vooraf gegarandeerde afname van vliegers heeft tegen vergoeding van haar kosten en van de overige vluchtgerelateerde kosten met een opslag van 3%, welke condities jaarlijks ongewijzigd blijven.

Gelet hierop is de conclusie gerechtvaardigd dat KLM formeel weliswaar klant is van MAC maar feitelijk met zichzelf onderhandelt over de ACMI-overeenkomst. Hetgeen hiervoor is overwogen rechtvaardigt de conclusie dat (i) dat sprake is van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico rust bij KLM en (j) MAC commercieel geheel afhankelijk is van KLM, haar enige 'klant'.

II. Het betoog (en de onderliggende stellingen) van de vrachtliegers dat het KLM is die de feitelijke zeggenschap heeft over de vliegtuigen van MAC en dat KLM die vliegtuigen in feite exploiteert als onderdeel van de onderneming van KLM

4.14

De vrachtliegers stellen dat KLM MAC in 2009 heeft opgedragen haar vier Boeings BCF (Full Freighter toestellen) stil te zetten en in plaats daarvan vier door KLM aan MAC ter beschikking gestelde Boeings 744 ERF (eveneens Full Freighters) te gaan gebruiken, waarmee KLM de vliegtuigen van MAC in feite door de hare verving. Na de reductie van de vlootlijnen van negen naar drie toestellen in 2014 (die geleid heeft tot de uitfasering van de MD-toestellen) is er alleen nog gevlogen met drie van deze KLM-toestellen (die in de KLM-blauwe kleuren gespoten zijn) en is er nog één MAC reservetoestel (dat in de MAC-rode kleur gespoten is). KLM heeft hiermee zeggenschap verkregen over de vloot van MAC, aldus de vrachtliegers. De vrachtliegers hebben in dit verband ook gewezen op het Flight Operations Bulletin van 25 juli 2009 (productie 9 dv) waar Martinair schrijft *“Martinair kan niet meer zelfstandig beslissen over de vlootplanning. [...] De vloot portefeuille is in beheer bij de heer Hagey, de CFO van KLM Groep”*. KLM heeft hiertegenover gesteld dat MAC het besluit om eigen full freighters stil te zetten en die van KLM te gaan gebruiken geheel zelfstandig heeft genomen omdat haar BCF-toestellen onzuinig waren terwijl KLM vier ERF-toestellen aan de kant had staan omdat daar geen werk voor was. Het was voor beide partijen aantrekkelijker dat Martinair de ERF-toestellen zou gaan gebruiken, aldus KLM.

4.15

Het hof overweegt dat de besluitvorming door KLM resp. Martinair over de vervanging van de vliegtuigen niet los gezien kan worden van de 100% moeder-dochterverhouding tussen beide vennootschappen en de volledige zeggenschap van KLM in Martinair. Het kan in het midden blijven of KLM de opdracht heeft gegeven tot het stilzetten van de MAC Full Freighter toestellen en het in gebruik nemen van de KLM toestellen. Het hof acht van doorslaggevend belang dat het gevolg van deze besluitvorming is geweest dat de toestellen van MAC feitelijk door de toestellen van KLM zijn vervangen en KLM daarmee in de praktijk de beschikking en zeggenschap kreeg over dit deel van de vloot van MAC. Dat KLM al in 2009 zeggenschap over dit deel van de vloot van MAC heeft gekregen, staat - anders dan KLM meent - niet in de weg aan een overgang van onderneming in 2014, aangezien naar het oordeel van het hof sprake is geweest van een stapsgewijze, steeds verdergaande, integratie tussen KLM en MAC. Het hof verwerpt de stelling van KLM dat de verhuur van de vliegtuigen aan Martinair er juist op wijst dat er geen sprake is van overgang van onderneming. Het gaat er immers om of KLM de feitelijke zeggenschap heeft over de vliegtuigen van MAC. Dat KLM de vliegtuigen naar eigen goeddunken kan verhuren aan Martinair of aan een derde kenmerkt juist de feitelijke zeggenschap van KLM over deze vliegtuigen.

4.16

Tussen partijen is niet in het geschil dat KLM in 2014 heeft besloten de full freight activiteiten te verminderen van negen naar drie vlootlijnen (plus een reservetoestel) en structureel minder uren van Martinair af te nemen op basis van de ACMI-overeenkomst. Dit heeft (mede) geleid tot een besluit van Martinair om over te gaan tot het afstoten c.q. de verkoop van zes MD-11 toestellen. Naar het oordeel van het hof kan het besluit van KLM niet los worden gezien van de feitelijke situatie dat Martinair een 100% dochter is van KLM, dat de full freight activiteiten enkel door MAC werden uitgevoerd en Martinair geen partij (meer) was bij andere ACMI-overeenkomsten, zodat dit besluit van KLM rechtstreeks ingreep in de organisatie van MAC. KLM heeft het (voorgenomen) besluit om terug te gaan van negen naar drie vlootlijnen blijkens de adviesaanvraag van 17 september 2014 (productie 46 dv) aan haar eigen ondernemingsraad voorgelegd. Martinair heeft met het oog op dit besluit van KLM aan haar ondernemingsraad het (voorgenomen) besluit voorgelegd om over te gaan tot het uitfasen van de volledige MD-11 vloot (zes toestellen) zodat nog een vloot bestaande uit drie 744 ERF toestellen (plus een reservetoestel) zou overblijven.

4.17

Ter onderbouwing van hun stelling dat het feitelijk KLM is geweest die tot de vlootreductie van MAC heeft besloten, hebben de vrachtvliegers verder aangevoerd dat KLM in haar adviesaanvraag voor dit besluit de activiteiten van MAC als haar eigen activiteiten behandelde en niet als activiteiten van MAC als zelfstandig operating carrier, aangezien KLM de kosten van crew, fuel, fleet en maintenance als haar eigen kosten presenteerde. KLM heeft zich verweerd door te stellen dat KLM hier de kosten van de 'groep' presenteerde en dat Martinair immers zelf 'opdraait' voor de kosten van het toestel, het onderhoud, het personeel en haar eigen onderneming. Dit verweer van KLM overtuigt niet. Gelet op de adviesaanvraag aan haar eigen ondernemingsraad lag het in de rede dat KLM haar eigen kosten van de ACMI-overeenkomst zou presenteren, en niet voornoemde kosten, als Martinair zich in de visie van KLM tot haar zou verhouden als een zelfstandige operational carrier. Dat Martinair zelf 'opdraait' voor de kosten van crew, fuel, fleet en, maintenance heeft KLM onvoldoende onderbouwd nu de vliegers door KLM worden vergoed op basis van een 'benchmarked ACMI (Aircraft, Crew, Maintenance and Insurance) tariff' (kostprijs plus marge), en KLM feitelijk daarmee deze kosten voor haar rekening neemt, zoals ook is overwogen onder 4.10 e.v. hierboven.

4.18

Ter onderbouwing van hun stelling dat KLM de feitelijke zeggenschap over de vloot van MAC heeft, hebben de vrachtvliegers nog aangevoerd dat KLM de kosten van het uitsfaseren van de MD-11 vliegtuigen heeft gedragen door middel van een geormerkte lening aan Martinair van € 50 miljoen voor de kosten van de uitsfasering en afvloeiing van de vliegers (jaarverslag 2014), waarbij de terugbetaling door Martinair plaatsvindt door middel van de ACMI-overeenkomst. KLM heeft betwist dat zij de kosten van de uitsfasering heeft gedragen en gesteld dat de kosten voor uitsfasering hoger waren dan € 50 miljoen en de lening niet enkel bedoeld was voor de uitsfaseringskosten maar ook voor kosten die samenhangen met het terug leveren van twee vliegtuigen die Martinair via een operational lease-overeenkomst geleend had. Het hof oordeelt als volgt. De constructie, waarbij KLM een lening verstrekt van € 50 miljoen euro aan Martinair in verband met het afstoten van de MD-11 toestellen en het afvloeien van de vliegers en terugbetaling door Martinair plaatsvindt door middel van het bedrijfsresultaat dat MAC genereert ingevolge de ACMI-overeenkomst met KLM, vormt een sterke aanwijzing dat KLM in feite de kosten van het uitsfaseren van de MD-11 toestellen heeft gedragen, voor zover die kosten de opbrengst van de verkoop van de toestellen te boven ging. Het economisch risico van de ACMI-overeenkomst ligt immers zoals hiervoor onder 4.10 is geoordeeld bij KLM, zodat Martinair met een door KLM te bepalen gegarandeerde urenafname en een gecreëerd stabiel en positief bedrijfsresultaat bij MAC in staat werd gesteld de lening terug te betalen. Uit de stellingen van KLM blijkt dat terugbetaling inmiddels ook heeft plaatsgevonden. Op deze wijze is het KLM die feitelijk de kosten van het afstoten van de MD-11 vliegtuigen en de afvloeiingskosten van de vliegers heeft gedragen. KLM is immers de enige 'klant' van MAC.

4.19

De vrachtvliegers hebben aangevoerd dat de 'slots' die zijn vrijgefallen door de reductie van de vloot van MAC aan KLM zijn overgedragen. KLM heeft dit erkend - het gaat om de helft van de 'slots' van Martinair op Schiphol - maar betwist dat dit in verband kan worden gebracht met de beweerdelijke feitelijke zeggenschap over de vliegtuigen, dan wel met een overgang van onderneming; het betrof alleen de 'slots' op Schiphol, KLM kon de 'slots' goed gebruiken en het is gebruikelijk in de luchtvaartbranche om vrijvallende 'slots' binnen de groep te houden. Verder zijn de 'slots' naar de passagiersdivisie van KLM gegaan. Tenslotte heeft KLM de betreffende vliegtuigen die werden afgestoten niet verkregen, noch de zeggenschap daarover. De vrachtvliegers hebben hiertegen op hun beurt weer aangevoerd dat de 'slots' weliswaar naar de passagiersdivisie zijn gegaan maar dat dit juist (ook) vliegtuigen betreft waarmee vracht vervoerd wordt op basis van de 'bellies and combis first'-strategie.

4.20

Het hof is van oordeel dat de overgang van de 'slots' als gevolg van het afstoten van de MD-toestellen - ingegeven door het terugbrengen van de vlootlijnen van negen naar drie door KLM - kwalificeert als de overgang van (immateriële) activa van MAC aan KLM. De 'slots' zijn mede ten goede gekomen aan de cargo activiteiten van KLM door de 'bellies and combis first'-strategie. Dat bij het reduceren van het aantal toestellen door KLM de vrijgekomen 'slots' aan KLM zijn overgedragen, beschouwt het hof als een verdere aanwijzing voor de (overdracht van de) feitelijke zeggenschap van KLM over de vliegtuigen van MAC.

4.21

Het hof is van oordeel dat gelet op de voorgaande feiten en omstandigheden:

- de vervanging van de vier BCF-toestellen van MAC door vier ERF-toestellen van KLM;
- de berichtgeving dat Martinair niet meer zelfstandig kan beslissen over de vlootplanning;
- de uitfasering van de MD-toestellen van MAC als gevolg van het besluit van KLM om haar vluchtlijnen terug te brengen van negen naar drie, onder verstrekking van een geoormerkte lening van KLM aan Martinair in verband met de kosten van uitfasering en afvloeiing van de vliegers, waarbij die kosten in feite door KLM zijn gedragen;
- de overdracht van door de uitfasering vervallen 'slots' van MAC aan KLM;
- de vluchten door MAC die uitsluitend nog plaatsvinden met drie KLM-blauw gespoten vliegtuigen en een rood MAC-reservetoestel;
- het overnemen c.q. vervangen door KLM van het commerciële apparaat van MAC met als gevolg dat klanten zich niet meer tot MAC maar uitsluitend tot KLM kunnen wenden, waardoor KLM de verdeling van de vracht over de vliegtuigen van KLM ('bellies and combis first') en MAC (Full Freighters) bepaalt en daarmee of, waarheen en wanneer de vliegtuigen van MAC vliegen;

de conclusie gerechtvaardigd is dat KLM de feitelijke zeggenschap heeft over de vliegtuigen van MAC en dat KLM die vliegtuigen in feite exploiteert als onderdeel van de onderneming van KLM. Dat er geen directe eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden van vliegtuigen van MAC aan KLM doet hieraan in de gegeven omstandigheden niet af. Zoals ook door de Hoge Raad is vooropgesteld, moet - indien de gestelde overgang van een onderneming de luchtvaartsector betreft - de overdracht van het materieel (de vliegtuigen) van wezenlijk belang worden geacht om te beoordelen of sprake is van 'overgang van een vestiging' in de zin van art. 1 lid 1, van de Richtlijn (HvJEU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis)). Nu KLM de feitelijke zeggenschap over de vliegtuigen van MAC heeft verkregen en die vliegtuigen exploiteert als onderdeel van haar eigen onderneming, is naar het oordeel van het hof van een dergelijke overdracht sprake. Een directe eigendomsoverdracht van de vliegtuigen aan KLM als verkrijger - rekening houdend met de specifieke omstandigheden en de context - zoals hierboven weergegeven - is daartoe niet vereist (vgl. HvJEU 27 februari 2020, C-298/18, ECLI:EU:C:2020:121 (*Grafe en Pohle/Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH*)).

III.a

Overnemen bestemmingen

4.22

Het hof moet voorts nog de stelling van de vrachtvliegers beoordelen dat KLM in wezen een aantal met name genoemde vrachtbestemmingen heeft overgenomen doordat MAC op die bestemmingen minder is gaan vliegen of helemaal is gestopt, en KLM daarop met passagiersvliegtuigen met vrachtcapaciteit is begonnen te vliegen of daarop meer is gaan vliegen. Met deze stelling betogen de vrachtvliegers dat KLM meer frequent is gaan vliegen op de volgende MAC-bestemmingen: Buenos Aires, Miami, Harare, Santiago de Chile, Bogota, Bangkok, Doha, Quito, Guayaquil, Muscat, Hong Kong, Shanghai en Kigali.

Verder stellen de vrachtvliegers dat MAC, als gevolg van de vlootreductie, in totaal op 23 bestemmingen gestopt is met vliegen. KLM vliegt inmiddels zelf op zestien van die 23 bestemmingen. In 2017 vloog KLM op 28 van de 40 MAC-bestemmingen uit 2013. Hiertoe verwijzen de vrachtvliegers naar het overzicht van prod. 136 akte vv d.d. 14 maart 2017.

4.23

KLM heeft de juistheid van het overzicht niet weersproken, maar stelt dat de vrachtvliegers ten onrechte de jaren 2013 en 2017 met elkaar vergelijken. Het zou eerder moeten gaan om een vergelijking tussen 2011 en 2014, het jaar van de beweerde overgang van onderneming. De vergelijking die de vrachtvliegers maken, miskent dat de gestelde vluchten van KLM op de hierboven genoemde bestemmingen het vervoer van passagiers betreft en MAC op deze bestemmingen niet gestopt is met vliegen, zodat niet gezegd kan worden dat KLM de bestemming van MAC heeft overgenomen, temeer nu de load factor van MAC op deze bestemmingen niet is afgenomen, aldus KLM.

4.24

Het hof is van oordeel dat KLM niet voldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij meer, in de zin van meer frequent, is gaan vliegen op de met name genoemde bestemmingen. Het gaat weliswaar om bestemmingen voor passagiersvervoer maar door de 'bellies and combis first'-strategie zijn dit de toestellen waarvan eerst wordt bekeken of daar de vracht in kan worden vervoerd, alvorens de vracht in aanmerking komt voor vervoer met een Full Freighter. Dat de load factor van MAC op die bestemmingen niet is afgenomen zoals KLM heeft gesteld, laat onverlet dat er sprake kan zijn van het overnemen van bestemmingen, zoals blijkt uit het overzicht van prod. 136. Verder betwist KLM dat zij op enige van de 23 door de vrachtvliegiers genoemde bestemmingen - waarop Martinair is gestopt - zou zijn gaan vliegen, maar KLM heeft dit noch gespecificeerd noch verder onderbouwd. Dat had wel op haar weg gelegen nu dit bij uitstek informatie is waarover KLM beschikt. Het hof concludeert dan ook dat KLM in wezen een aantal bestemmingen heeft overgenomen doordat MAC op die bestemmingen minder is gaan vliegen of helemaal is gestopt, en KLM daarop met passagiersvliegtuigen is begonnen met vliegen of daarop meer is gaan vliegen.

III.b

Onderscheid luchtvrachtvervoer KLM en MAC

4.25

Ook moet het hof nog de stellingen van de vrachtvliegiers beoordelen dat (a) er een grote mate van overlap bestaat tussen de vracht die MAC vervoert en de vracht die KLM vervoert, en (b) dat 95% van alle vracht zowel in een vrachtvliegtuig als in een passagiersvliegtuig kan worden vervoerd. Met deze stellingen betogen de vrachtvliegiers dat er geen relevant onderscheid is tussen het door KLM en het door MAC verzorgde luchtvrachtvervoer, laat staan dat dit onderscheid erin gelegen zou zijn dat de full freighters grote voorwerpen vervoeren die niet in de 'belly' van een passagiersvliegtuig passen. Dit alles kan dan ook niet aanleiding vormen om eerder te concluderen tot de afwezigheid van een overgang van onderneming dan tot de aanwezigheid daarvan, zoals het gerechtshof Amsterdam heeft gedaan, aldus de vrachtvliegiers. Zij hebben er op gewezen dat de integratie van MAC in KLM juist gedreven werd door het verlangen van KLM om haar 'bellies and combis first'-strategie te waarborgen, dat het bestaansrecht van die strategie nu juist de grote mate van 'overlap' is tussen vracht die zowel via 'bellies and combis' en Full Freight kan worden vervoerd en dat 95% van de vracht meegenomen kan worden in het ruim van een gewoon passagiersvliegtuig. De resterende 5% kan voor het overgrote deel worden vervoerd op het main deck van een KLM combi. Slechts voor vracht met een buitengewone omvang of vorm is een Full Freighter nodig. Gevaarlijke stoffen mogen uitsluitend in een Full Freighter worden vervoerd en niet in een passagierstoestel. Ter onderbouwing van de gestelde 95% verwijzen de vrachtvliegiers naar de uitspraken van KLM-vrachtdirecteur Graber in een artikel in De Telegraaf van 16 juni 2015 (*"Er worden nog nauwelijks nieuwe vrachtvliegtuigen besteld, aldus Gräber. Volgens hem kan 95% van de vracht worden meegenomen in het ruim van een gewoon passagiersvliegtuig"*, prod. 89 vrachtvliegiers).

4.26

KLM heeft daartegenover gesteld dat zij primair passagiers met hun bagage vervoert en alleen als er ruimte over is vracht meeneemt in de 'belly' of combi. KLM heeft immers passagiersvervoer als hoofdactiviteit terwijl Martinair zich alleen richt op vrachtvervoer en daarbij gebruik maakt van de Full Freight toestellen die specifiek bedoeld zijn voor het vervoeren van vracht. KLM vervoert alleen vracht in 'belly'- en combivliegtuigen. De wijze van vrachtvervoer verschilt dus wezenlijk van elkaar. Het is niet zo dat 95% van de totale vervoerde vracht ook door de 'belly'/combi-vliegtuigen kan worden vervoerd; dit komt doordat grote voorwerpen relatief meer beschikbare capaciteit innemen. Verder vindt in de praktijk het vervoer van temperatuurgevoelige producten door Martinair plaats. KLM verwijst nog naar de website van Martinair waaruit kan blijken dat Martinair verder nog dieren (livestock) en het 'Formule 1 circus' vervoert.

4.27

Het hof is van oordeel dat KLM weliswaar de juistheid betwist van het door de vrachtvliegiers genoemde overlap-percentages van 95% (vanwege het feit dat grote objecten relatief meer beschikbare capaciteit innemen), maar bij gebreke van een onderbouwd lager percentage laat dit onverlet dat er een grote mate van overlap is en dat de 'bellies and combis first'-strategie juist hierop gebaseerd is. Dat grote objecten niet in de 'bellies' passen en temperatuurgevoelige producten, dieren of formule 1 wagens in de praktijk in de Full Freighters worden vervoerd doet hier evenmin aan af, aangezien KLM niet heeft onderbouwd dat deze

bijzondere vrachten een substantieel deel van het vrachtvervoer uitmaken, terwijl dit naar het oordeel van het hof wel op haar weg lag. Dat Martinair zich met dit gespecialiseerde vrachtvervoer wezenlijk onderscheidt van het door KLM verzorgde vrachtvervoer is - mede gelet op de context waaronder het vervoer plaatsvindt zoals hiervoor onder 4.13 overwogen - onvoldoende aannemelijk geworden. In ieder geval ziet het hof hierin geen aanwijzing voor de afwezigheid van een overgang van onderneming.

Conclusie overgang van onderneming

4.28

Na onderzoek door het hof van de door de Hoge Raad benoemde stellingen van de vrachtliegers blijkt uit de hierboven vermelde deelconclusies onder 4.13 en 4.21 dat er ten aanzien van MAC en het door haar verrichte vrachtvervoer gaandeweg een situatie is ontstaan waarbij sprake is van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico bij KLM ligt en MAC commercieel geheel afhankelijk is van KLM, die haar enige 'klant' is (I). Verder is sprake van een situatie waarbij KLM de feitelijke zeggenschap over de vliegtuigen van MAC heeft verkregen en die vliegtuigen exploiteert als onderdeel van haar eigen onderneming (II). Gelet op de als juist bevonden stellingen onder III.a dat KLM in wezen een aantal bestemmingen heeft overgenomen doordat MAC op die bestemmingen minder is gaan vliegen of helemaal is gestopt, en KLM daarop met passagiersvliegtuigen is begonnen met vliegen of daarop meer is gaan vliegen en onder III.b dat er een grote mate van overlap bestaat tussen de vracht die MAC vervoert en de vracht die KLM vervoert, rechtvaardigt dit alles de conclusie dat KLM als verkrijger de exploitatie van MAC in feite heeft voortgezet met dezelfde of soortgelijke activiteiten. KLM doet dat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen die MAC voor die activiteiten had ingezet (de vervangen Full Freighters die eigendom van KLM zijn en waar KLM de feitelijke zeggenschap over heeft, zoals overwogen onder 4.21 en 4.13). Het hof is van oordeel, gelet op al hetgeen hiervoor is geoordeeld en rekening houdend met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waaronder uiteraard de door de Hoge Raad vastgestelde feiten en omstandigheden, dat de identiteit van MAC bewaard is gebleven. Gelet op dit alles is de conclusie dat sprake is van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW.

Aan het gegeven dat Martinair een eigen AOC, een eigen onderhoudsbedrijf (het regional jet center ondergebracht in een zelfstandige dochtermaatschappij) en eigen cao heeft, komt geen zodanig zwaarwegende betekenis toe dat dit aan overgang van onderneming in weg staat. De overige feiten en omstandigheden waarop de vrachtliegers en KLM nog een beroep hebben gedaan leggen evenmin voldoende gewicht in de schaal om tot een ander oordeel te komen en behoeven daarom geen verdere bespreking. Ook de vraag of de Hoge Raad in 3.1 (r.o. 3.1.4 van het arrest) ten onrechte het woord 'bedrijfsmiddelen' heeft gebruikt in plaats van 'bedrijfsactiviteiten', behoeft geen bespreking aangezien dit niet tot een andere uitkomst kan leiden.

Tijdstip overgang van onderneming

4.29

Nu de overgang van onderneming gaandeweg, stapsgewijs en na verloop van tijd, haar beslag heeft gekregen, rijst de vraag wat als het tijdstip van overgang heeft te gelden. Daarbij moet het gaan om de datum waarop de verkrijger de beschikking krijgt over de middelen die nodig zijn om de onderneming voort te zetten. In de praktijk zal dat nauw aansluiten bij het moment waarop de verkrijger de exploitatie van de onderneming overneemt. Indien het tijdstip van overgang niet eenvoudig is vast te stellen dan is het aan de rechter om aan de hand van de feitelijke omstandigheden vast te stellen welk tijdstip het tijdstip van de overgang is (HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 en HR 20 februari 1987, NJ 1987/504). De vrachtliegers hebben gesteld dat 1 januari 2014 als datum voor de overgang moet worden genomen.

4.30

Het hof is van oordeel dat voor het bepalen van de datum van overgang van onderneming aansluiting moet worden gezocht bij het moment waarop gezegd kan worden dat er sprake was van overname van de exploitatie van MAC door KLM. Het hof is van oordeel dat dit 1 januari 2014 was. Op grond van de door de Hoge Raad vastgestelde feiten onder (xxiii) en hetgeen onder 4.13 is overwogen, hebben sinds die datum de ACMI-overeenkomst en de cost+-regeling hun beslag gekregen; met de inkoop door KLM en/of AFKL Cargo van een vooraf gegarandeerd aantal vliegreizen tegen een vast tarief, met vergoeding van de vluchtgerelateerde kosten en brandstofkosten. Hierdoor kwam het economisch risico (van de exploitatie) bij KLM te liggen en werd MAC commercieel geheel afhankelijk van KLM, haar enige 'klant'. Daaraan doet naar het oordeel van het hof niet af dat er per die datum nog twee ACMI-contracten bestonden (met Kenya Airways en Etihad Airways) omdat die relatief kort daarna afliepen dan wel zijn beëindigd en er nadien geen nieuwe ACMI-

overeenkomsten met derden zijn aangegaan. Verder ziet het hof ook in het RVA een aanknopingspunt voor de datum van 1 januari 2014, aangezien dit de datum was waarop vrachtvliegers (de 'rood label' vliegers) bij KLM in dienst konden treden. Feitelijke omstandigheden die op een andere of latere datum wijzen zijn verder niet gesteld of gebleken. Uit het *Celtec*-arrest (HvJEG 26 mei 2005, JAR 2005/205) volgt dat de overgang van de arbeidsovereenkomsten noodzakelijkerwijs plaatsvindt op het zelfde tijdstip als de overgang van onderneming. De overgang van de arbeidsovereenkomsten dient dus plaats te vinden per 1 januari 2014.

Toewijzing vorderingen

4.31

Gelet op het voorgaande zal het hof voor recht verklaren (i) dat de vrachtvliegers met ingang van 1 januari 2014, op de voet van art. 7:663 BW van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM. KLM zal worden veroordeeld - binnen twintig dagen na het arrest - de vrachtvliegers schriftelijk aan te bieden om binnen uiterlijk zes maanden na het aanbod tewerkgesteld te worden bij of ten behoeve van KLM met behoud van de laatstelijk bij Martinair vervulde functie en het bestaande functieniveau (iii), en veroordeelt KLM om in het hiervoor bedoelde schriftelijke aanbod de in art. 7:655 lid 1 sub a tot en met m BW genoemde gegevens op te nemen (iv). Gelet op de organisatieaanpassingen die KLM zal moeten doen om de vrachtvliegers in haar organisatie te kunnen plaatsen, wordt het verweer van KLM dat de door de vrachtvliegers verzochte termijn van 90 dagen te kort is gehonoreerd en wordt KLM een termijn van zes maanden gegund. Ook de onder (v) gevorderde verklaring voor recht zal worden gegeven die inhoudt dat KLM in strijd met de normen van art. 7:611 BW en/of art. 6:162 BW heeft gehandeld door vóór en ná de datum van overgang van onderneming (jegens de vrachtvliegers) te handelen alsof geen overgang van onderneming van Martinair naar KLM heeft plaatsgevonden en na te laten de vrachtvliegers tijdig, voldoende en juist te informeren over hun rechten in het kader van die overgang, en te bepalen dat KLM aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade, op te maken bij staat. De informatieverplichting van art. 7:665a BW geldt hier niet alleen voor de vervreemder maar ook voor KLM als verkrijger. KLM heeft deze vordering ook niet (meer) inhoudelijk bestreden. Ten aanzien van deze vorderingen zal VNV worden veroordeeld om de gevolgen van de toewijzing (jegens KLM) te gehangen en te gedogen. De vrachtvliegers hebben deze vordering niet 'prijsgegeven' zoals blijkt uit het petitum na verwijzing dat zij handhaven. De vordering beoogt niet om de rechten van de leden van VNV te beperken, maar ziet er enkel op dat VNV de veroordelingen van KLM ook jegens de vrachtvliegers dient te respecteren. Niet betwist is dat de vrachtvliegers daartoe een belang hebben. De vordering jegens VNV ter zake het 'gehangen en gedogen van de veroordelingen van KLM' kan dan ook worden toegewezen.

Plaats op de senioriteitslijst van KLM

4.32

Ten aanzien van de senioriteit en anciënniteit heeft het gerechtshof Amsterdam onder 2.18 van zijn arrest vastgesteld dat binnen de vliegwereld aan functieniveau, senioriteit en anciënniteit veel belang wordt gehecht. Aan de hand van de datum indiensttreding wordt de anciënniteit vastgesteld (met daaraan gekoppelde rechten) en de plaats op de senioriteitslijst. Senioriteit heeft consequenties voor uitzending, stationering, plaatsing op de IPB-lijst (Indien Plaats Beschikbaar, bij KLM) en detachering. Anciënniteit is bepalend voor ontslag bij inkrumping. In het algemeen verliest een vlieger zijn anciënniteit en senioriteit als hij van luchtvaartmaatschappij wisselt. Het zogenoemde 'horizontaal overstappen' (veranderen van werkgever met behoud van anciënniteit en senioriteit) komt zelden voor. Geen van de partijen heeft de juistheid van deze vaststelling bestreden.

4.33

De vrachtvliegers hebben een verklaring voor recht gevraagd dat zij eveneens per de datum van overgang van onderneming, dat wil zeggen per 1 januari 2014 - met behoud van hun bij Martinair geldende senioriteit - *primair* een plaats hebben op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM, dan wel *subsidiair* dat zij in het kader van eventuele boventalligheid en/of overtolligheid bij KLM worden geacht een dergelijke plaats op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM te hebben, (en primair en subsidiair) zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers. Zij hebben ter onderbouwing van hun vordering gewezen op art. 5.3 van de cao voor vliegers martinair holland n.v., dat bepaalt dat promotie, tewerkstelling op [vliegtuig]type, demotie, stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid, zullen plaatsvinden overeenkomstig de senioriteit van de werknemer, volgens de regels vastgelegd in Bijlage 18. Die regels bepalen onder andere dat elke vlieger bij indiensttreding onderaan de senioriteitslijst wordt geplaatst, dat in geval van gelijktijdige indiensttreding de volgorde wordt bepaald door de geboortedatum, dat de oudere

vlieger boven de jongere vlieger wordt geplaatst en dat bij gelijke geboortedatum de alfabetische volgorde wordt aangehouden. Een vlieger kan klimmen op de senioriteitslijst door uitstroom van een hoger geplaatste vlieger. De senioriteitslijst van Martinair vermeldt onder andere senioriteitsnummer, naam, functie/type, datum pensionering en datum einde bindingstermijn.

4.34

De vrachtvliegers stellen dat senioriteit een positie is waaraan concrete rechten kunnen worden ontleend en die ten dele gebaseerd is op anciënniteit. Alle aan anciënniteit gekoppelde rechten (en plichten), waaronder hun senioriteit, zijn volgens de vrachtvliegers op grond van art. 7:663 BW per 1 januari 2014 naar KLM overgegaan. In ieder geval geldt dat senioriteit een financieel recht inhoudt omdat senioriteit bepalend is voor de tewerkstelling op een bepaald vliegtuigtype en promotie (die beide gevolgen hebben voor het salaris) alsmede voor de vergoeding bij ontslag. Dit rechtvaardigt hoe dan ook de conclusie dat senioriteit een aan anciënniteit verbonden financieel recht inhoudt waarvan het HvJ EU heeft geoordeeld dat een dergelijk recht in het geval van overgang van onderneming mee overgaat. Zij verwijzen in dit verband naar de arresten *Collino* (HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, JAR 2000/225) en *Scattolon* (HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, EU:C:2011:542). Het onderaan de senioriteitslijst (van KLM) plaatsen zou de vrachtvliegers in een ongunstiger positie brengen met een enorme salarisachteruitgang en de kans op het verlies van hun baan omdat de ontslagvolgorde wordt bepaald door de omgekeerde volgorde van senioriteit.

4.35

KLM betwist dat senioriteit kan worden aangemerkt als een aan anciënniteit verbonden recht van financiële aard, terwijl uitsluitend zo'n financieel recht mee overgaat blijkens de rechtspraak van het HvJEU. KLM kent een eigen senioriteitslijst. Of promotie zal worden gemaakt, hangt niet exclusief af van de senioriteit van de vlieger maar van een aantal omstandigheden zoals bijvoorbeeld geschiktheid. KLM betwist dat de bij KLM en Martinair uitgevoerde vliegwerkzaamheden gelijkwaardig zijn, zodat ook daarom opgebouwde anciënniteit of senioriteit na een eventuele overgang van onderneming niet in acht behoort te worden genomen. Omdat KLM een grotere vloot heeft, met meer vliegtuigtypes, kent het functiegebouw van KLM meer verschillende functies die op de verschillende vliegtuigtypes vervuld kunnen worden en zijn er dan ook meer promotiekansen voor de vliegers bij KLM dan bij Martinair. Overgang van senioriteit na een eventuele overgang van onderneming is in strijd met het Unierecht gelet op de gevolgen hiervan voor alle betrokkenen, aldus KLM. Ook VNV heeft betoogd dat van een gegarandeerde promotie op grond van senioriteit geen sprake is: vacatures worden ingevuld door vliegers die in de biedronde (2x per jaar) vrijwillig hebben geboden (gesolliciteerd). De plek op de senioriteitslijst is van belang, maar ook of de vlieger horizontaal en/of verticaal 'gebonden' is en of hij voldoet aan de voorwaarden om in opleiding genomen te worden.

4.36

Het hof oordeelt als volgt. Zowel de vrachtvliegers als KLM omschrijven senioriteit als het hebben van een plaats op de senioriteitslijst. Bij indiensttreding wordt de vlieger onderaan de senioriteitslijst geplaatst en stijging vindt plaats doordat hoger geplaatste vliegers in de loop der tijd uitstromen. Senioriteit wordt daardoor in hoofdzaak bepaald door anciënniteit, namelijk door het aantal jaren in dienst als vlieger bij de luchtvaartmaatschappij. Promotie naar een andere functie en/of vliegtuigtype hangt grotendeels af van de plaats op de senioriteitslijst, en daarmee ook weer van de anciënniteit van de vlieger. Daarnaast speelt ook (gebleken) geschiktheid een rol. De vrachtvliegers van Martinair maken blijkens hun vordering aanspraak op een plaats op de senioriteitslijst van KLM. Het HvJEU heeft zich tot op heden niet gebogen over de vraag of *senioriteit* een recht is dat overgaat bij overgang van onderneming. Wel heeft het HvJEU in het arrest *Collino* geoordeeld dat anciënniteit op zich geen recht is dat mee overgaat ("*Anciënniteit die de overgegane werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd [is] op zich geen recht dat zij bij hun nieuwe werkgever te gelden kunnen maken*"). Dit is echter anders wanneer de anciënniteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemer. De verkrijger dient dan de anciënniteit mee te nemen bij de berekening van die financiële rechten (zoals een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst of salarisverhoging), en die rechten zullen in beginsel door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd. In het arrest *Scattolon* oordeelde het HvJEU dat anciënniteit van de overgenomen werknemer moet worden meegenomen als deze relevant is voor de salariëring van de werknemer bij de verkrijger, indien het niet (geheel of gedeeltelijk) meenemen ervan ertoe zou leiden dat de werknemer een wezenlijk salarisverlies - in vergelijking met zijn situatie onmiddellijk voorafgaand aan de overgang - zou ondergaan.

4.37

Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat de senioriteit van de vrachtvliegers, dat wil zeggen *de plaats op de senioriteitslijst van Martinair* die bestond onmiddellijk voorafgaand aan de overgang van onderneming, geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat overgaat bij de overgang van onderneming. De vrachtvliegers hebben dan ook geen recht op plaatsing op de senioriteitslijst van KLM hoger dan de positie die ontstaat vanwege de indiensttreding per 1 januari 2014, dat wil zeggen onderaan de senioriteitslijst per die datum. Voor zover de plaats op de senioriteitslijst een kans op toekomstige promotie inhoudt bij de verkrijger valt niet in te zien dat die promotiekansen voor de vrachtvliegers vergroot zouden moeten worden bij overgang van onderneming. Het doel van de Richtlijn is immers een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst en om te verzekeren dat de werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren, niet een positieverbetering. De promotiekansen bij KLM op basis van de bij KLM gehanteerde senioriteitslijst zijn naar het oordeel van het hof gunstiger dan de promotiekansen bij Martinair op basis van de daar geldende senioriteitslijst, zulks gelet op het functiegebouw van KLM en Martinair (kort gezegd, meer vliegtuigtypes en navenant meer (promotie)functies voor vliegers bij KLM dan bij Martinair). Anders dan de vrachtvliegers betogen, ligt een salarisachteruitgang als gevolg van de overgang van onderneming niet in de rede omdat de vrachtvliegers hun salarisaanspraken per de overdrachtsdatum behouden. Dit alles betekent dat de gevraagde verklaring voor recht die ziet op een plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van eventuele boventalligheid of overtolligheid (uitgaande van behoud van bij Martinair opgebouwde senioriteit) zal worden afgewezen. De vordering van de vrachtvliegers onder (ii) wordt afgewezen.

Ten aanzien van de gevraagde dwangsommen

4.38

Aan de veroordelingen zal het hof geen dwangsommen verbinden, nu deze veroordeling een situatie schept waarin overleg tussen partijen bij dit geding aangewezen is over de wijze waarop aan de veroordeling tot tewerkstelling van de vrachtvliegers concrete invulling zal worden gegeven, terwijl het naar het oordeel van het hof niet wenselijk is dat dit overleg onder dreiging van mogelijk te verbeuren dwangsommen moet plaatsvinden.

Uitvoerbaar bij voorraadverklaring

4.39

KLM heeft verweer gevoerd tegen de gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring omdat als de vorderingen uiteindelijk zouden worden afgewezen, KLM alles (zoals indienstneming, uitbetaling aan vliegers die overal ter wereld wonen) weer ongedaan zou moeten maken. Het hof meent dat in het kader van een belangenafweging de belangen van de vrachtvliegers thans, dat wil zeggen na de verwijzing na cassatie, zwaarder moeten wegen dan het belang van KLM bij behoud van de bestaande toestand totdat de uitspraak kracht van gewijsde heeft of op een eventueel rechtsmiddel is beslist. In dat verband weegt het hof mee dat de vordering tot - kort gezegd - plaatsing op de senioriteitslijst van KLM met behoud van bij Martinair opgebouwde senioriteit wordt afgewezen, evenals de gevorderde termijn van tewerkstelling binnen 90 dagen (wordt zes maanden) en de gevorderde dwangsommen.

Overige stellingen en bewijs

4.40

Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, leidt niet tot een ander oordeel en behoeft geen afzonderlijke bespreking. Het hof passeert de bewijsaanbiedingen, nu geen bewijs is aangeboden van feiten die, indien bewezen, kunnen leiden tot een andere beslissing.

Proceskostenveroordeling

4.41

KLM en VNV zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten en de nakosten van de procedure.

Beslissing

Het hof:

Ten aanzien van KLM

- verklaart voor recht dat de vrachtvliegers met ingang van 1 januari 2014 op de voet van art. 7:663 BW

van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM;

- veroordeelt KLM om de vrachtvliegers binnen twintig dagen na betekening van het arrest schriftelijk aan te bieden om binnen uiterlijk zes maanden na het aanbod tewerkgesteld te worden bij of ten behoeve van KLM met behoud van de laatstelijk bij Martinair vervulde functie en het bestaande functieniveau;
- veroordeelt KLM om in het hiervoor bedoelde schriftelijke aanbod de in art. 7:655 lid 1 sub a t/m m BW genoemde gegevens op te nemen;
- verklaart voor recht dat KLM in strijd met de normen van art. 7:611 BW en art. 6:162 BW heeft gehandeld door vóór en ná de datum van overgang van onderneming (jegens de vrachtvliegers) te handelen alsof geen overgang van onderneming van Martinair naar KLM heeft plaatsgevonden en na te laten de vrachtvliegers tijdig, voldoende en juist te informeren over hun rechten in het kader van die overgang, en te bepalen dat KLM aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade, op te maken bij staat;

Ten aanzien van VNV

- veroordeelt VNV om de gevolgen van de toewijzing van de vorderingen jegens KLM te gehangen en te gedogen; en

Ten aanzien van KLM en VNV

- veroordeelt KLM en VNV in de kosten van de procedure bij de rechtbank Amsterdam, aan de zijde van de vrachtvliegers tot op 4 april 2016 begroot op € 83,14 kosten dagvaarding, € 116 aan verschotten en € 1.200 salaris gemachtigde;
- veroordeelt KLM en VNV in de kosten van de procedure bij het gerechtshof Amsterdam, aan de zijde van de vrachtvliegers tot op 1 mei 2018 begroot op € 77,75 kosten dagvaarding, € 718 aan verschotten en € 2.682 salaris advocaat;
- veroordeelt KLM en VNV in de kosten van de procedure na cassatie en verwijzing, aan de zijde van de vrachtvliegers tot op heden begroot op € 112,05 kosten oproepingsexploit, € 0 aan verschotten en € 3.342 salaris advocaat en op € 163 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85 indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist als is vervat in het ten deze bestreden arrest, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, mede in onderlinge samenhang te lezen redenen:

A. Inleiding

1.

In deze procedure gaat het - kort samengevat - om het volgende. De Vliegers zijn allen (ex-) werknemers van Martinair. De cargodivisie van Martinair ('MAC') is vanaf 2009 langzaamaan geïntegreerd in de cargodivisie van KLM. De passagiersdivisie van Martinair is in 2011 opgeheven. KLM heeft in de periode tot januari 2014 verschillende typen personeel van MAC (grondpersoneel, cabinepersoneel en piloten) overgenomen en is MAC is steeds verder geïntegreerd in KLM. Vanaf 1 januari 2014 had Martinair nog slechts vliegers in dienst. KLM heeft geweigerd hun een arbeidsovereenkomst aan te bieden.^[1.]

2.

De Vliegers hebben KLM gedagvaard en gevorderd - samengevat en voor zover in cassatie van belang - (i) te verklaren voor recht dat de Vliegers per 1 januari 2014, althans per een door het hof vast te stellen datum, ex art. 7:663 BW van rechtswege in dienst zijn van KLM en alle per de datum van de overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de Vliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM, (ii.a) voor recht zal verklaren dat de Vliegers een plaats krijgen op de senioriteitslijst van KLM met behoud van de senioriteit die zij bij Martinair hadden op de dag voor de overgang van onderneming en (ii.b) de Vliegers bij eventuele boventalligheid/overtolligheid geacht worden een plaats te hebben op de senioriteitslijst van KLM op basis van hun senioriteit bij Martinair op de dag voor de overgang van onderneming.^[2.]

3.

Het hof heeft in het arrest geoordeeld dat per 1 januari 2014 sprake is van overgang van onderneming van MAC naar KLM in de zin van art. 7:662 BW.^[3.] Alle per die datum uit de arbeidsovereenkomsten tussen de Vliegers en Martinair geldende rechten en verplichtingen zijn daarom ex art. 7:663 BW overgegaan op KLM.^[4.]

4.

Het hof heeft de vorderingen voor zij betrekking hebben op overgang van senioriteit of daaraan verbonden rechten en plichten afgewezen. De senioriteit (en daarmee de plaats op de senioriteitslijst) speelt binnen de vliegwereld echter een zeer belangrijke rol.^[5.] De Vliegers hebben erop gewezen dat de senioriteit blijkens art. 5.3 Martinair CAO uitermate belangrijk is voor onder meer de volgende zaken: promotie, tewerkstelling op een type vliegtuig, stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid,^[6.] de vergoeding die de Vliegers bij ontslag krijgen^[7.] en de ontslagvolgorde (bij reorganisatie).^[8.] Eenvoudig gezegd: bij Martinair hadden de Vliegers als gevolg van hun plaats op de senioriteitslijst rechten ten aanzien van het vliegtuigtype waarop zij vlogen (en bij promotie kwamen te vliegen) en genoten zij een van hun senioriteit afhankelijke mate van ontslagbescherming (bij reorganisatie).^[9.] Een plaatsing op de senioriteitslijst van KLM enkel per de datum van overgang van onderneming (1 januari 2014) en zonder behoud van de voor 1 januari 2014 bij Martinair opgebouwde senioriteit, zoals door het hof aangenomen, heeft wezenlijk negatieve gevolgen voor Vliegers, onder meer, maar niet uitsluitend waar het gaat om de vliegtuigtypen waarop zij bij KLM geplaatst (kunnen) worden, het salaris en doorgroei daarvan en de volgorde bij ontslag.

5.

Het hof grondt de afwijzing van de vorderingen - samengevat - erop dat (i) senioriteit geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is, (ii) voor zover de plaats op de senioriteitslijst een vergrootte kans op promotie inhoudt, niet valt in te zien waarom die promotiekansen bij de overgang van onderneming moeten worden vergroot - wat door plaatsing op de senioriteitslijst van KLM het geval zou zijn, terwijl (iii) de Vliegers door de overgang van onderneming niet in salaris achteruit gaan (rov. 4.37).

6.

De Vliegers stellen in dit cassatieberoep bovenstaand senioriteitsoordeel aan de orde. Ten eerste heeft het HvJEU zich er nog niet over uitgelaten hoe met senioriteit en anciënniteit en de daaraan gekoppelde rechten bij overgang van onderneming precies moet worden omgegaan. Het HvJEU onderkent in ieder geval in verschillende arresten dat met anciënniteit rekening moet worden gehouden voor zover daaraan financiële rechten zijn verbonden. Het HvJEU heeft zich echter nog niet expliciet erover uitgelaten (a) of senioriteit (of de plaats op een senioriteitslijst) *als zodanig* als recht kwalificeert en kan overgaan voor zover daaraan (financiële of andersoortige) rechten zijn verbonden, (b) of de aan senioriteit en anciënniteit verbonden (financiële of andersoortige) rechten als zodanig kunnen overgaan en (c) of de senioriteit of de daaraan verbonden rechten enkel overgaan voor zover sprake is van financiële rechten dan wel dat de overgang ook ziet op andersoortige, niet (zuiver) financiële, rechten.

7.

De Vliegers hebben bij de aanvaarding van (een van) deze modaliteiten belang, omdat KLM jegens hen dan ook gebonden is aan de andere hiervoor opgesomde rechten die aan de senioriteit zijn verbonden. De aanvaarding van (een van) deze modaliteiten ligt in lijn van het doel van Richtlijn 2001/23/EG (de '*Richtlijn*'). Die Richtlijn wil immers - zonder onderscheid te maken tussen financiële of andersoortige rechten - een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst garanderen en voorkomen dat de werknemers bij de verkrijgende onderneming in een minder gunstige positie komen te verkeren dan zij hadden bij de vervreemder. Dat pleit ervoor dat in ieder geval zowel financiële als niet-financiële rechten overgaan. De vraag is dan enkel nog hoe die overgang zich concreet materialiseert: gaat de senioriteit als zodanig over, of dienen de daarvan afhankelijke rechten te worden 'losgeweekt' en door de verkrijger zelfstandig jegens de werknemer te worden gerespecteerd. Om ingewikkelde discussies te voorkomen hoe die 'losgeweelde' rechten bij de verkrijger precies moeten worden vormgegeven en ingepast, ligt het voor de hand aan de werknemers eenzelfde plaats op de senioriteitslijst te geven als zij de dag voor de overgang hadden bij de vervreemder.

8.

Ten tweede focust het hof zich bij zijn beslissing over de senioriteit enkel op de daaraan verbonden promotiemogelijkheden en het (behoud van het) huidige salarisniveau van de Vliegers. Zij hebben er echter op gewezen dat de senioriteit óók relevant is voor andersoortige, zowel financiële als niet-financiële rechten: de tewerkstelling op een type vliegtuig (hetgeen medebepalend is voor het salaris), stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtoolligheid,^[10.] de vergoeding die de Vliegers bij ontslag krijgen,^[11.] de ontslagvolgorde (bij reorganisatie)^[12.] en de wijze van salarisberekening.^[13.] Het hof besteedt daaraan ten onrechte geen aandacht. Die rechten zijn echter grotendeels evident (ook) financieel van aard, omdat zij onder meer van invloed zijn op de vraag of - en met inachtneming van welke termijn - de Vliegers ontslagen kunnen worden (en dus hun salaris verliezen), op de hoogte van de toe te kennen ontslagvergoeding en op de hoogte van het salaris zelf. Dat volgt ook uit de door het HvJEU aangehouden lijn: als de opbouw van arbeidsjaren van invloed is op de lengte van de in acht te nemen opzegtermijn, is sprake van een financieel recht, omdat de werknemer gedurende die periode recht op salaris heeft.^[14.] In dat licht geldt *a fortiori* dat de hiervoor genoemde rechten van de Vliegers financieel van aard zijn. Bovendien bepaalt de senioriteit dus onder meer welk werk de Vliegers mogen verrichten. Dat is in ieder geval een niet zuiver financieel recht dat de Richtlijn ook wil beschermen. De vliegwereld is voor dat type rechten meteen ook exemplarisch: het recht om (als gezagvoerder) op een Boeing 747 te mogen vliegen wordt verworven door langdurige inzet en jarenlange opleiding en ervaring. Dat is onvergelijkbaar met het recht om (als copiloot) te mogen vliegen op een Embraer 190 (Cityhopper).

9.

De Vliegers werken het voorgaande hierna in verschillende middelonderdelen uit.

B. Klachten

1. Senioriteit en/of daaraan verbonden rechten gaan over op verkrijger

1.1.

Het hof oordeelt in rov. 4.36-4.37 - samengevat - als volgt:

- (i) Zowel de Vliegers als KLM beschrijven senioriteit als het hebben van een plaats op de senioriteitslijst. Stijging op die lijst vindt plaats doordat hoger geplaatste vliegers uitstromen. Senioriteit wordt daardoor met name bepaald door anciënniteit: het aantal dienstjaren als vlieger bij een maatschappij (rov. 4.36);
- (ii) Promotie naar een andere functie en/of vliegtuigtype hangt grotendeels - naast gebleken geschiktheid - af van de plaats op de senioriteitslijst en daarmee ook weer van de anciënniteit van de vlieger (rov. 4.36);
- (ii) Het HvJEU heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de vraag of senioriteit een recht is dat overgaat
 - i) bij overgang van onderneming. Wel heeft het HvJEU in het *Collino*-arrest geoordeeld dat anciënniteit als zodanig geen voor overgang vatbaar recht is (rov. 4.36);
- (i) Voor overgang bestaat wel grond als de anciënniteit medebepalend is voor bepaalde financiële
 - v) rechten van de werknemer. De verkrijger moet dan de anciënniteit meenemen bij de berekening van die financiële rechten (zoals een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst of salarisverhoging) en die rechten zullen in beginsel door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd (rov. 4.36);
- (v) In het *Scattolon*-arrest heeft het HvJEU geoordeeld dat anciënniteit moet worden meegenomen als deze relevant is voor de salariëring van de werknemer bij de verkrijger, indien het niet (geheel of gedeeltelijk) meenemen ervan ertoe zou leiden dat de werknemer een wezenlijk salarisverlies zou ondergaan ten opzichte van zijn situatie onmiddellijk voorafgaand aan de overgang (rov. 4.36);
- (v) De senioriteit van de Vliegers, dat wil zeggen hun plaats op de senioriteitslijst van Martinair, is geen
 - i) aan anciënniteit gekoppeld financieel recht dat overgaat bij overgang van onderneming. Daarom hebben zij geen recht op plaatsing op de senioriteitslijst van KLM hoger dan onderaan de senioriteitslijst per 1 januari 2014 (rov. 4.37);
- (v) Voor zover de plaats op de senioriteitslijst een kans op toekomstige promotie inhoudt, valt niet in te
 - ii) zien waarom eventuele aan de plaatsing op de senioriteitslijst verbonden promotiekansen vergroot zouden moeten worden bij overgang van onderneming. Het doel van de Richtlijn is immers om een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst te garanderen en te voorkomen dat de werknemers in een minder gunstige positie komen te verkeren. De promotiekansen bij KLM zijn, gelet op het functiegebouw, voor de Vliegers bij gelijkblijvende senioriteit gunstiger dan bij Martinair (rov. 4.37);
- (v) Een salarisachteruitgang als gevolg van de overgang van onderneming ligt niet in de rede, omdat de
 - iii) Vliegers hun salarisaanspraken per de overdrachtsdatum van 1 januari 2014 behouden (rov. 4.37);
- (i) Gelet op het voorgaande zullen de gevorderde verklaringen voor recht die zien op de plaatsing van
 - x) Vliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van de eventuele boventalligheid of overtolligheid worden afgewezen (rov. 4.37).

1.2.

Het hof miskent met voornoemd oordeel, met name als bedoeld onder (iii)-(viii) dat senioriteit - dat wil zeggen: de aan de hand van anciënniteit bepaalde, door het uitstromen van hoger geplaatsten, plaats op een senioriteitslijst - (in ieder geval) als recht in de zin van art. 7:663 BW kwalificeert, indien daaraan financiële rechten zijn gekoppeld. Immers, het HvJEU kwalificeert weliswaar anciënniteit niet als zodanig als voor overgang vatbaar recht, maar oordeelt eveneens dat met de opgebouwde anciënniteit wel rekening moet

worden gehouden als zij medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van werknemers en die rechten door de verkrijger op dezelfde voet als de vervreemder moeten worden gehandhaafd. Anciënniteit gaat in zoverre dus volgens het HvJEU wel als recht, althans als hoedanigheid die de omvang van het daaraan verbonden recht beïnvloedt, over. De senioriteit kwalificeert in het verlengde daarvan daarom in ieder geval wel als recht ex art. 7:663 BW, althans als voor overgang vatbare hoedanigheid, voor zover die senioriteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemers. In normatief opzicht bestaat tussen anciënniteit en senioriteit geen relevant verschil: het betreft allebei een (met name) van tijdsverloop afhankelijke bij de vervreemder verworven status die meegaat op de verkrijger indien daaraan financiële rechten worden ontleend. Het hof ziet daaraan voorbij doordat het enkel constateert dat het HvJEU zich er nog niet over heeft uitgelaten of senioriteit als zodanig als voor overgang vatbaar recht kwalificeert, daarna nog nagaat of de senioriteit een aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is en (in dat kader) overweegt dat het niet kan inzien waarom de promotiekansen van de Vliegers door een gelijke plaatsing op de senioriteitslijst van KLM zouden moeten worden vergroot en dat hun salarisaanspraken per de overdrachtsdatum gelijk blijven.

1.3.

In ieder geval is 's hofs oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, omdat de Vliegers hebben aangevoerd dat de senioriteit als recht in de zin van art. 7:663 BW kwalificeert, omdat daaraan financiële rechten zijn gekoppeld, zoals de verschuldigde ontslagvergoeding,^[15.] tewerkstelling op een bepaald vliegtuigtype (wat weer invloed heeft op salarishoogte), promoties (eveneens van belang voor de hoogte van het salaris) alsmede de vergoeding en rechten bij ontslag en reorganisatie (bij eerder ontslag bij de verkrijger dan bij de vervreemder loopt een Vrachtvlieger ook salaris mis).^[16.] Het hof is ten onrechte niet nagegaan of senioriteit in dat licht als recht in de zin van 7:663 kwalificeert.

1.4.

Voorts/in ieder geval is 's hofs oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, omdat de Vliegers hebben aangevoerd dat senioriteit een aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is. De Vliegers hebben er daartoe (eveneens) op gewezen dat senioriteit (i) in belangrijke mate door anciënniteit wordt bepaald,^[17.] (ii) als arbeidsvoorwaarde is vastgelegd in art. 5.3 Martinair CAO^[18.] en (iii) (mede)bepalend is voor tewerkstelling op een bepaald vliegtuigtype (wat weer invloed heeft op salarishoogte), promoties (eveneens van belang voor de hoogte van het salaris) alsmede de vergoeding en rechten bij ontslag en reorganisatie (bij eerder ontslag bij de verkrijger dan bij de vervreemder loopt een Vrachtvlieger ook salaris mis)^[19.] alsmede op de berekening van de hoogte van het salaris zelf (de uitkomst van de salarisformule wordt bij KLM mede bepaald door het van de senioriteit afhankelijke functiebestanddeel).^[20.] Zonder nadere, ontbrekende, motivering valt daarom niet in te zien waarom het hof de senioriteit desondanks niet als een aan anciënniteit gekoppeld financieel recht kwalificeert. Het hof gaat in zijn overwegingen enkel (in het onder (vii) weergegeven oordeel) in op de aan de senioriteit verbonden promotiekansen en de gelijkblijvende salariëring bij KLM (in het onder (viii) weergegeven oordeel). De Vliegers hebben aan hun betoog dat de senioriteit zelf als financieel recht kwalificeert echter het hiervoor genoemde bredere scala aan daaraan verbonden financiële gevolgen ten grondslag gelegd. Daarop had het hof in ieder geval moeten responderen bij zijn onderzoek of de senioriteit een van anciënniteit afhankelijk financieel recht is.

1.5.

Het hof miskent voorts/in ieder geval dat senioriteit (ook) als (aan anciënniteit gekoppeld) recht in de zin van art. 7:663 BW kwalificeert indien daaraan andersoortige, niet (zuiver) financiële, rechten zijn verbonden, zoals - naar de Vliegers onder verwijzing naar de Martinair CAO en de KLM CAO hebben aangevoerd - de tewerkstelling op een type vliegtuig, stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtoolligheid^[21.] en de ontslagvolgorde (bij reorganisatie).^[22.] Die rechten hebben immers niet enkel financiële gevolgen voor de Vliegers, maar zijn ook in niet financiële zin voor de rechtspositie van de Vliegers ten opzichte van hun werkgever relevant. Voor zover het hof dat niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende navolgbaar gemotiveerd, omdat het niet kenbaar ingaat op het betoog van de Vliegers dat de senioriteit ook vanwege voornoemde daaraan gekoppelde niet (zuiver) financiële rechten als recht in de zin van art. 7:663 BW overgaat op KLM.^[23.]

1.6.

Althans miskent het hof dat ook niet zuiver financiële rechten waarvoor senioriteit dan wel anciënniteit medebepalend zijn, op de voet van art. 7:663 BW wel als zodanig overgaan op de verkrijger en/of door de

verkrijger jegens de werknemer op dezelfde voet als de vervreemder moeten worden gehandhaafd. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is 's hofs oordeel onvoldoende navolgbaar gemotiveerd, omdat de Vliegers hebben aangevoerd dat zij verschillende niet zuiver financiële rechten hebben waarvoor hun senioriteit medebepalend, zoals de reeds meermaals genoemde tewerkstelling op een type vliegtuig, stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid^[24.] en de ontslagvolgorde (bij reorganisatie).^[25.] Het hof gaat op dat betoog ten onrechte niet in.

1.7.

Voorts/in ieder geval is in het licht van de in onderdeel 1.2, 1.5 en 1.6 genoemde normen onvoldoende begrijpelijk waarom het hof tot de conclusie komt dat de verklaring voor recht met betrekking tot de eventuele boventalligheid of overtolligheid (primaire vordering onder (ii) sub (b)) moet worden afgewezen. Die vordering vindt haar grondslag immers in de door de Vliegers gestelde aan de senioriteit verbonden ontslagvolgorde (bij reorganisatie).^[26.] Dat is een aan senioriteit verbonden recht dat zowel als financieel (vanwege de het snellere ontslag en het daarmee verband houdende salarisverlies) als niet financieel (vanwege het verlies van werk) moet worden gekwalificeerd.

1.8.

Voor zover het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat de Vliegers enkel hebben aangevoerd dat de senioriteit dan wel de daaraan gekoppelde rechten bestaan uit betere promotiekansen en salaris, heeft het hof een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de processtukken. De Vliegers hebben zich immers - naar op grond van de hiervoor ontwikkelde klachten inmiddels duidelijk moge zijn - op het standpunt gesteld dat de senioriteit en anciënniteit mede krachtens art. 5.3 Martinair CAO niet alleen van invloed zijn op hun promotiekansen en salaris, maar ook op de tewerkstelling op een type vliegtuig, stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid,^[27.] de vergoeding die de Vliegers bij ontslag krijgen^[28.] en de ontslagvolgorde (bij reorganisatie).^[29.] 's Hofs oordeel is in dat geval bovendien innerlijk tegenstrijdig, omdat het in rov. 4.32 heeft vastgesteld dat senioriteit consequenties heeft voor uitzending, stationering, plaatsing op de IPB-lijst en detachering, terwijl anciënniteit bepalend is voor ontslag bij inkrimping. Daarmee verhoudt zich niet op begrijpelijke wijze dat senioriteit of daaraan gekoppelde rechten enkel van belang zijn voor betere promotiekansen en salaris.

1.9.

Althans miskent het hof dat aan het doel van de Richtlijn, dat werknemers er niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren, niet is voldaan als enkel de per de overdrachtsdatum bestaande salarisaanspraken (gefixeerd) gehandhaafd blijven. Ook het verlies van, of de vermindering van, mogelijkheden van salarisdoorgroei of promotie, de verminderde mogelijkheid van tewerkstelling op bepaalde vliegtuigtypen, verminderde ontslagbescherming en/of een lagere ontslagvergoeding na de overgang, hetgeen het gevolg zou zijn van het niet respecteren van de bij de vervreemder opgebouwde senioriteit, betekent immers dat de werknemers uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. In ieder geval is 's hofs oordeel onvoldoende gemotiveerd, omdat het niet motiveert waarom het verlies, of de vermindering, van voornoemde rechten niet tot gevolg heeft dat de Vliegers in een slechtere positie komen te verkeren ten opzichte van hun positie bij MAC.

1.10.

Althans miskent het hof dat reeds sprake is van een situatie dat een werknemer ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komt te verkeren, als zonder overgang van de senioriteit, althans de daaraan verbonden (financiële) rechten, het gevaar bestaat dat de werknemer in een minder gunstige positie komt te verkeren dan die waarin hij vóór die overgang verkeerde. Voor zover het hof dat niet heeft miskend, is 's hofs oordeel onvoldoende gemotiveerd. Zonder nadere, ontbrekende, motivering valt namelijk niet in te zien waarom het verlies door de Vliegers van, of de vermindering van, mogelijkheden van salarisdoorgroei of promotie, de verminderde mogelijkheid van tewerkstelling op bepaalde vliegtuigtypen, verminderde ontslagbescherming en/of een lagere ontslagvergoeding na de overgang als gevolg van het verlies van senioriteit niet ten minste het gevaar inhoudt dat zij in een slechtere positie komen te verkeren dan waarin zij bij MAC verkeerden. De kans op (salaris)doorgroei, promotie en tewerkstelling op andere vliegtuigtypes wordt door de plaatsing op de KLM-senioriteitslijst zonder de bij MAC opgebouwde senioriteit immers in ieder geval (aanzienlijk) verminderd, terwijl de kans op sneller ontslag en een lagere ontslagvergoeding ten opzichte van

hun positie bij MAC in ieder geval (aanzienlijk) wordt vergroot.^[30.]

1.11.

Voor zover het hof in rov. 4.32 tot uitgangspunt zou hebben genomen dat (het Hof Amsterdam in rov. 2.18 van zijn arrest van 1 mei 2018 heeft geoordeeld dat) senioriteit niet van belang is voor ontslag bij inkrimping, is dat oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, althans geeft het hof een onbegrijpelijke uitleg aan rov. 2.18 van het arrest van het Amsterdamse hof. Immers, ontslag bij inkrimping wordt ook door senioriteit bepaald. Dit vloeit allereerst voort uit de eigen vaststelling van het hof in rov. 4.36 dat senioriteit in hoofdzaak wordt bepaald door anciënniteit. Senioriteit heeft daarom dus ook invloed op het ontslag bij inkrimping. Bovendien vloeit dat voort uit het door de Vliegers ter onderbouwing van hun betoog aangevoerde art. 5.3 van de Martinair CAO, dat immers onder het kopje 'Senioriteit' bepaalt dat (onder meer) heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid plaatsvindt op grond van senioriteit.^[31.] Bovendien hebben de Vliegers er al vóór verwijzing steeds - als zodanig door KLM niet bestreden - op gewezen dat KLM bij ontslag bij reorganisatie de omgekeerde senioriteit hanteert.^[32.] Senioriteit heeft dus óók invloed op het ontslag bij inkrimping en zo heeft het Amsterdamse hof dat kennelijk - nu KLM die stelling van de Vliegers als zodanig niet heeft bestreden - ook in zijn rov. 2.18 bedoeld.

Conclusie

Conclusie A-G mr. P. Vlas:

Dit is de tweede keer dat de Hoge Raad geroepen wordt te oordelen over het geschil tussen KLM en de vrachtvliegers naar aanleiding van de overgang van de onderneming van Martinair naar KLM. Nadat de Hoge Raad bij arrest van 29 november 2019^[1.] het arrest van het hof Amsterdam heeft vernietigd en de zaak heeft verwezen naar het hof Den Haag, moest het verwijzingshof beoordelen of sprake is geweest van de overgang van de onderneming van Martinair naar KLM op 1 januari 2014. Het verwijzingshof heeft deze vraag bevestigend beantwoord en tevens geoordeeld dat de senioriteit die de vrachtvliegers bij Martinair hadden geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat overgaat bij de overgang van de onderneming. Tegen dat oordeel komen de vrachtvliegers in cassatie op.

1. Feiten en procesverloop

1.1

Voor de feiten volsta ik met verwijzing naar rov. 2.2 van het arrest van de Hoge Raad van 29 november 2019, alsmede naar rov. 1 van het thans in cassatie bestreden arrest van het hof Den Haag.^[2.]

1.2

Tussen partijen is in 2014 een geschil gerezen over de vraag of de vrachtvliegers door overgang van onderneming van rechtswege in dienst zijn getreden bij KLM en zo ja, of per datum van overgang alle uit de arbeidsovereenkomsten tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten, waaronder rechten voortvloeiende uit anciënniteit en senioriteit, zijn overgegaan op KLM. Bij eindvonnis van 4 april 2016 heeft de kantonrechter bij de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat geen sprake was van overgang van onderneming en de vorderingen van de vrachtvliegers afgewezen. Het hof Amsterdam heeft het vonnis van de rechtbank bij arrest van 1 mei 2018 bekrachtigd.^[3.] De vrachtvliegers hebben daartegen beroep in cassatie ingesteld. Bij arrest van 29 november 2019 heeft de Hoge Raad het arrest van het hof Amsterdam vernietigd en de zaak verwezen naar het hof Den Haag. Het verwijzingshof heeft met inachtneming van alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, opnieuw moeten onderzoeken of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.

1.3

Voor zover in cassatie relevant, heeft het hof Den Haag beslist over de volgende vorderingen van de vrachtvliegers ten aanzien van KLM: (i) verklaring voor recht dat de vrachtvliegers met ingang van 1 januari 2014, althans per een door het hof vast te stellen datum, op de voet van art. 7:663 BW van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM, en (ii) verklaring voor recht dat de vrachtvliegers per datum van overgang - met behoud van hun bij Martinair geldende senioriteit - *primair* een plaats hebben op de senioriteitslijst van KLM, dan wel *subsidiar* in het kader van eventuele boventalligheid en/of overtolligheid bij KLM worden geacht een dergelijke plaats op de senioriteitslijst van KLM te hebben, (en primair en subsidiar) zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers.

1.4

Bij arrest van 8 juni 2021^[4] heeft het hof Den Haag geoordeeld dat er sprake is geweest van een overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW (rov. 4.28) en wel per 1 januari 2014 (rov. 4.29), zodat per die datum de overgang van de arbeidsovereenkomsten dient plaats te vinden (rov. 4.30). Het hof heeft, kort gezegd, voor recht verklaard dat de vrachtvliegers met ingang van 1 januari 2014 op de voet van art. 7:663 BW van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM (rov. 4.31).

1.5

Het hof heeft de vorderingen van de vrachtvliegers betreffende plaatsing op de senioriteitslijst van KLM afgewezen en daartoe het volgende overwogen:

'4.36 Het hof oordeelt als volgt. Zowel de vrachtvliegers als KLM omschrijven senioriteit als het hebben van een plaats op de senioriteitslijst. Bij indiensttreding wordt de vlieger onderaan de senioriteitslijst geplaatst en stijging vindt plaats doordat hoger geplaatste vliegers in de loop der tijd uitstromen. Senioriteit wordt daardoor in hoofdzaak bepaald door anciënniteit, namelijk door het aantal jaren in dienst als vlieger bij de luchtvaartmaatschappij. Promotie naar een andere functie en/of vliegtuigtype hangt grotendeels af van de plaats op de senioriteitslijst, en daarmee ook weer van de anciënniteit van de vlieger. Daarnaast speelt ook (gebleken) geschiktheid een rol. De vrachtvliegers van Martinair maken blijkens hun vordering aanspraak op een plaats op de senioriteitslijst van KLM. Het HvJEU heeft zich tot op heden niet gebogen over de vraag of *senioriteit* een recht is dat overgaat bij overgang van onderneming. Wel heeft het HvJEU in het arrest Collino geoordeeld dat anciënniteit op zich geen recht is dat mee overgaat (*'Anciënniteit die de overgegane werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd [is] op zich geen recht dat zij bij hun nieuwe werkgever te gelden kunnen maken'*). Dit is echter anders wanneer de anciënniteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemer. De verkrijger dient dan de anciënniteit mee te nemen bij de berekening van die financiële rechten (zoals een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst of salarisverhoging), en die rechten zullen in beginsel door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd. In het arrest Scatallon [lees: Scattolon, A-G] oordeelde het HvJEU dat anciënniteit van de overgenomen werknemer moet worden meegenomen als deze relevant is voor de salariering van de werknemer bij de verkrijger, indien het niet (geheel of gedeeltelijk) meenemen ervan ertoe zou leiden dat de werknemer een wezenlijk salarisverlies - in vergelijking met zijn situatie onmiddellijk voorafgaand aan de overgang - zou ondergaan.

4.37 Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat de senioriteit van de vrachtvliegers, dat wil zeggen *de plaats op de senioriteitslijst van Martinair* die bestond onmiddellijk voorafgaand aan de overgang van onderneming, geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat overgaat bij de overgang van onderneming. De vrachtvliegers hebben dan ook geen recht op plaatsing op de senioriteitslijst van KLM hoger dan de positie die ontstaat vanwege de indiensttreding per 1 januari 2014, dat wil zeggen onderaan de senioriteitslijst per die datum. Voor zover de plaats op de senioriteitslijst een kans op toekomstige promotie inhoudt bij de verkrijger valt niet in te zien dat die promotiekansen voor de vrachtvliegers vergroot zouden moeten worden bij overgang van onderneming. Het doel van de Richtlijn is immers een ongewijzigde

voortzetting van de arbeidsovereenkomst en om te verzekeren dat de werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren, niet een positieverbetering. De promotiekansen bij KLM op basis van de bij KLM gehanteerde senioriteitslijst zijn naar het oordeel van het hof gunstiger dan de promotiekansen bij Martinair op basis van de daar geldende senioriteitslijst, zulks gelet op het functiegebouw van KLM en Martinair (kort gezegd, meer vliegtuigtypes en navenant meer (promotie)functies voor vliegers bij KLM dan bij Martinair). Anders dan de vrachtvliegers betogen, ligt een salarisachteruitgang als gevolg van de overgang van onderneming niet in de rede omdat de vrachtvliegers hun salarisaanspraken per de overdrachtsdatum behouden. Dit alles betekent dat de gevraagde verklaring voor recht die ziet op een plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van eventuele boventalligheid of overtolligheid (uitgaande van behoud van bij Martinair opgebouwde senioriteit) zal worden afgewezen. De vordering van de vrachtvliegers onder (ii) wordt afgewezen.'

1.6

De vrachtvliegers hebben tijdig cassatieberoep ingesteld. KLM en VNV hebben verweer gevoerd. De vrachtvliegers en KLM hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht, waarna de vrachtvliegers hebben gerepliceerd en KLM en VNV hebben gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1

Het cassatiemiddel klaagt uitsluitend over het oordeel van het hof in rov. 4.36-4.37, waarin de vordering met betrekking tot de plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM is afgewezen. Het oordeel van het hof dat sprake is van overgang van onderneming, is in cassatie onbestreden.

2.2

Het middel bestaat na een inleiding uit elf onderdelen, waarvan *onderdeel 1.1* geen klacht bevat maar een samenvatting van het oordeel van het hof.

2.3

Onderdeel 1.2 klaagt dat het hof heeft miskend dat senioriteit als recht kwalificeert in de zin van art. 7:663 BW, indien daaraan financiële rechten zijn gekoppeld. Het onderdeel betoogt dat het HvJEU weliswaar anciënniteit niet als zodanig als een voor overgang vatbaar recht heeft gekwalificeerd, maar wel heeft geoordeeld dat met anciënniteit rekening moet worden gehouden als zij medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van werknemers en die rechten door de verkrijger op dezelfde voet als de vervreemder moeten worden gehandhaafd. Volgens het onderdeel kwalificeert senioriteit daarom in ieder geval wel als recht in de zin van art. 7:663 BW, althans als voor overgang vatbare hoedanigheid, voor zover die senioriteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemers. In normatief opzicht bestaat tussen anciënniteit en senioriteit geen relevant verschil. Het hof is hieraan voorbijgegaan door slechts te constateren dat het HvJEU zich er nog niet over heeft uitgelaten of senioriteit als zodanig als voor overgang vatbaar recht kwalificeert. Vervolgens is het hof nog nagegaan of de senioriteit een aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is en heeft het (in dat kader) overwogen dat het niet kan inzien waarom de promotiekansen van de vliegers door een gelijke plaatsing op de senioriteitslijst van KLM zouden moeten worden vergroot en dat hun salarisaanspraken per de overdrachtsdatum gelijk blijven, aldus het onderdeel.

2.4

Bij de bespreking van dit onderdeel stel ik het volgende voorop. In deze zaak spelen de begrippen 'anciënniteit' en 'senioriteit' een rol. In rov. 4.36 heeft het hof onder 'anciënniteit' kortweg verstaan 'het

aantal jaren in dienst als vlieger bij de luchtvaartmaatschappij' en - evenals de vrachtvliegers en KLM - onder 'senioriteit' verstaan 'het hebben van een plaats op de senioriteitslijst' (rov. 4.36). De vlieger wordt onderaan de lijst geplaatst op het moment van indiensttreding en stijgt op de lijst wanneer hoger geplaatste vliegers uitstromen. De senioriteit wordt hoofdzakelijk bepaald door de anciënniteit, het aantal jaren dat de vlieger in dienst is. Tegen deze door het hof gehanteerde begripsuitleg zijn geen klachten gericht.

2.5

De bescherming van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming is geregeld in art. 7:662 e.v. BW. Deze regeling vormt de implementatie van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn),^[5.] die de opvolger is van de eerdere richtlijnen 98/50/EG^[6.] en 77/187/EEG.^[7.] De Richtlijn strekt ertoe 'de handhaving van de rechten van de werknemers te verzekeren bij een verandering in de persoon van de ondernemer, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven'.^[8.] Het doel van de Richtlijn bestaat er tevens in een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger.^[9.]

2.6

Art. 3 lid 1 van de Richtlijn luidt als volgt:

'De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

De lidstaten kunnen bepalen dat de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen welke vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.'

2.7

Dit artikel is voor Nederland geïmplementeerd in art. 7:663 BW, dat bepaalt:

'Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.'

2.8

De Richtlijn definieert niet wat onder 'rechten en verplichtingen' in de zin van art. 3 lid 1 moet worden verstaan, zodat de vraag of senioriteit als recht kwalificeert dat werknemers bij overgang van onderneming behouden, niet op basis van de tekst van de Richtlijn kan worden beantwoord. Het HvJEU heeft zich over deze vraag nog niet uitdrukkelijk uitgelaten. Wél heeft het HvJEU in een aantal arresten geoordeeld over de status van anciënniteit - het aantal opgebouwde dienstjaren - in het kader van overgang van onderneming. In het arrest *Collino* heeft het Hof overwogen:

'50. Zoals de advocaat-generaal in punt 91 van zijn conclusie opmerkt, is de anciënniteit die de overgegangene werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd, op zich geen recht dat zij bij hun nieuwe werkgever geldend kunnen maken. Daarentegen is de anciënniteit medebepalend voor bepaalde financiële rechten van de werknemers, en die rechten zullen door de verkrijger al naar het geval op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd.'

51. De verkrijger is dus bij de berekening van de rechten van financiële aard zoals een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst of salarisverhogingen, gehouden om alle dienstjaren die het overgedragen personeel heeft vervuld, samen te tellen, voor zover deze verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding van dit personeel met de vervreemder en overeenkomstig de in het kader van die arbeidsverhouding overeengekomen voorwaarden.'

2.9

Anciënniteit is dus geen recht dat overgaat bij overgang van onderneming. De verkrijger is, zo volgt uit punt 51 van het arrest *Collino*, wel gehouden de anciënniteit van de overgegangene werknemer in acht te nemen bij de berekening van rechten van financiële aard, voor zover deze verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding van de werknemer met de vervreemder en overeenkomstig de in het kader van die arbeidsverhouding overeengekomen voorwaarden.

2.10

Ook in het arrest *Scattolon*^[10.] heeft het HvJEU zich uitgelaten over anciënniteit in het kader van overgang van onderneming. In deze zaak werd in de cao van de vervreemder bij de bezoldiging géén rekening gehouden met de anciënniteit. In de cao die gold bij de verkrijger hingen de salaristrappen en loonsverhogingen van de werknemers daarentegen wél in hoge mate af van de anciënniteit. Het Hof heeft vastgesteld dat de anciënniteit die was verworven door het personeel van de vervreemder kon worden aangemerkt als gelijkwaardig met de anciënniteit van de werknemers met hetzelfde profiel die al langer werkzaam waren voor de verkrijger. Van een gelijkwaardige anciënniteit is sprake wanneer de taken die de overgegangene werknemer verrichtte bij de vervreemder, gelijk waren aan of zeer veel gelijkenissen vertonen met de taken die werden verricht door het personeel met hetzelfde profiel dat al vóór de overgang door de verkrijger was tewerkgesteld.^[11.] Het Hof heeft vervolgens overwogen:

‘81. In dergelijke omstandigheden, waarbij via een minstens gedeeltelijke erkenning van de anciënniteit van de overgegangene werknemers wordt vermeden dat zij een wezenlijk salarisverlies in vergelijking met hun situatie onmiddellijk voorafgaand aan de overgang moeten ondergaan, zou het in zijn strijd met de doelstelling van Richtlijn 77/187 (...) om met deze anciënniteit geen rekening te houden voor zover dit nodig is voor de handhaving bij benadering van het salaris dat deze werknemers bij de vervreemder ontvingen (...).’

2.11

In het arrest *Collino* heeft het Hof overwogen dat de verkrijger rekening moet houden met de anciënniteit van de werknemer bij de berekening van financiële rechten, voor zover deze verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding van deze werknemer met de vervreemder. Hierop heeft het HvJEU in het arrest *Scattolon* een nuancering aangebracht. Ook wanneer de vervreemder niet verplicht was om het aantal dienstjaren samen te tellen bij de berekening van financiële rechten, kan de verkrijger gehouden zijn de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit gedeeltelijk te erkennen. Dit is het geval wanneer de werknemer als gevolg van het feit dat zijn dienstjaren niet mee overgaan een wezenlijk salarisverlies lijdt; de verkrijger moet dit verlies dan bij benadering compenseren.^[12.]

2.12

In de arresten *Collino* en *Scattolon* ging het om aan anciënniteit verbonden rechten van de werknemers die financieel van aard waren, namelijk de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de bezoldiging. Naar aanleiding van deze arresten is in de literatuur de vraag opgeworpen of de verkrijger ook gehouden kan zijn om de anciënniteit in acht te nemen wanneer deze medebepalend is voor bepaalde rechten van de werknemers die niet-financieel van aard zijn.^[13.] Uit het arrest *Unionen* kan worden afgeleid dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. De verwijzende rechter heeft in deze zaak aan het HvJEU de vraag voorgelegd of de verkrijger bij de bepaling van de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst ook het aantal dienstjaren moet meetellen dat de werknemer bij de vervreemder heeft vervuld.^[14.] Het HvJEU heeft overwogen dat de gevorderde verlenging van de opzegtermijn met zes maanden recht gaf op betaling van zes maanden loon en dat het recht op een opzegtermijn daarom moest worden beschouwd als een financieel recht.^[15.] Daarom was de verkrijger op grond van art. 3 lid 1 van de Richtlijn verplicht om de anciënniteit die de werknemer had opgebouwd bij de vervreemder mee te nemen bij de bepaling van de opzegtermijn.^[16.] Hoewel in de literatuur kritiek is geuit op de argumentatie van het HvJEU,^[17.] volgt uit het arrest dat het Hof het begrip ‘financieel recht’ ruim opvat en dat het een zelfstandige betekenis heeft. Uit het arrest volgt dat de verkrijger

geen rekening behoeft te houden met de anciënniteit wanneer deze bepalend is voor niet-financiële rechten.

2.13

Uit de besproken rechtspraak van het HvJEU volgt dat er geen grond bestaat om in het kader van overgang van onderneming een verschil te maken tussen de behandeling van senioriteit en die van anciënniteit. Dat betekent dat senioriteit op zich geen recht is dat een overgegangene werknemer tegenover de verkrijger geldend kan maken. De verkrijger moet echter wel rekening houden met deze senioriteit als feitelijke omstandigheid^[18.] voor zover de senioriteit bij de vervreemder medebepalend was voor bepaalde financiële rechten van de werknemers én voor zover dit nodig is om die rechten op dezelfde voet te handhaven. Er is geen reden te veronderstellen dat het HvJEU de vraag inzake senioriteit bij overgang van onderneming anders zal beantwoorden dan de reeds beantwoorde vraag naar anciënniteit bij overgang van onderneming. In zoverre is sprake van een 'acte éclairé'. Bij deze stand van zaken is de Hoge Raad niet gehouden tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU.

2.14

Na deze uiteenzetting keer ik terug naar *onderdeel 1.2*. Zoals gezegd, klaagt het onderdeel in de kern genomen dat het hof heeft miskend dat de bij de vervreemder opgebouwde senioriteit als recht van de werknemer moet worden beschouwd dat ingevolge art. 7:663 BW overgaat op de verkrijger voor zover hieraan financiële rechten zijn gekoppeld. Uit de besproken arresten van het HvJEU volgt dat de bij de vervreemder verworven senioriteit op zich geen recht is dat een overgegangene werknemer geldend kan maken bij de verkrijger. De verkrijger is slechts gehouden senioriteit als feitelijke omstandigheid mee te nemen bij de berekening van financiële rechten die aan senioriteit zijn gekoppeld, voor zover deze verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de vervreemder en voor zover dit nodig is voor de handhaving van die rechten. De klacht gaat derhalve uit van een onjuiste rechtsopvatting en faalt daarom.

2.15

Het onderdeel klaagt nog dat het hof heeft miskend dat senioriteit in het verlengde van anciënniteit kwalificeert als een voor overgang vatbare hoedanigheid, voor zover senioriteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemers.

2.16

Het hof heeft overwogen dat de vrachtliegers hebben gevorderd dat het hof voor recht verklaart dat zij met behoud van hun bij Martinair geldende senioriteit op de senioriteitslijst van KLM worden geplaatst in algemene zin dan wel in het kader van eventuele boventalligheid en/of overtolligheid (rov. 4.33) en dat zij hiertoe hebben gesteld dat in ieder geval geldt dat senioriteit een financieel recht inhoudt dat op grond van de rechtspraak van het HvJEU mee overgaat in geval van overgang van onderneming (rov. 4.34).^[19.] Deze rechtsoverwegingen zijn in cassatie niet bestreden. De vraag die bij het hof voorlag, was dus of senioriteit een aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat op grond van art. 7:663 BW overgaat bij de overgang van onderneming. Het hof heeft deze vraag in rov. 4.37 ontkennend beantwoord en hieraan de conclusie verbonden dat de vrachtliegers geen recht hebben op plaatsing op de senioriteitslijst van KLM hoger dan de positie die ontstaat vanwege de indiensttreding per 1 januari 2014. De vrachtliegers hebben niet gesteld dat senioriteit, in het verlengde van anciënniteit, kan kwalificeren als een voor overgang vatbare hoedanigheid wanneer deze medebepalend is voor bepaalde financiële rechten. Dat het hof zich niet (expliciet) over deze kwestie heeft uitgelaten, betekent dus niet dat het hof heeft miskend dat senioriteit als zodanig kan worden aangemerkt.

2.17

Daarbij komt dat het hof in rov. 4.36 heeft overwogen dat het HvJEU zich nog niet heeft gebogen over senioriteit, maar dat de anciënniteit die de werknemer heeft opgebouwd bij de vervreemder op zich geen recht

is dat de werknemer te gelden kan maken bij de verkrijger. Is de anciënniteit echter medebepalend voor bepaalde financiële rechten, dan dient de verkrijger de anciënniteit bij de berekening van die financiële rechten mee te nemen en die rechten zullen door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd. In rov. 4.37 heeft het hof overwogen dat 'gelet op het voorgaande' senioriteit geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat overgaat bij overgang van onderneming. Kennelijk heeft het hof aangenomen dat hetgeen het HvJEU betreffende anciënniteit heeft overwogen, ook geldt voor senioriteit, en dat de stelling van de vrachtvliegers dat senioriteit een aan anciënniteit verbonden financieel recht is, daarom onjuist is.

2.18

De klacht dat het hof heeft miskend dat senioriteit in het verlengde van anciënniteit kwalificeert als een voor overgang vatbare hoedanigheid, voor zover de senioriteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemers, mist dus feitelijke grondslag en faalt daarmee.

2.19

Onderdeel 1.3 klaagt dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is gemotiveerd, omdat de vrachtvliegers hebben aangevoerd dat de senioriteit als recht in de zin van art. 7:663 BW kwalificeert omdat daaraan financiële rechten zijn gekoppeld, waaronder de verschuldigde ontslagvergoeding.

2.20

Het onderdeel bouwt voort op het vorige onderdeel en deelt hetzelfde lot. Bovendien miskent het onderdeel dat een rechtsoordeel niet met vrucht kan worden bestreden met een motiveringsklacht.

2.21

Onderdeel 1.4 klaagt dat het oordeel van het hof onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, omdat de vrachtvliegers hebben aangevoerd dat senioriteit een aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is. Het onderdeel wijst hierbij op verschillende stellingen van de vrachtvliegers waaruit dit zou blijken en stelt dat het hof in ieder geval op deze stellingen had moeten responderen.

2.22

Dit onderdeel bouwt voort op de voorgaande onderdelen en deelt het lot daarvan.

2.23

Onderdeel 1.5 klaagt, kort gezegd, dat het hof heeft miskend dat senioriteit (ook) als (aan anciënniteit) gekoppeld recht in de zin van art. 7:663 BW kwalificeert indien daaraan andersoortige, niet (zuiver) financiële rechten zijn verbonden.

2.24

Ook dit onderdeel bouwt voort op de voorgaande onderdelen en deelt het lot daarvan.

2.25

Onderdeel 1.6 klaagt dat het hof miskent dat ook niet zuiver financiële rechten waarvoor senioriteit dan wel anciënniteit medebepalend zijn, op de voet van art. 7:663 BW wel als zodanig overgaan op de verkrijger en/of door de verkrijger jegens de werknemer op dezelfde voet als de vervreemder moeten worden gehandhaafd.

Voor zover het hof dit niet heeft miskend, heeft het hof zijn oordeel onvoldoende navolgbaar gemotiveerd, omdat de vrachtvliegers hebben aangevoerd dat zij verschillende niet zuiver financiële rechten hebben waarvoor hun senioriteit medebepalend is en het hof niet op dat betoog is ingegaan.

2.26

Het door het hof in rov. 4.37 gegeven oordeel dat de vorderingen van de vrachtvliegers betreffende de plaatsing op de senioriteitslijst moeten worden afgewezen, wordt reeds zelfstandig gedragen door de tevergeefs bestreden grond dat senioriteit geen aan anciënniteit verbonden (financieel) recht is dat op de voet van art. 7:663 BW overgaat. Ten overvloede merk ik op dat uit het HvJEU-arrest *Unionen* volgt dat de verkrijger op grond van de Richtlijn niet gehouden is rekening te houden met anciënniteit wanneer deze bepalend is voor rechten die niet-financieel van aard zijn. Het onderdeel faalt.

2.27

Onderdeel 1.7 betoogt dat onvoldoende begrijpelijk is waarom het hof tot de conclusie komt dat de verklaring voor recht met betrekking tot de eventuele boventalligheid of overtolligheid moet worden afgewezen. Die vordering vindt haar grondslag immers in de door de vrachtvliegers gestelde aan de senioriteit verbonden ontslagvolgorde, dat een aan senioriteit verbonden recht is dat moet worden gekwalificeerd als zowel financieel als niet-financieel.

2.28

In rov. 4.34 heeft het hof - in cassatie onbestreden - overwogen dat de vrachtvliegers ten aanzien van hun vorderingen inzake een verklaring voor recht betreffende plaatsing op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van eventuele boventalligheid en overtolligheid bij KLM, hebben gesteld dat senioriteit een aan anciënniteit verbonden (financieel) recht is. Het onderdeel gaat, als ik het goed zie, uit van een grondslag voor de vordering die de vrachtvliegers in de feitelijke instanties niet hebben gesteld en faalt daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag. Overigens is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk in het licht van rov. 4.31, waarin het hof heeft overwogen dat het hof Amsterdam in zijn arrest van 1 mei 2018 heeft vastgesteld dat *anciënniteit* bepalend is voor de volgorde van ontslag en dat partijen deze vaststelling niet hebben bestreden.

2.29

Onderdeel 1.8 klaagt dat, voor zover het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat de vrachtvliegers enkel hebben aangevoerd dat de senioriteit dan wel de daaraan gekoppelde rechten bestaan uit betere promotiekansen en salaris, het hof een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de processtukken die bovendien innerlijk tegenstrijdig is, omdat het hof in rov. 4.32 heeft vastgesteld dat senioriteit consequenties heeft voor uitzending, stationering, plaatsing op de IPB-lijst en detachering.

2.30

Het onderdeel faalt reeds bij gebrek aan belang om dezelfde reden als onderdeel 1.6. Daarbij komt dat uit rov. 4.32 blijkt dat het hof niet tot uitgangspunt heeft genomen dat de vrachtvliegers *enkel* hebben aangevoerd dat de senioriteit dan wel de daaraan gekoppelde rechten bestaan uit betere promotiekansen en salaris. Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van het arrest en faalt dus.

2.31

Onderdeel 1.9 klaagt dat het hof heeft miskend dat aan het doel van de Richtlijn, dat werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren, niet is voldaan als enkel de per de overdrachtsdatum bestaande salarisaanspraken (gefixeerd) gehandhaafd blijven. Ook het verlies van, of de vermindering van, mogelijkheden van salarisdoorgroei of promotie, de verminderde

mogelijkheid van tewerkstelling op bepaalde vliegtuigtypen, verminderde ontslagbescherming en/of een lagere ontslagvergoeding na de overgang, hetgeen het gevolg zou zijn van het niet-respecteren van de bij de vervreemder opgebouwde senioriteit, betekent immers dat de werknemers uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. In ieder geval is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof niet motiveert waarom het verlies, of de vermindering, van voornoemde rechten niet tot gevolg heeft dat de vrachtvliegers in een slechtere positie komen te verkeren ten opzichte van hun positie bij Martinair, aldus het onderdeel.

2.32

Het hof heeft in rov. 4.37 overwogen dat het doel van de Richtlijn is een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst en te verzekeren dat de werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. Het doel is niet een positieverbetering. Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat de promotiekansen bij KLM op basis van de bij KLM gehanteerde senioriteitslijst gunstiger zijn dan de promotiekansen bij Martinair op basis van de daar geldende senioriteitslijst. De klacht dat het hof heeft miskend dat aan het doel van de Richtlijn niet is voldaan als enkel de per de overdrachtsdatum bestaande salarisaanspraken (gefixeerd) gehandhaafd blijven, mist dus feitelijke grondslag en faalt daarom.

2.33

Het hof heeft niet geoordeeld dat wanneer de vrachtvliegers níet op de senioriteitslijst van KLM zouden worden geplaatst met behoud van hun bij Martinair opgebouwde senioriteit, zij mogelijkheden van, onder andere, salarisdoorgroei of promotie verliezen of dat deze mogelijkheden worden verkleind. Kennelijk heeft het hof de daartoe strekkende stellingen van de vrachtvliegers, die door verweerders zijn betwist, niet bewezen geacht. De klacht dat het hof heeft miskend dat een verlies of vermindering van, onder andere, mogelijkheden van promotie, ertoe kan leiden dat een werknemer als gevolg van overgang van onderneming in een minder gunstige positie kan verkeren, mist ook feitelijke grondslag en faalt.

2.34

De vraag of loopbaanverwachtingen van de werknemer, zoals mogelijkheden van promotie naar een andere functie, kunnen kwalificeren als een recht dat mee overgaat na overgang van onderneming, kan daarmee buiten beschouwing blijven. Ten overvloede wijs ik erop dat de Richtlijn er slechts toe strekt de op de dag van overgang bestaande rechten en verplichtingen van de werknemers te handhaven.^[20.] Met deze doelstelling is moeilijk verenigbaar dat verwachtingen van de werknemer ten aanzien van het maken van promotie naar een andere functie kwalificeren als een voor overgang vatbaar recht. Dit geldt in het bijzonder wanneer, zoals in deze zaak, promoties niet louter afhangen van de senioriteit, maar ook van gebleken geschiktheid^[21.] en de functies bij de vervreemder en verkrijger, en daarmee ook de promotiekansen, verschillen.^[22.]

2.35

Nu het hof niet heeft geoordeeld dat het niet-respecteren van de door de vrachtvliegers bij Martinair opgebouwde senioriteit leidt tot een verlies of vermindering van de mogelijkheden van salarisdoorgroei of promotie, faalt ook de in het onderdeel vervatte motiveringsklacht bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.36

Onderdeel 1.10 klaagt dat het hof heeft miskend dat reeds sprake is van een situatie dat een werknemer ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komt te verkeren, als zonder overgang van de senioriteit, althans de daaraan verbonden (financiële) rechten, het gevaar bestaat dat de werknemer in een minder gunstige positie komt te verkeren dan die waarin hij vóór die overgang verkeerde. Voor zover het hof dat niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Zonder nadere, ontbrekende motivering valt namelijk niet in te zien waarom het verlies of de vermindering van mogelijkheden van salarisdoorgroei of

promotie, de verminderde mogelijkheid van tewerkstelling op bepaalde vliegtuigtypen, verminderde ontslagbescherming en/of een lagere ontslagvergoeding na de overgang als gevolg van het verlies van senioriteit niet ten minste het gevaar inhoudt dat de vrachtvliegers in een slechtere positie komen te verkeren dan waarin zij bij Martinair verkeerden, aldus het onderdeel.

2.37

Het onderdeel gaat er, evenals het voorgaande onderdeel, ten onrechte vanuit dat het hof heeft vastgesteld dat de overgang van onderneming leidt tot een verlies of vermindering van mogelijkheden van salarisdoorgroei of promotie, verminderde ontslagbescherming en/of een lagere ontslagvergoeding voor de vrachtvliegers als gevolg van verlies van senioriteit. Het onderdeel faalt daarmee wegens gebrek aan feitelijke grondslag.

2.38

Ten overvloede merk ik nog het volgende op. Het onderdeel betoogt dat een werknemer als gevolg van de overgang reeds in een minder gunstige positie verkeert wanneer het *gevaar* bestaat dat hij in een minder gunstige positie komt te verkeren dan die waarin hij vóór de overgang verkeerde. Ter onderbouwing van deze stelling verwijzen de vrachtvliegers in hun schriftelijke toelichting^[23.] naar het arrest van het HvJEU inzake *Correia Moreira*,^[24.] waarin een werkneemster als gevolg van overgang van onderneming op grond van de toepasselijke nationale wetgeving moest deelnemen aan een selectieprocedure en daarnaast een nieuwe verbintenis met de verkrijger moest aangaan. Wanneer zij in dienst zou worden genomen, zou zij gedurende een periode van minstens tien jaar een lager salaris krijgen dan voor de overgang. Het HvJEU overwoog: '60. Dergelijke vereisten, die ten eerste de met de vervreemder overeengekomen arbeidsvoorwaarden van personen als verzoekster in het hoofdgeding wijzigen en ten tweede het gevaar inhouden dat de werkneemster in een minder gunstige positie komt te verkeren dan die waarin zij vóór die overgang verkeerde, moeten echter worden geacht in strijd te zijn zowel met artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 als met de doelstelling van die richtlijn.'

2.39

Deze overweging, die nauw verweven is met de omstandigheden van het concrete geval, levert op zichzelf onvoldoende bewijs voor de stelling dat de werknemer als gevolg van de overgang van onderneming reeds in een minder gunstige positie komt te verkeren, wanneer daarvoor alleen al *het gevaar* bestaat. Dan bestaat immers ook de mogelijkheid dat de werknemer na de overgang in dezelfde positie of zelfs in een gunstiger positie komt te verkeren. Die mogelijkheid deed zich in het arrest *Correia Moreira* niet voor. Ook in de andere uitspraken van het HvJEU over de Richtlijn zijn geen aanwijzingen te vinden dat 'het gevaar om in een ongunstigere positie te komen te verkeren' al voldoende is. Het HvJEU heeft bij herhaling overwogen dat de Richtlijn tot doel heeft te verhinderen dat de bij de overgang van de onderneming betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen - en niet: *kunnen* komen - te verkeren.^[25.] Het onderdeel gaat derhalve uit van een onjuiste rechtsopvatting en faalt ook op die grond.

2.40

Onderdeel 1.11 klaagt dat voor zover het hof in rov. 4.32 tot uitgangspunt zou hebben genomen dat (het hof Amsterdam in rov. 2.18 van zijn arrest van 1 mei 2018 heeft geoordeeld dat) senioriteit niet van belang is voor ontslag bij inkrimping, dat oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, althans dat het hof een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan rov. 2.18 van het arrest van het hof Amsterdam. Volgens het onderdeel wordt ontslag bij inkrimping ook door senioriteit bepaald. Dit vloeit voort uit (i) het feit dat senioriteit in hoofdzaak wordt bepaald door anciënniteit, (ii) het door de vrachtvliegers aangevoerde art. 5.3 van de Martinair CAO, waarin wordt bepaald dat (onder meer) heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid plaatsvindt op grond van senioriteit en (iii) dat KLM bij ontslag bij reorganisatie de omgekeerde senioriteit hanteert.

2.41

Rov. 2.18 van het arrest van het hof Amsterdam van 1 mei 2018 luidt:

‘Binnen de vliegwereld wordt aan functieniveau, senioriteit en anciënniteit veel belang gehecht. Aan de hand van de datum van indiensttreding wordt de anciënniteit vastgesteld (met daaraan gekoppelde bijzondere rechten) en de plaats op een bij een bepaalde functie behorende senioriteitslijst. Senioriteit heeft voorts consequenties voor uitzending, stationering, plaatsing op de IPB-lijsten (‘Indien Plaats Beschikbaar’-vliegen) en detachering. Anciënniteit is bepalend voor ontslag ten gevolge van inkrimping van de vliegers. In het algemeen verliest men zijn anciënniteit en senioriteit als men van luchtvaartmaatschappij wisselt. Het zogenoemde ‘horizontaal overstappen’ (veranderen van werkgever met behoud van anciënniteit en senioriteit) komt zelden voor.’

2.42

Het hof Den Haag heeft deze rechtsoverweging integraal overgenomen in rov. 4.32 van het bestreden arrest en hieraan toegevoegd dat geen van de partijen de juistheid van deze vaststelling heeft bestreden. Voor zover het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat slechts anciënniteit en niet senioriteit bepalend is voor ontslag ten gevolge van inkrimping, is dat oordeel in het licht van het bovenstaande voldoende begrijpelijk en behoeft het geen nadere motivering. Van een onbegrijpelijke uitleg van rov. 2.18 van het arrest van het hof Amsterdam is evenmin sprake. Het onderdeel faalt.

2.43

In de schriftelijke toelichting doen de vrachtvliegers nog een beroep op feiten die zij niet in de feitelijke instanties hebben aangevoerd.^[26.] Zij miskennen aldus dat de Hoge Raad geen acht kan slaan op feitelijke nova (art. 419 lid 2 Rv).

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

- a. zijn arrest tussen partijen in de zaak 18/03295 (ECLI:NL:HR:2019:1858) van 29 november 2019;
- b. het arrest in de zaak 200.278.757/01 van het gerechtshof Den Haag van 8 juni 2021.

De vrachtvliegers hebben tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

KLM en VNV hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor de vrachtvliegers en KLM toegelicht door hun advocaten, en voor KLM mede door J.M. van Slooten en J. Boer.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) De vrachtvliegers zijn allen bij Martinair Holland N.V. (hierna: Martinair) werkzaam (geweest) in de functie van vrachtvlieger.
- (ii) Martinair heeft als activiteiten (gehad) passagiersluchtvaart en luchtvrachtvervoer, ondergebracht in afzonderlijke divisies. Het vrachtvervoer van Martinair vindt plaats onder de naam Martinair Cargo (hierna: MAC).
- (iii) KLM heeft een passagiersdivisie en een vrachtdivisie (de laatste hierna: AFKL Cargo).
- (iv) VNV is een vakvereniging van werknemers als bedoeld in de Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst (WCAO). Zij heeft een dekkingspercentage van ruim 90% onder de piloten van KLM en van Martinair.
- (v) Sinds 1964 hield KLM 50% van de aandelen in Martinair. Sinds 31 december 2008 is KLM enig aandeelhouder van Martinair.
- (vi) Vanaf begin 2009 zijn MAC en AFKL Cargo langzamerhand geïntegreerd. In 2009 zijn de eerste onderdelen samengevoegd. De betrokken medewerkers (grondpersoneel) van Martinair zijn met behoud van anciënniteit in dienst van KLM gekomen en zijn ingezet op soortgelijke werkzaamheden als zij bij Martinair verrichtten.
- (vi i) In de loop van 2010 heeft verdere commerciële integratie van MAC en AFKL Cargo plaatsgevonden, waarbij onder meer het commerciële netwerk van de vrachtafdelingen is geïntegreerd.
- (vi ii) Martinair heeft haar passagiersdivisie per 1 november 2011 opgeheven. Het cabinepersoneel van de passagiersdivisie van Martinair is per 1 februari 2011 bij KLM in dienst getreden. KLM heeft deze medewerkers een startersfunctie aangeboden, zonder behoud van anciënniteit en senioriteit. Hun salaris wordt door Martinair aangevuld tot de hoogte van het oude loon.
- (ix) In de loop van 2011 zijn de commerciële organisatie van MAC en die van AFKL Cargo volledig samengevoegd.
- (x) Per 1 november 2011 zijn 71 vliegers van Martinair in dienst van KLM getreden. Deze vliegers kregen bij KLM een startersfunctie. Er zijn ongeveer 20 vliegers van Martinair afgewezen, omdat er te weinig plaatsen waren voor alle solliciterende vliegers.
- (xi) Na de voltooiing van de commerciële integratie is besloten om een verdere operationele samenwerking tussen KLM en Martinair te realiseren. Een aantal operationele afdelingen van Martinair is onderdeel van KLM geworden. Daarbij zijn ongeveer 65 medewerkers van Martinair naar KLM overgegaan.
- (xi i) Een aantal grondmedewerkers van Martinair is per 1 januari 2014 bij KLM in dienst getreden. Martinair heeft sindsdien nog slechts vrachtvliegers in dienst. KLM heeft deze vrachtvliegers geen arbeidsovereenkomst aangeboden.

2.2

De vrachtvliegers vorderen in dit geding, voor zover in cassatie van belang:

- i. een verklaring voor recht dat de vrachtvliegers per 1 januari 2014, althans een door de rechter vast te stellen datum, op grond van art. 7:663 BW (overgang van onderneming) van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM;
- ii. een verklaring voor recht
 - a) primair: dat de vrachtvliegers per de datum van overgang van onderneming met behoud van de bij Martinair op de dag vóór de datum van overgang van onderneming geldende senioriteit een plaats hebben op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM, zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers;
 - b) subsidiair: dat de vrachtvliegers in het kader van eventuele boventalligheid en/of overtolligheid bij KLM - waaronder mede worden begrepen: de dochterondernemingen van KLM - in de periode na de datum van overgang van onderneming worden geacht een plaats op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM te hebben op basis van de bij Martinair op de dag vóór de datum van overgang van onderneming geldende senioriteit, zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers.

2.3

De rechtbank en het gerechtshof Amsterdam^[1.] hebben de vorderingen van de vrachtvliegers afgewezen. De Hoge Raad heeft het arrest van het gerechtshof Amsterdam vernietigd^[2.] en de zaak verwezen naar het gerechtshof Den Haag (hierna: het hof).

2.4

Het hof^[3.] heeft, voor zover in cassatie van belang, de hiervoor in 2.2 onder i. genoemde vordering toegewezen en de onder ii. genoemde vordering afgewezen. Met betrekking tot die afwijzing heeft het hof als volgt overwogen:

“ Plaats op de senioriteitslijst van KLM

4.32 Ten aanzien van de senioriteit en anciënniteit heeft het gerechtshof Amsterdam onder 2.18 van zijn arrest vastgesteld dat binnen de vliegwereld aan functieniveau, senioriteit en anciënniteit veel belang wordt gehecht. Aan de hand van de datum indiensttreding wordt de anciënniteit vastgesteld (met daaraan gekoppelde rechten) en de plaats op de senioriteitslijst. Senioriteit heeft consequenties voor uitzending, stationering, plaatsing op de IPB-lijst (Indien Plaats Beschikbaar, bij KLM) en detachering. Anciënniteit is bepalend voor ontslag bij inkrumping. In het algemeen verliest een vlieger zijn anciënniteit en senioriteit als hij van luchtvaartmaatschappij wisselt. Het zogenoemde ‘horizontaal overstappen’ (veranderen van werkgever met behoud van anciënniteit en senioriteit) komt zelden voor. Geen van de partijen heeft de juistheid van deze vaststelling bestreden.

4.33 De vrachtvliegers hebben een verklaring voor recht gevraagd dat zij eveneens per de datum van overgang van onderneming, dat wil zeggen per 1 januari 2014 - met behoud van hun bij Martinair geldende senioriteit - *primair* een plaats hebben op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM, dan wel *subsidiair* dat zij in het kader van eventuele boventalligheid en/of overtolligheid bij KLM worden geacht een dergelijke plaats op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM te hebben, (en primair en subsidiair) zonder dat hierbij onderscheid wordt gemaakt tussen KLM- en Martinair-vliegers. Zij hebben ter onderbouwing van hun vordering gewezen op art. 5.3 van de cao voor vliegers martinair holland n.v., dat bepaalt dat promotie, tewerkstelling op [vliegtuig]type, demotie, stationering en heraanstelling na ontslag ten gevolge van overtolligheid, zullen plaatsvinden overeenkomstig de senioriteit van de werknemer, volgens de regels vastgelegd in Bijlage 18. Die regels bepalen onder andere dat elke vlieger bij indiensttreding onderaan de senioriteitslijst wordt geplaatst, dat in geval van gelijktijdige indiensttreding de volgorde wordt bepaald door de geboortedatum, dat de oudere

vlieger boven de jongere vlieger wordt geplaatst en dat bij gelijke geboortedatum de alfabetische volgorde wordt aangehouden. Een vlieger kan klimmen op de senioriteitslijst door uitstroom van een hoger geplaatste vlieger. De senioriteitslijst van Martinair vermeldt onder andere senioriteitsnummer, naam, functie/type, datum pensionering en datum einde bindingstermijn.

4.34 De vrachtvliegers stellen dat senioriteit een positie is waaraan concrete rechten kunnen worden ontleend en die ten dele gebaseerd is op anciënniteit. Alle aan anciënniteit gekoppelde rechten (en plichten), waaronder hun senioriteit, zijn volgens de vrachtvliegers op grond van art. 7:663 BW per 1 januari 2014 naar KLM overgegaan. In ieder geval geldt dat senioriteit een financieel recht inhoudt omdat senioriteit bepalend is voor de tewerkstelling op een bepaald vliegtuigtype en promotie (die beide gevolgen hebben voor het salaris) alsmede voor de vergoeding bij ontslag. Dit rechtvaardigt hoe dan ook de conclusie dat senioriteit een aan anciënniteit verbonden financieel recht inhoudt waarvan het HvJ EU heeft geoordeeld dat een dergelijk recht in het geval van overgang van onderneming mee overgaat. Zij verwijzen in dit verband naar de arresten Collino (HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, JAR 2000/225) en Scattalon (HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, EU:C:2011:542). Het onderaan de senioriteitslijst (van KLM) plaatsen zou de vrachtvliegers in een ongunstiger positie brengen met een enorme salarisachteruitgang en de kans op het verlies van hun baan omdat de ontslagvolgorde wordt bepaald door de omgekeerde volgorde van senioriteit.

4.35 KLM betwist dat senioriteit kan worden aangemerkt als een aan anciënniteit verbonden recht van financiële aard, terwijl uitsluitend zo'n financieel recht mee overgaat blijkens de rechtspraak van het HvJEU. KLM kent een eigen senioriteitslijst. Of promotie zal worden gemaakt, hangt niet exclusief af van de senioriteit van de vlieger maar van een aantal omstandigheden zoals bijvoorbeeld geschiktheid. KLM betwist dat de bij KLM en Martinair uitgevoerde vliegwerkzaamheden gelijkwaardig zijn, zodat ook daarom opgebouwde anciënniteit of senioriteit na een eventuele overgang van onderneming niet in acht behoort te worden genomen. Omdat KLM een grotere vloot heeft, met meer vliegtuigtypes, kent het functiegebouw van KLM meer verschillende functies die op de verschillende vliegtuigtypes vervuld kunnen worden en zijn er dan ook meer promotiekansen voor de vliegers bij KLM dan bij Martinair. Overgang van senioriteit na een eventuele overgang van onderneming is in strijd met het Unierecht gelet op de gevolgen hiervan voor alle betrokkenen, aldus KLM. Ook VNV heeft betoogd dat van een gegarandeerde promotie op grond van senioriteit geen sprake is: vacatures worden ingevuld door vliegers die in de biedronde (2x per jaar) vrijwillig hebben geboden (gesolliciteerd). De plek op de senioriteitslijst is van belang, maar ook of de vlieger horizontaal en/of verticaal 'gebonden' is en of hij voldoet aan de voorwaarden om in opleiding genomen te worden.

4.36 Het hof oordeelt als volgt. Zowel de vrachtvliegers als KLM omschrijven senioriteit als het hebben van een plaats op de senioriteitslijst. Bij indiensttreding wordt de vlieger onderaan de senioriteitslijst geplaatst en stijging vindt plaats doordat hoger geplaatste vliegers in de loop der tijd uitstromen. Senioriteit wordt daardoor in hoofdzaak bepaald door anciënniteit, namelijk door het aantal jaren in dienst als vlieger bij de luchtvaartmaatschappij. Promotie naar een andere functie en/of vliegtuigtype hangt grotendeels af van de plaats op de senioriteitslijst, en daarmee ook weer van de anciënniteit van de vlieger. Daarnaast speelt ook (gebleken) geschiktheid een rol. De vrachtvliegers van Martinair maken blijkens hun vordering aanspraak op een plaats op de senioriteitslijst van KLM. Het HvJEU heeft zich tot op heden niet gebogen over de vraag of *senioriteit* een recht is dat overgaat bij overgang van onderneming. Wel heeft het HvJEU in het arrest Collino geoordeeld dat anciënniteit op zich geen recht is dat mee overgaat (*'Anciënniteit die de overgegangene werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd [is] op zich geen recht dat zij bij hun nieuwe werkgever te gelden kunnen maken'*). Dit is echter anders wanneer de anciënniteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemer. De verkrijger dient dan de anciënniteit mee te nemen bij de berekening van die financiële rechten (zoals een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst of salarisverhoging), en die rechten zullen in beginsel door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd. In het arrest Scattalon oordeelde het HvJEU dat anciënniteit van de overgenomen werknemer moet worden meegenomen als deze relevant is voor de salariëring van de werknemer bij de verkrijger, indien het niet (geheel of gedeeltelijk) meenemen ervan ertoe zou leiden dat de werknemer een wezenlijk salarisverlies - in vergelijking met zijn situatie onmiddellijk voorafgaand aan de overgang - zou ondergaan.

4.37 Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat de senioriteit van de vrachtvliegers, dat wil zeggen de

plaats op de senioriteitslijst van Martinair die bestond onmiddellijk voorafgaand aan de overgang van onderneming, geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat overgaat bij de overgang van onderneming. De vrachtvliegers hebben dan ook geen recht op plaatsing op de senioriteitslijst van KLM hoger dan de positie die ontstaat vanwege de indiensttreding per 1 januari 2014, dat wil zeggen onderaan de senioriteitslijst per die datum. Voor zover de plaats op de senioriteitslijst een kans op toekomstige promotie inhoudt bij de verkrijger valt niet in te zien dat die promotiekansen voor de vrachtvliegers vergroot zouden moeten worden bij overgang van onderneming. Het doel van de Richtlijn is immers een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst en om te verzekeren dat de werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren, niet een positieverbetering. De promotiekansen bij KLM op basis van de bij KLM gehanteerde senioriteitslijst zijn naar het oordeel van het hof gunstiger dan de promotiekansen bij Martinair op basis van de daar geldende senioriteitslijst, zulks gelet op het functiegebouw van KLM en Martinair (kort gezegd, meer vliegtuigtypes en navenant meer (promotie)functies voor vliegers bij KLM dan bij Martinair). Anders dan de vrachtvliegers betogen, ligt een salarisachteruitgang als gevolg van de overgang van onderneming niet in de rede omdat de vrachtvliegers hun salarisaanspraken per de overdrachtsdatum behouden. Dit alles betekent dat de gevraagde verklaring voor recht die ziet op een plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van eventuele boventalligheid of overtolligheid (uitgaande van behoud van bij Martinair opgebouwde senioriteit) zal worden afgewezen. De vordering van de vrachtvliegers onder (ii) wordt afgewezen."

3. Beoordeling van het middel

3.1.1

Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen rov. 4.36 en 4.37 van het bestreden arrest, waarin het hof vordering ii onder a en b van de vrachtvliegers (zie hiervoor in 2.2) heeft afgewezen. De klachten van het onderdeel voeren onder meer aan dat het hof in deze overwegingen heeft miskend dat senioriteit - de plaats op de senioriteitslijst die wordt bepaald door anciënniteit - een recht van de werknemer jegens de werkgever is dat op grond van art. 7:663 BW overgaat op de verkrijger, in ieder geval indien daaraan financiële rechten zijn gekoppeld. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel volgens het onderdeel onbegrijpelijk, omdat het hof verschillende stellingen van de vrachtvliegers onbesproken heeft gelaten, dan wel te beperkt heeft uitgelegd. In ieder geval is volgens het onderdeel onjuist dan wel onbegrijpelijk dat het hof de vordering van de vrachtvliegers met betrekking tot de aan de senioriteit verbonden ontslagvolgorde heeft afgewezen.

3.1.2

Art. 7:663 BW bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Art. 7:663 BW vormt de implementatie van art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23 inzake overgang van ondernemingen (hierna: de Richtlijn).^[4.] De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) over de Richtlijn is daarom richtinggevend voor de uitleg van art. 7:663 BW.

3.1.3

In de arresten *Collino* en *Chiappero*, *Scattolon* en *Unionen* heeft het HvJEU overwogen dat bij de vervreemder verworven anciënniteit (het aantal dienstjaren dat de werknemer bij de vervreemder heeft vervuld) als zodanig geen recht is dat op grond van de Richtlijn mee overgaat, maar dat financiële rechten van de werknemers waarvoor anciënniteit mede bepalend is, door de verkrijger in beginsel op dezelfde voet als bij de vervreemder zullen moeten worden gehandhaafd.^[5.] In het arrest *Scattolon* heeft het HvJEU verder benadrukt dat de Richtlijn alleen recht geeft op het behoud van bij de overgang reeds bestaande aanspraken, en niet op een verbetering van de arbeidsvoorwaarden. Ook verzet de Richtlijn zich niet ertegen dat bepaalde verschillen in behandeling wat betreft het salaris bestaan tussen overgegangene werknemers en werknemers die op het tijdstip van de overgang reeds bij de verkrijger tewerkgesteld waren, aldus het HvJEU.^[6.]

3.1.4

Op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.8 tot en met 2.13 moet uit de hiervoor in 3.1.3 vermelde rechtspraak van het HvJEU worden afgeleid dat de - (in hoofdzaak) door anciënniteit bepaalde - senioriteit van de vrachtvliegers als zodanig geen recht is dat bij overgang van onderneming mee overgaat. Voor zover deze senioriteit evenwel medebepalend is voor rechten van financiële aard van de vrachtvliegers, dienen deze rechten door de verkrijger (KLM) op dezelfde voet als bij de vervreemder (Martinair) te worden gehandhaafd. De Hoge Raad ziet daarom geen aanleiding hierover prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU.^[7]

Op het voorgaande stuiten de onderdelen 1.2 tot en met 1.6, die alle berusten op de gedachte dat senioriteit als zodanig een recht is dat bij overgang van onderneming mee overgaat, af.

3.1.5

Aan zijn afwijzing van vordering ii onder a van de vrachtvliegers, die strekt tot plaatsing op de senioriteitslijst van KLM met behoud van hun bij Martinair geldende senioriteit, heeft het hof in rov. 4.37 onder meer, en in cassatie onbestreden, ten grondslag gelegd dat voor zover de plaats op de senioriteitslijst een kans op toekomstige promotie inhoudt, geldt dat de promotiekansen bij KLM op basis van de bij KLM gehanteerde senioriteitslijst gunstiger zijn dan bij Martinair, gelet op de verschillen in het functiegebouw en het grotere aantal vliegtuigtypen en promotiefuncties bij KLM; de Richtlijn strekt er volgens het hof echter niet toe dat de vrachtvliegers als gevolg van de overgang van onderneming in een gunstiger positie komen te verkeren. Voorts heeft het hof, eveneens in cassatie onbestreden, overwogen dat de vrachtvliegers hun salarisaanspraken per de datum van overgang van onderneming behouden. Om deze reden heeft het hof geoordeeld dat de met vordering ii onder a gevorderde verklaring voor recht die ziet op plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM “in algemene zin” niet toewijsbaar is.

Dit oordeel komt erop neer dat het hof vordering ii onder a van de vrachtvliegers te algemeen heeft geacht om te kunnen worden toegewezen, nu het behoud van salarisaanspraken van de vrachtvliegers reeds is gewaarborgd en plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM met behoud van hun bij Martinair opgebouwde senioriteit zou leiden tot gunstiger promotiekansen, waarop de Richtlijn geen aanspraak geeft. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Dit brengt mee dat het hof in dit geding onbesproken kon laten of de overige rechten van de vrachtvliegers die aan senioriteit zijn gekoppeld (zoals door het hof omschreven in rov. 4.32), aan te merken zijn als rechten van financiële aard die door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder dienen te worden gehandhaafd. Dat zal zo nodig per geval moeten worden beoordeeld. De onderdelen 1.8 tot en met 1.10 zijn daarom ongegrond.

3.1.6

Het hof heeft in rov. 4.37 ook vordering ii onder b afgewezen. Deze vordering strekt ertoe dat in het kader van eventuele boventalligheid of overtolligheid bij KLM (waarbij KLM de omgekeerde volgorde van senioriteit hanteert), de senioriteit die de vrachtvliegers bij Martinair hadden opgebouwd in aanmerking wordt genomen. Het hof heeft niet kenbaar onderzocht of deze ontslagvolgorde moet worden beschouwd als een recht van financiële aard van de vrachtvliegers waarvoor de senioriteit medebepalend is (als bedoeld in de hiervoor in 3.1.3 vermelde rechtspraak van het HvJEU) en of de vrachtvliegers als gevolg van de overgang van onderneming in een minder gunstige positie terecht zouden komen dan bij Martinair wanneer hun bij Martinair opgebouwde senioriteit in geval van boventalligheid of overtolligheid bij KLM niet in aanmerking zou worden genomen. Onderdeel 1.7 klaagt dan ook terecht dat het hof zijn afwijzing van vordering ii onder b onvoldoende heeft gemotiveerd.

3.2

De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren

waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 8 juni 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt KLM en VNV in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de vrachtvliegers begroot op € 350 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien KLM c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Noot

Auteur: B. Barentsen^[*]

1.

Zijn er wel genoeg gerechtshoven in dit land om de *Martinair*-zaak te beoordelen? Na bovenstaand arrest in cassatie na verwijzing is deze zaak aan maar liefst de derde procedure bij een hof toe. Het gaat om een al lang lopend geschil over overgang van onderneming, na 'integratie' van Martinair in KLM. Welke rechten hebben voormalig Martinair-vliegers ten opzichte van KLM? Inmiddels spitst die vraag zich toe op: zijn zij met behoud van senioriteit overgegaan? In deze noot concentreer ik mij dan ook op dat onderwerp. Eerst volgt echter een schets van de voorafgaande procedure (onder 2) en een samenvatting van het oordeel van de Hoge Raad (onder 3). Kort gezegd gaat het geding over het begrip senioriteit, de plaats in de anciënniteitsranglijst die de werknemers voor overgang van onderneming hadden bij de vervreemder en na de overgang bij de verkrijger. Nu senioriteit wordt bepaald door iemands anciënniteit zie ik geen reden om daarin verschil te maken. De vrachtvliegers doen dat overigens wel, maar hof en Hoge Raad niet. Onder 4-7 ga ik in op de vraag hoe nu moet worden bepaald of iets een aan dienstjaren gekoppeld financieel recht is. Ik sluit af met een korte beschouwing over de bijzondere positie die de vakbond en werknemers van de verkrijgende werkgever in dit geval innemen (8).

2.

De procedure over de (al of niet) overgang van onderneming Martinair/KLM loopt als gezegd al langer. En niet alleen tussen deze partijen overigens, er liep onder andere ook een zaak van Martinair cabine-personeel (HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:162). In 2019 oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het Amsterdamse hof dat er geen sprake was van overgang van onderneming niet in stand kon blijven (HR 29 november 2019, NJ 2020/10). Verschillende onderdelen van Martinair zijn vanaf 2009 opgegaan in KLM, al jarenlang grootaandeelhouder en uiteindelijk enig aandeelhouder van Martinair. Ook de vrachtafdeling van Martinair wordt in stapjes afgebouwd. Als deze uiteindelijk wordt gestaakt, wordt een deel van de vrachtvliegers van Martinair in dienst genomen door KLM. Een deel niet. Degenen die wel overstappen naar KLM werden door deze luchtvaartmaatschappij beschouwd als 'beginners'. Voor hun senioriteit binnen KLM telden hun dienstjaren bij Martinair niet mee. Wat dat betreft begonnen zij daar onderaan de ladder. Het Hof Den Haag komt in 2021 tot de conclusie dat er wel sprake is van een overgang van onderneming. In cassatie staat vervolgens de vraag centraal of de bescherming van werknemersrechten bij overgang van onderneming in de weg staat aan het verlies van senioriteit. Bij overgang van onderneming gaan werknemers immers over

met behoud van rechten die zij hadden ten opzichte van de oude werkgever (art. 7:663 BW). De vraag is in feite of senioriteit kan worden gezien als een recht dat met de werknemer mee overgaat naar de verkrijgende werkgever. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend.

3.

De Hoge Raad oordeelt dat die vraag op een andere manier beantwoord moet worden dan het hof heeft gedaan. De Hoge Raad herhaalt dat senioriteit dan wel anciënniteit als zodanig geen rechten zijn die beschermd worden door de regels inzake overgang van onderneming. Anders dan de vrachtvliegers hadden betoogd, is senioriteit geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht. Beide begrippen kunnen over een kam worden geschoren. Dat betekent dat alleen indien en voor zover aan 'arbeidsverleden' financiële aanspraken zijn gekoppeld, senioriteit/anciënniteit overgaan. De Hoge Raad verwijst naar HvJ EU 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441 (*Collino en Chiappero*), punt 50, HvJ EU 6 september 2011, NJ 2011/590, m.nt. M.R. Mok (*Scattolon*) en HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen*). De Hoge Raad is van oordeel dat het hof kenbaar had moeten onderzoeken of de invloed van senioriteit bij het bepalen van ontslagvolgorde bij een eventuele ontslagronde valt te zien als zo'n gekoppelde financiële aanspraak. Het oordeel van het hof dat de invloed van senioriteit op de hoogte van het salaris buiten beschouwing kan blijven, omdat de vliegers met behoud van salaris zijn overgegaan blijft in stand. Ook het oordeel dat gunstiger promotiekansen niet worden beschermd bij overgang van onderneming blijft in cassatie overeind. Het hof had immers geoordeeld dat KLM méér kansen bood dan Martinair, en een hogere plaats op de senioriteitslijst zou de vrachtvliegers nog meer kansen hebben geboden. Dat gaat te ver. Lintsen (*AR Updates* 2023-0125) is terecht kritisch op dit punt: voor de vraag of iets een recht is, is niet relevant of een werknemer daar bij een andere werkgever meer voordeel mee kan behalen. Aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of voorrang op basis van senioriteit bij de IPB-regeling (meevliegen Indien Plaats Beschikbaar) komt de Hoge Raad niet toe.

4.

Als gezegd, het geding na verwijzing heeft aldus geen al te grote omvang meer. Eenvoudig te beantwoorden is de daar spelende vraag echter niet. Wanneer is er sprake van een aan senioriteit gekoppelde financiële aanspraak? Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het HvJ EU valt af te leiden dat het begrip financiële aanspraken ruim moet worden opgevat. Voor zover de bij de vervreemder gewerkte tijd van invloed was op de hoogte van het loon of de hoogte van een ontslagvergoeding, zal de verkrijger rekening moeten houden met die anciënniteit. Ook een opzegtermijn die afhangt van de diensttijd is een financiële aanspraak, omdat een werknemer met een langere opzegtermijn pas later mag worden ontslagen en dus langer recht heeft op loon. Zie voor een bespreking van die rechtspraak op hoofdlijnen de conclusie van de A-G onder 2.9-2.13.

5.

Het is onmiskenbaar zo dat de aanspraken die in het geding waren, of het nu om gratis of goedkoop vliegen via de IPB-regeling of promotie naar een zwaardere functie gaat, een financiële waarde vertegenwoordigen. Net als een langere opzegtermijn. Zo bezien zouden bijna alle aan senioriteit gekoppelde privileges en voordelen voor overgang vatbaar zijn. Alleen buitenissigheden als het recht om tijdens personeelsfestiviteiten op de eerste rij te mogen zitten of het recht om goudkleurige versiersels op de pilotenpet te dragen zouden dan buiten de scope van te behouden rechten blijven. Hoewel het HvJ EU een ruime uitleg van het begrip financiële aanspraak voorstaat, lijkt dat niet de bedoeling te zijn. Het Hof hanteert immers consequent het uitgangspunt dat anciënniteit als zodanig niet overgaat. De crux zit hem misschien meer in het begrip 'aanspraak'. Is er sprake van een recht, dat ook al afdwingbaar was ten opzichte van de vervreemder? Heeft senioriteit automatisch een bepaald rechtsgevolg, of is er slechts een kans dat een bepaald rechtsgevolg intreedt bij meer senioriteit?

6.

Nu is de hardheid van de aanspraak ook een lastig criterium. Bijna alle aanspraken die in dit geval spelen hebben een voorwaardelijk karakter, ze zijn afhankelijk van het intreden van een toekomstige gebeurtenis. Opzegtermijnen en ontslagvolgorde zijn op het moment van overgang van onderneming niet van belang, dat worden ze pas als er ontslag volgt. Voorrang bij promoties of gratis meevliegen zijn pas van betekenis als er een vacature of een stoel beschikbaar is. Kennelijk acht het HvJ EU ontslagvergoedingen en opzegtermijnen hard genoeg om te kwalificeren als financiële aanspraak. Het is duidelijk dat indien ontslag volgt, meer dienstjaren leiden tot een hogere ontslagvergoeding dan wel een langere opzegtermijn. Promoties en meevliegen zijn minder hard, in die zin dat senioriteit geen nieuwe baan of vlucht garandeert. Met meer dienstjaren maakt een piloot hoogstens meer kans. (Het kan weer anders liggen als piloten een x aantal dienstjaren moeten hebben om aanspraak te kunnen maken op een bepaald voordeel; ze hebben bij gebrek aan anciënniteit dan geen rechten in plaats van een kleinere kans.)

7.

De bepaling van de ontslagvolgorde bevindt zich tussen deze twee uitersten (afdwingbaar recht en hogere kans) in. Bij reorganisaties wordt de ontslagvolgorde immers niet alleen bepaald door iemands diensttijd, maar ook door de leeftijd. Zie art. 11 Ontslagregeling. Bij ontslagen wordt afgespiegeld over leeftijdsgroepen. Binnen die afzonderlijke leeftijdsgroepen wordt de volgorde vervolgens wel bepaald aan de hand van anciënniteit: *last in, first out*. In de voorliggende casus moet worden opgemerkt dat bij cao is afgeweken van de wettelijke ontslagvolgorde. Nader onderzoek is inderdaad nodig in het geding na verwijzing, hoe en hoe zwaar weegt senioriteit mee? Ook is dan van belang of vliegeniers vrijwel nooit veranderen van werkgever, want dan is de kans wel heel groot dat de overgenomen werknemers heel zwaar in het nadeel zijn als zij dienstjaren mogen meenemen.

8.

Een lastig aspect van de senioriteitskwestie is ook wat het met behoud van anciënniteit invaren van de Martinair-vrachtvliegers zou doen met KLM-personeel. Een hoger plekje op de ranglijst voor Martinair-vliegers leidt immers onvermijdelijk tot een lagere plaats voor bestaand KLM-personeel. De Richtlijn noch art. 7:662 e.v. BW beschermen de positie van het personeel van de verkrijger, maar een probleem is het wel. Moeten werknemers van de verkrijger solidair zijn met de nieuwkomers, of moeten die laatsten zich schikken in hun lot? Dat het een heikele afweging betreft blijkt wel uit de omstandigheid dat de vrachtvliegers niet alleen tegen de verkrijgende werkgever procederen maar ook tegen de pilotenvakbond VNV, die ook een flink aantal KLM-vliegers vertegenwoordigt en voorafgaand aan de integratie van Martinair in KLM in een cao afspraken had gemaakt over *gedeeltelijke* overname van Martinair-anciënniteit. Zie daarover HR 29 november 2019, *NJ* 2020/10, onder 2.2.

9.

Deze uitspraak is ook besproken door Lintsen in *AR Updates* 2023/0125 en door Tersteeg in *JIN* 2023/59.

Voetnoten

[1.] Zie hof rov. 1 sub (i)-(xxvi) voor een uitvoerige weergave van de feiten.

[2.] Zie ook hof rov. 2.

[3.] Hof rov. 4.28-4.29.

[4.] Hof rov. 3.31.

[5.] Zie ook hof rov. 4.32.

[6.] Zie o.a. Dgv. § 6.3; MnV § 193-194.

[7.] Plta I § 2.31; MnV § 203.

[8.] Plta. I § 2.33; MnV § 203.

[9.] Senioriteit speelt op tal van manieren door in al deze aspecten. Uiteraard is zij bepalend is bij het vaststellen van de groep die als eerste moet worden ontslagen of voor de vaststelling van de hoogte van de ontslagvergoeding. De senioriteit speelt echter ook een belangrijke rol als een bepaald vliegtuigtype verdwijnt. Er zal dan op basis van senioriteit op een andere functie aangeboden moeten worden. Bij een gelijke of gelijkwaardige functie (bijvoorbeeld gezagvoerder/eerste officier MD11/B747 respectievelijk gezagvoerder/eerste officier B777/787) zal degene met een lagere senioriteit naar een lagere functie gaan. Zij beïnvloedt ook op die manier de tewerkstelling. In Plta na verwijzing § 68-69 hebben de Vliegers erop gewezen dat de eis dat de werknemer er niet op achteruit gaat ertoe verplicht dat hij in een gelijkwaardige functie terecht komt. Daarvoor is senioriteit dus ook in dit opzicht van aanzienlijk belang.

[10.] Zie o.a. Dgv. § 6.3; MnV § 193-194.

[11.] O.a. Plta I § 2.31; MnV § 203.

[12.] O.a. Plta. I § 2.33; MnV § 203.

[13.] Akte d.d. 1 september 2020 § 2.33 en Plta na verwijzing § 65 en MnV KLM § 347.

[14.] HvJEU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen*) rov. 23.

[15.] Akte d.d. 1 september 2020 § 2.31 jo. MnV § 202-203. MnV § 194; Vgl. Dgv. § 6.11; 6.14.

[16.] Akte d.d. 1 september 2020 § 2.33 en 2.31 jo. MnV § 202-203; zie ook dgv. § 6.3 jo. 6.7; plta I § 2.31.

[17.] Dgv. 6.11; plta I § 2.30; MnV § 194. Ook hof rov. 4.36.

[18.] Dgv. § 6.11; MnV § 203; Plta na verwijzing § 60-61.

[19.] Dgv. § 6.3 jo. 6.7; plta I § 2.31 en MnV § 202-204.

[20.] Akte d.d. 1 september 2020, § 2.33; Plta na verwijzing § 65 en MnV KLM § 347.

[21.] Zie o.a. Dgv. § 6.3; plta I § 2.30; MnV § 193-194, 198-203.

[22.] Dgv. § 6.13; Plta. I § 2.33. MnV § 204; Plta na verwijzing § 64.

[23.] Dgv. § 6.3, 6.5 en 6.7, 6.13 plta I § 2.30 en 2.33 MnV § 193-194, 198-203.

[24.] Zie o.a. Dgv. § 6.3; MnV § 193-194 en 203.

[25.] Dgv. § 6.13; Plta. I § 2.33; MnV § 204.

[26.] Dgv. § 6.13; Plta. I § 2.33; MnV § 204.

[27.] Zie o.a. Dgv. § 6.3; MnV § 193-194 en 203-204.

[28.] Plta I § 2.31.

[29.] Dgv. § 6.13; Plta. I § 2.33; MnV § 203-204.

[30.] Dgv § 6.13-6.14; plta I § 2.31; MnV § 204.

[31.] Zie dgv. § 6.11.

[32.] Dgv. § 6.13 en Plta I § 2.33.

[1.] ECLI:NL:HR:2019:1858, NJ 2020/10, JAR 2020/12, m.nt. B.C.L. van Kanen.

[2.] ECLI:NL:GHDHA:2021:1023, JAR 2021/173.

[3.] ECLI:NL:GHAMS:2018:1473, JAR 2018/143, m.nt. R.M. Beltzer.

[4.] ECLI:NL:GHDHA:2021:1023.

[5.] Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16.

[6.] Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen, *PbEG* 1998, L 201/88.

[7.] Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, *PbEG* 1977, L 61/26.

[8.] Zie o.a. HvJEG 14 september 2000, C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441, JAR 2000/225 (*Collino*), punt 49; HvJEU 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276, JAR 2017/118, m.nt. R.M. Beltzer (*Unionen*), punt 18.

[9.] Zie o.a. het arrest *Unionen*, reeds aangehaald, punt 19.

[10.] HvJEU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542, NJ 2011/590, m.nt. M.R. Mok.

[11.] Arrest *Scattolon*, punt 80.

[12.] Zie ook Haanappel-van der Burg, *T&C BW*, art. 7:663 BW, aant. 2.

[13.] Zie R.M. Beltzer en F. Koopman, Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012-2, par. 5.2.p. 42-43.

[14.] Arrest *Unionen*, reeds aangehaald, punt 16.

[15.] Arrest *Unionen*, reeds aangehaald, punten 23-24.

[16.] Arrest *Unionen*, reeds aangehaald, punt 26.

[17.] Zie Beltzer in zijn noot onder het arrest *Unionen* (JAR 2017/118) die opmerkt dat het recht op een langere opzegtermijn niet alleen het recht op loon over die periode impliceert, maar ook de verplichting arbeid te verrichten.

[18.] Beltzer 2020, reeds aangehaald, p. 116.

[19.] Uit de processtukken blijkt overigens ook niet dat de vrachtvliegers in de feitelijke instanties aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd dat senioriteit een voor overgang vatbare hoedanigheid is die bij de

berekening van bepaalde financiële rechten moet worden betrokken. Zie Processtuk 1 (Dagvaarding), punt 6.7 ('De vrachtvliegers stellen zich aldus op het standpunt dat alle aan anciënniteit gekoppelde rechten (en plichten), waaronder hun senioriteit, op grond van art. 7:663 BW naar KLM zijn overgegaan.');

punt 6.11 ('De plaats op de senioriteitslijst betreft een door anciënniteit bepaald recht.');

Processtuk 9 (Pleitaantekeningen zijdens de vrachtvliegers), punt 2.31 ('Daarnaast is senioriteit ook een aan anciënniteit verbonden financieel recht');

Processtuk 40 (Memorie na cassatie en verwijzing zijdens de vrachtvliegers), punt 202 ('Bovendien betekent het feit dat de senioriteit bepalend is voor [...] dat senioriteit wel degelijk een aan anciënniteit verbonden *financieel recht* inhoudt'), punt 203 ('Dat de plaats op de senioriteitslijst een door anciënniteit bepaald financieel recht behelst [...]').

[20.] Zie HvJEG 9 maart 2006, C-499/04, ECLI:EU:C:2006:168 (*Werhof*), punt 29.

[21.] Zie rov. 4.36 van het bestreden arrest.

[22.] Zie rov. 4.37 van het bestreden arrest, waarin het hof erop wijst dat KLM meer vliegtuigtypes heeft en navenant meer (promotie)functies dan Martinair.

[23.] Schriftelijke toelichting zijdens de vrachtvliegers, punt 2.1.

[24.] HvJEU 13 juni 2019, C-317/18, ECLI:EU:C:2019:499, *JAR* 2019/184.

[25.] Zie o.a. HvJEG 26 mei 2005, C-478/03, ECLI:EU:C:2005:321 (*Celtec*), punt 26; HvJEU 15 september 2010, C-386/09, ECLI:EU:C:2010:526 (*Briot*), punt 26. Zie ook de reeds aangehaalde arresten *Scattolon*, punt 75 en *Unionen*, punt 18.

[26.] Schriftelijke toelichting zijdens de vrachtvliegers, punt 3.

[1.] Gerechtshof Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1473.

[2.] HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1858 (*NJ* 2020/10; *red.*).

[3.] Gerechtshof Den Haag 8 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1023.

[4.] Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16.

[5.] HvJEU 14 september 2000, zaak C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441 (*CollinoenChiappero*), punt 50; HvJEU 6 september 2011, zaak C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542 (*Scattolon*), punt 69 (*NJ* 2011/590, m.nt. M.R. Mok; *red.*); HvJEU 6 april 2017, zaak C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen*), punt 21.

[6.] HvJEU 6 september 2011, zaak C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542 (*Scattolon*), punt 77 (*NJ* 2011/590, m.nt. M.R. Mok; *red.*).

[7.] HvJEU 6 oktober 2021, zaak C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799 (*Consorzio Italian Management c.s./Rete Ferroviaria Italiana*).

[*] Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar sociaal recht en bijzonder hoogleraar arbeidsverhoudingen in de publieke sector op de Albada-leerstoel, Universiteit Leiden.