

ECLI:NL:GHDHA:2021:1023

| | |
|----------------------|--|
| Instantie | Gerechtshof Den Haag |
| Datum uitspraak | 08-06-2021 |
| Datum publicatie | 08-06-2021 |
| Zaaknummer | 200.278.757/01 |
| Formele relaties | Na verwijzing door: ECLI:NL:HR:2019:1858 |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | Arbeidsrecht; vervolg op ECLI:NL:HR:2019:1858; beslissing na verwijzing; overgang van (oud-)vrachtvliegers Martinair naar KLM als gevolg van overgang van onderneming. KLM moet vrachtvliegers een arbeidsovereenkomst aanbieden. Geen overgang van senioriteit. |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2021-0721 |

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.278.757/01

Zaaknummer Hoge Raad : 18/03295

Zaaknummer gerechtshof Amsterdam : 200.197.937/01

arrest van 8 juni 2021

inzake

1 [appellant] ,

wonende te [woonplaats] ,

2. [appellant]

wonende te [woonplaats] ,

3. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

- 4. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 5. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 6. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 7. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 8. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 9. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 10. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 11. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 12. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 13. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 14. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 15. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 16. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 17. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 18. [appellant],**
wonende te Den [woonplaats] ,
- 19. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 20. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 21. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 22. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 23. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 24. [appellant],**
wonende te [woonplaats] ,
- 25. [appellant],**

wonende te [woonplaats] ,

26. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

27. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

28. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

29. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

30. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

31. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

32. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

33. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

34. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

35. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

36. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

37. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

38. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

39. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

40. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

41. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

42. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

43. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

44. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

45. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

46. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

47. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

48. [appellant] ,
wonende te [woonplaats] ,

49. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

50. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

51. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

52. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

53. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

54. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

55. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

56. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

57. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

58. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

59. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

60. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

61. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

62. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

63. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

64. [appellant]
wonende te [woonplaats] ,

65. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

66. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

67. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

68. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

69. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

70. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

71. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

72. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

73. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

74. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

75. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

76. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

77. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

78. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

79. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

80. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

81. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

82. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

83. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

84. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

85. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

86. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

87. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

88. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

89. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

90. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

91. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

92. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

93. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

94. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

95. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

96. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

97. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

98. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

99. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

100. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

101. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

102. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

103. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

104. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

105. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

106. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

107. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

108. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

109. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

110. [appellant],
wonende te [woonplaats] ,

111. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

112. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

113. [appellant] ,

wonende te [woonplaats] ,

114. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

115. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

116. [appellant],

wonende te [woonplaats] ,

appellanten,

nader te noemen: de vrachtvliegers,

advocaat: mr. M.J.M.T. Keulaerds te Den Haag,

tegen

1 Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.,

gevestigd te Amstelveen,

advocaat: mr. J.M. van Slooten te Amsterdam,

2. Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers (VNV),

gevestigd te Badhoevedorp,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

behandelend advocaat: mr. A. Stege te Amsterdam,

geïntimeerden,

hierna te noemen: KLM respectievelijk VNV.

Het geding in eerdere instanties

Voor het verloop van de procedure tot en met het arrest van de Hoge Raad verwijst het hof naar het vonnis van drie kantonrechters in de rechtbank Amsterdam van 4 april 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2017:1860), en naar het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 1 mei 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:1473) dat door de Hoge Raad is vernietigd bij arrest van 29 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1858).

Het geding in hoger beroep na verwijzing

Bij exploit van 20 mei 2020 hebben de vrachtvliegers KLM en VNV opgeroepen te verschijnen voor dit hof.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie na cassatie en verwijzing van de vrachtvliegers, met een productie;
- memorie na cassatie en verwijzing van KLM;
- memorie van antwoord na cassatie en verwijzing van VNV;
- akte van de vrachtvliegers, met een productie;
- antwoordakte van KLM;
- antwoordakte van VNV;
- brief van de vrachtvliegers van 11 november 2020 met het proces-verbaal van de pleidooizitting bij het gerechtshof Amsterdam van 1 februari 2018;
- brief van KLM van 6 januari 2021, met een productie;
- e-mailbericht van KLM van 15 januari 2021, met een productie.

Partijen hebben ter zitting van 19 januari 2021 hun standpunten doen toelichten door hun advocaten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitaantekeningen, al dan niet met bijlage(n), en arrest gevraagd. Daarna is een datum voor het wijzen van arrest bepaald.

Van de zitting is proces-verbaal opgemaakt dat voorafgaand aan deze uitspraak aan partijen is toegezonden.

Het hof houdt conform het bepaalde in art. 5.5 van het procesreglement geen rekening met de e-mail van mr. Van Slooten van 22 januari 2021 nu deze is ontvangen nadat het hof arrest had bepaald en het hof geen bericht van de vrachtvliegers heeft ontvangen dat zij met de kennisneming van het hof hebben ingestemd. Ten overvloede merkt het hof op dat deze e-mail geen betrekking heeft op een onjuistheid in het proces-verbaal, maar een 'correctie' bevat op hetgeen mr. Van Slooten zelf ter zitting heeft gezegd, zodat hiermee ook om deze reden geen rekening kan worden gehouden. Het proces-verbaal is immers een weergave van hetgeen ter zitting is besproken.

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 vastgesteld 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).

(iv) VNV is een vakvereniging van werknemers als bedoeld in de Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst (WCAO). Zij heeft een dekkingpercentage 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.

(vii) 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'.

(viii) 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.

(ix) 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.

(xi) In de loop van 2011 zijn de commerciële organisatie van MAC en die van AFKL Cargo volledig samengevoegd.

(xii) 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.

(xiii) Vanaf september 2012 voeren AFKL Cargo en MAC samen één logo, waarin de naam van zowel AFKL Cargo als MAC voorkomt.

(xiv) 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.

(xv) 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.

(xvi) 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.

(xvii) 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.

(xviii) 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 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.

(xix) Een vereiste om een Operating Carrier te zijn, is het bezitten van een zogenaamde Air Operators Certificate (hierna: AOC).

(xx) Martinair verleent alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC vereiste 'vluchtgebonden' diensten. Alle andere activiteiten zijn door Martinair bij KLM ondergebracht.

(xxi) 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.

(xxii) Het ondersteunend personeel voor de hiervoor onder (xx) bedoelde vluchtgebonden activiteiten wordt door KLM gedetacheerd bij Martinair.

(xxiii) KLM en/of AFKL Cargo koopt sinds 1 januari 2014 jaarlijks een vooraf gegarandeerd aantal vliegreuren 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.

(xxiv) 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.

(xxv) Martinair heeft twee dochtermaatschappijen: Martinair Flight Academy en het technisch onderhoudsbedrijf RJC.

(xxvi) 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. 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 eiswijziging bij memorie van grieven. De vrachtvliegers vorderen dat het hof:

Ten aanzien van KLM

Primair

i. 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. 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 boventaligheid 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 vrachtvlieggers, 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.a - de stelling dat, - afgezien van de tijdelijke situatie in Hong Kong - KLM op geen enkele bestemming is gaan vliegen waarop MAC gestopt is;

III.b - de stelling dat er een grote mate van overlap bestaat tussen de vracht die MAC vervoert en de vracht 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 nà onderzoek van de hiervoor bedoelde stellingen van de vrachtvliegers, 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 vrachtvliegers 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 en 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 vrachtvliegers 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 uitmondend

(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 Freighter-toestellen meer in haar operationele vloot.
- 4.2 In het verlenge van het voorgaande hebben de vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegiers 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 vliegreuten 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 zij 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 vliegers 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 vliegreuren 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 vliegreuren 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 vliegreuren door KLM worden vergoed op basis van een 'benchmarked 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 vliegreuen 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers. De vrachtvliegers 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 uitschrijven 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 uitschrijven van de MD-11 vliegtuigen heeft gedragen door middel van een geoordeelde lening aan Martinair van € 50 miljoen voor de kosten van de uitschrijving 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 uitschrijving heeft gedragen en gesteld dat de kosten voor uitschrijving hoger waren dan € 50 miljoen en de lening niet enkel bedoeld was voor de uitschrijvingskosten 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 afvloeiing 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 uitschrijven 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 vrijgevallen 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 geormerkte 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,

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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers. 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 vrachtvliegers naar de uitlatingen 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 vrachtvliegers).

- 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vrachtvliegers 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 vliegreun 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 inkrimping. 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 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 boventaligheid of overtaligheid (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 gehengen 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, € 0,00 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.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.D. Ruizeveld, C.J. Frikkee en L.G. Verburg en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 8 juni 2021 in aanwezigheid van de griffier.