

BW dan op hetzelfde neer (zie ook: A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, par. 10.8. p. 611).

Ik betwijfel wel of met deze benadering voldoende rekening gehouden wordt met het verschillende karakter van de twee wijzigingsinstrumenten. Art. 7:613 BW is ingevoerd om eenzijdige wijziging door werkgevers buiten de cao om terug te dringen (*Kamerstukken II 1995/96, 24615, nr. 3, p. 21-22 (MvT)*). Alleen als er een objectief aantoonbaar zwaarwichtig belang aanwezig is, kan wijziging gerechtvaardigd zijn. Wijziging gebeurt eenzijdig, individuele instemming van werknemer(s) is niet nodig. Dat is anders bij art. 7:611 BW, waar instemming de regel is en het goed werknemerschap bepaalt of de werknemer positief moet ingaan op een wijzigingsvoorstel. Het karakter van 7:613 pleit mijns inziens voor een hogere lat voor de werkgever door middel van een zelfstandige 'zwaarwichtig belang toets' (zie ook o.m. N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?* (diss. Utrecht), *Monografieën Sociaal Recht*, nr. 49, Deventer: Kluwer 2009, par. 2.6.2.2). Het Fair Play-arrest maakt in elk geval duidelijk dat het zwaarwichtig belang een relatieve term is en dat weging van beide partijbelangen doorslaggevend is voor de vraag of wijziging gerechtvaardigd is. Daarbij blijft het zo dat het belang van de werkgever zwaarwegender moet zijn dan dat van werknemers. In dit opzicht is nog vermeldenswaard dat onderhavige zaak wijziging van een *primaire* arbeidsvoorwaarde betrof. Denkbaar is dat de Hoge Raad het daarom voor de afwijzing van het beroep op art. 7:613 BW al voldoende vond dat het hof had signaleerd dat een loonoffer werd gevraagd en dat geen sprake was van een bedrijfseconomische noodzaak. Wellicht was een uitgebreidere belangenafweging noodzakelijk geweest en was meer belang gehecht aan de instemming van de GOR, als de wijziging betrekking had gehad op een *secundaire* arbeidsvoorwaarde.

mr. N. Cancian-van Ballegooien
advocaat/partner bij Avocare arbeidsrecht te
Haarlem

12

Hof moet opnieuw beoordelen of sprake is van overgang van onderneming van Martinair naar KLM

Hoge Raad
29 november 2019, nr. 18/03295,
ECLI:NL:HR:2019:1858
(mr. Numann, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. B.C.L. Kanen

Overgang van onderneming. Cassatieberoep gegrond. Hof heeft verschillende stellingen werknemers niet of niet juist beoordeeld.

[BW art. 7:662, 7:663]

De werknemers zijn als vrachtvlieger in dienst geweest van Martinair (MAC). Vanwege de verliesgevende situatie bij MAC zijn onderdelen van MAC geïntegreerd in KLM. In verband hiermee is in september 2011 in het tussen MAC, KLM en VNV gesloten Ringvaartakkoord afgesproken dat alle MAC-vliegers per 1 januari 2014 of eerder bij KLM in dienst kunnen treden. VNV heeft dit akkoord opgezegd tegen 31 december 2013. KLM heeft de vliegers vervolgens geen arbeidsovereenkomst aangeboden. De werknemers stellen dat sprake is van overgang van onderneming van MAC naar KLM. Rechtbank en hof hebben de vorderingen van de werknemers afgewezen. De A-G heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad acht vier cassatieklachten gegrond. In de eerste plaats heeft het hof ten onrechte niet gerespondeerd op het betoog van de werknemers 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 haar onderneming. Ten tweede is het oordeel van het hof dat de werknemers niet wezenlijk hebben betwist dat KLM op geen enkele bestemming is gaan vliegen waarop MAC gestopt is, onbegrijpelijk in het licht van de stellingen en producties van de werknemers. Ten derde geeft het oordeel van het hof dat het onderscheid tussen het door KLM

en het door MAC verzorgde vrachtvervoer eerder aanleiding vormt te concluderen tot de afwezigheid van een overgang van onderneming, dan tot de aanwezigheid daarvan, onvoldoende inzicht in de door het hof gevolgde gedachtegang, nu de werknemers juist het tegenovergestelde betoogd hebben. Ten slotte zijn de oordelen van het hof dat MAC als zelfstandige entiteit in de markt aanwezig is gebleven, dat klanten afzonderlijk met MAC kunnen contracteren en dat luchtvaartmaatschappijen dat ook regelmatig gedaan hebben, zonder nadere motivering onbegrijpelijk in het licht van de door het hof niet onjuist bevonden stellingen van de werknemers dat sprake is van exploitatie van MAC door KLM, respectievelijk dat MAC commercieel geheel afhankelijk is van KLM. Het arrest van het hof wordt daarom vernietigd. Na verwijzing zal opnieuw aan de hand van de feitelijke omstandigheden moeten worden onderzocht of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.

NB. Zie «JAR» 2016/100 voor de uitspraak van de kantonrechter en «JAR» 2018/143, m.nt. Beltzer voor de uitspraak van het hof. In «JAR» 2017/59 en ECLI:NL:GHAMS:2015:3004 werd geen overgang van onderneming aangenomen ten aanzien van respectievelijk cabinepersoneel en piloten van passagiersvliegtuigen. Uiteindelijk gaat het bij overgang van onderneming om een feitelijke afweging, waarbij getoetst moet worden aan de arresten van het HvJ EU in, onder meer, Spijkers (NJ 2987/502), Sūzen («JAR» 1997/91), «JAR» 2015/260 (Air Atlantis) en «JAR» 2006/19 (Securicor).

116 piloten te (...),
eisers tot cassatie,
hierna gezamenlijk: eisers,
advocaat: aanvankelijk mr. R.A.A. Duk, thans mr. F.M. Dekker en mr. J.L. Luiten,
tegen
Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV te Amstelveen,
verweerster in cassatie,
hierna: KLM,
advocaten: mr. W.H. van Hemel, mr. J.W. Boelhouwer en mr. J.M. van Slooten
en
Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers te Badhoevedorp,
verweerster in cassatie,
hierna: VNV,

advocaten: mr. M.A.J.G. Janssen en mr. A. Stege, verweersters in cassatie hierna gezamenlijk ook: KLM c.s.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Vlas)

Deze procedure, aangespannen door (ex-)piloten van Martinair Cargo, heeft betrekking op de vraag of eisers als gevolg van overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW van rechtswege in dienst zijn getreden bij KLM.

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1. In cassatie kan, kort samengevat, van het volgende worden uitgegaan. Eisers zijn allen (ex-) medewerkers van Martinair Holland N.V. en zijn of waren lid van VNV. 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 (KLM en Martinair) piloten.

1.2. Martinair is in 1958 opgericht en heeft als activiteit (gehad) passagiersluchtvaart en vrachtvervoer, ondergebracht in aparte divisies. Het vrachtvervoer handelt onder de naam Martinair Cargo (verder ook: MAC). Martinair had tot voor kort 220 fte piloten in dienst, allen vrachtvliegers.

1.3. KLM is in 1919 opgericht en vormt met Air France na de fusie in 2004 de Air France KLM-Groep (hierna: de KLM-Groep), waartoe ook de 100% dochtervennootschappen KLM Cityhopper en Transavia behoren.

1.4. In 1964 heeft KLM 50% van de aandelen in Martinair verworven. Per 31 december 2008 heeft KLM de resterende 50% van de aandelen in Martinair verkregen. Sindsdien is KLM enig aandeelhouder van Martinair.

1.5. Vanaf 2005 is Martinair gedurende vele jaren verlieslatend geweest. Naar aanleiding hiervan zijn verschillende maatregelen getroffen, waaronder het staken van korte vluchten (*short haul*). In november 2011 heeft Martinair haar passage-diensten volledig beëindigd. De vrachtafdeling is voortgezet. Op dit moment heeft Martinair 4 vliegtuigen tot haar beschikking. Dat zijn alle zo-

1 Zie rov. 2.1-2.36 van het in cassatie bestreden arrest van het hof Amsterdam van 1 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1473, JAR 2018/143, m.nt. R.M. Beltzer.

geheten *Full Freighter*-toestellen (verder ook: FF-toestellen), die uitsluitend bestemd zijn voor vracht. KLM heeft geen FF-toestellen meer in haar operationele vloot.

1.6. Nadat KLM eind 2008 enig aandeelhouder van Martinair was geworden, zijn vanaf begin 2009 Martinair Cargo en de vrachtdivisie van KLM (AFKL Cargo) langzamerhand geïntegreerd, zowel op commercieel als op operationeel gebied. Na de voltooiing van de operationele samenwerking in 2013/2014 is Martinair Cargo een zogeheten *Operating Carrier*, die ACMI-contracten (*Aircraft, Crew, Maintenance, Insurance*) sluit. Dat impliceert dat Martinair geen 'eigen' vracht meer vervoert, maar door andere luchtvaartmaatschappijen – waaronder KLM/AFKL Cargo – als vervoerder wordt ingeschakeld. Martinair heeft nog slechts vrachtvliegtuigen in dienst.

1.7. Nadat in september 2010 Martinair bekend maakte dat zij per 1 november 2011 zou stoppen met de volledige passagedivisie en dat zij zich verder zou concentreren op vrachtvervoer in Martinair Cargo, zijn tussen Martinair, KLM en de vakverenigingen (waaronder VNV) voor de medewerkers van Martinair regelingen getroffen.

1.8. Met betrekking tot de opvang van de vliegtuigen (passage- en vrachtdivisie) is in september 2011 het zogenaamde Ringvaartakkoord gesloten. Het akkoord had de status van cao. In het Ringvaartakkoord is door Martinair, KLM en VNV als uitgangspunt afgesproken dat alle vliegtuigen van Martinair, zowel van de passagedivisie als de vrachtdivisie, in de gelegenheid werden gesteld per (uiterlijk) 1 januari 2014 in dienst van KLM te treden.

1.9. Het Ringvaartakkoord bevatte een regeling omtrent opzegging, die – kort gezegd – bepaalde dat partijen de visie voorstonden dat 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 rechtszaak zou worden aangespannen, het Ringvaartakkoord kon worden opgezegd. In het voorjaar van 2013 heeft Stichting Cockpitbelangen, die de belangen van werknemers van Martinair vertegenwoordigt, vorderingen uit hoofde van art. 7:663 BW jegens KLM en VNV ingesteld.² Op 31 oktober

2013 heeft VNV het Ringvaartakkoord opgezegd tegen 31 december 2013, onder verwijzing naar de verschillende procedures namens Martinair-medewerkers.

1.10. KLM, Martinair en VNV hebben op 2 december 2013 een nieuw akkoord gesloten, het zogenaamde Steigenberger-akkoord (hierna: het SBA). De Martinairafdeling van de ledenraad van de VNV heeft niet ingestemd met het SBA. Dit akkoord is niet in werking getreden.

1.11. Op 10 juni 2015 hebben eisers tegen KLM c.s. een procedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank Amsterdam. Zij hebben *primair* een verklaring voor recht gevorderd dat eisers door overgang van onderneming (art. 7:663 BW) van rechtswege in dienst zijn getreden bij KLM en dat per datum van overgang van onderneming alle uit de arbeidsovereenkomst tussen eisers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM, en dat KLM wordt veroordeeld eisers te werk te stellen, dit op straffe van een dwangsom. *Subsidiair* hebben zij gevorderd KLM te veroordelen om eisers een aanbod te doen om in dienst te treden bij KLM, dit op grond van art. 2.2 jo. 2.3 Ringvaartakkoord, en voor recht te verklaren dat KLM onrechtmatig althans in strijd met het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW heeft gehandeld door eisers niet op of na 1 januari 2014 een arbeidsovereenkomst aan te bieden. De vordering tegen VNV houdt in dat zij de uit verwijzing van de vorderingen tegen KLM voortvloeiende gevolgen zal gehangen en gedogen, dit op straffe van een dwangsom.

1.12. Eisers hebben zich op het standpunt gesteld dat sprake is van overgang van onderneming.³ Volgens eisers heeft KLM als onderneming (en niet als aandeelhouder) de feitelijke exploitatie van de vrachttactiviteiten van Martinair ter hand

dat bij de overgang van de passagievliegtuigen van Martinair naar KLM géén sprake was van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW. In een door het cabinepersoneel aangespannen procedure is in gelijke zin geoordeeld, zie Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3003 (*Stichting Cabinebelangen/KLM e.a.*). Het tegen dit laatste arrest ingestelde cassatieberoep is verworpen met toepassing van art. 81 RO, zie HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:162, RvdW 2017/199.

2 Zie Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3004 (*Stichting Cockpitbelangen/KLM e.a.*), waarin onherroepelijk is geoordeeld

3 De weergave van het standpunt van eisers is te vinden in rov. 4 t/m 7 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 4 april 2016.

genomen en is dit gepaard gegaan met identiteitsbehoud. Martinair is feitelijk nog slechts een *business unit* van KLM. Als *Operating Carrier* draagt Martinair uitsluitend zorg voor de uitvoering van de *Full Freight*-vluchten van KLM, in opdracht van KLM en waarvoor KLM de *fee* ontvangt. De inkomsten van Martinair komen uitsluitend nog uit de *ACMI-Cost-Plus*-overeenkomst met KLM, die op elk moment kan worden opgezegd. Alle activiteiten en diensten van Martinair zijn naar KLM overgegaan. Martinair bestaat alleen nog als eigen entiteit voor de vergunningen en de landingsrechten. Feitelijk wordt Martinair gedreven als een afdeling van KLM, zonder eigen resources, zonder de vrijheid om activiteiten te verrichten die tegen de belangen van KLM ingaan, zonder eigen afdelingen als een IT-afdeling, IT-infrastructuur, HR- en Legalafdeling, en zonder eigen financieel beheer. De (enige) resterende werknemers van Martinair zijn de vrachtvliegers, die voor hun vlieschema's moeten inloggen op het KLM-webportal. De rest van het personeel is overgegaan naar KLM. De zelfstandigheid van Martinair is volledig weggevalen. Deze feitelijke situatie is juridisch te duiden als een overgang van onderneming. Nu per 1 januari 2014 het integratieprogramma volledig was afgerond, ligt het voor de hand vanaf dat moment eisers in dienst van KLM te achten, aldus eisers

1.13. Voor het geval geoordeeld wordt dat geen sprake is van overgang van onderneming hebben eisers zich subsidiair op het standpunt gesteld dat KLM hen op grond van het goed werkgeverschap en/of onrechtmatige daad een arbeidsovereenkomst moet aanbieden in lijn met hetgeen in het Ringvaartakkoord is bepaald. Volgens eisers was de opzegging van het Ringvaartakkoord ongeoorloofd, omdat de opzegebepaling uit het Ringvaartakkoord nietig of vernietigbaar is. De vordering tegen VNV is erdoor ingegeven dat VNV volgens eisers de belangen van KLM-vliegers verdedigt. Haar opzegging van het Ringvaartakkoord was onrechtmatig jegens eisers⁴

1.14. KLM heeft verweer gevoerd en betoogd dat de activiteiten van Martinair, waarvoor de vrachtvliegers werkzaam zijn – het vervoeren van vracht met *full freighters* – noch materiële activa zijn overgegaan, maar alleen een klein deel van het

personeel dat niet rechtstreeks voor de operating carrier werkte.⁵

1.15. VNV heeft eveneens verweer gevoerd en zich net als KLM op het standpunt gesteld dat geen sprake is van overgang van onderneming.⁶

1.16. Bij eindvonnis van 4 april 2016 heeft de kantonrechter bij de rechtbank Amsterdam de vorderingen van eisers afgewezen. De kantonrechter heeft overwogen dat geen sprake is van overgang van onderneming. De kantonrechter heeft onder meer verwezen naar de relevante overwegingen uit de eerdere vonnissen van de rechtbank in de door de passagevliegers en het cabinepersoneel aangespannen procedures (rov. 1.32 en rov. 40), welke beslissingen door het hof Amsterdam zijn bekrachtigd (zie onder 1.8 van de onderhavige conclusie). Volgens de kantonrechter is Martinair nog steeds een zelfstandige vennootschap, duidelijk zichtbaar als aparte entiteit (onder de naam Martinair Cargo) en met eigen vliegtuigen, waarop het Martinair Cargo logo prijkt. Martinair neemt ook onder eigen naam deel aan het maatschappelijk en economisch verkeer. Eisers hebben met Martinair een dienstverband, waaraan door Martinair ook daadwerkelijk invulling wordt gegeven. Er is van een overgang van de meest kenmerkende activiteiten van Martinair naar KLM wat betreft de vrachtdivisie dus juist geen sprake (rov. 42).

1.17. De kantonrechter heeft ook de vordering afgewezen om KLM te veroordelen eisers een arbeidsovereenkomst 'langs de lijnen van' het Ringvaartakkoord aan te bieden. Volgens de kantonrechter is dit akkoord door VNV geldig opgezegd. Dit brengt mee dat KLM eisers geen arbeidsovereenkomst behoefde aan te bieden (rov. 45-49). De vordering jegens VNV is eveneens afgewezen (rov. 50).

1.18. Eisers zijn van het vonnis van de kantonrechter in hoger beroep gekomen. De grieven 2-4 zien erop het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. Bij wege van nieuwe subsidiaire vordering hebben eisers zich erop beroepen dat de opzegebepaling uit het Ringvaartakkoord nietig dan wel vernietigbaar is.

1.19. Bij arrest van 1 mei 2018 heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, kort samengevat, het volgende overwogen.

4 Zie rov. 15 van het eindvonnis.

5 Zie rov. 17 e.v. van het eindvonnis.

6 Zie r. ov. 26 van het eindvonnis.

Het hof heeft eerst beoordeeld of sprake is van overgang van onderneming en het toetsingskader geschetst zoals dat in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) is ontwikkeld (rov. 3.3). Het toetsmoment – het moment waarop de onderneming zou zijn overgegaan – is volgens eisers 1 januari 2014, waarbij het hof zich heeft aangesloten (rov. 3.4). Vervolgens heeft het hof de omstandigheden beoordeeld die volgens eisers meebrengen dat sprake is van overgang van onderneming, namelijk dat de onderneming van Martinair Cargo (MAC) voor het vrachtvervoer door de lucht is overgegaan op KLM, te weten: (i) de vraag of vliegtuigen zijn overgegaan (rov. 3.6 e.v.), (ii) het personeelsbeleid (rov. 3.7), (iii) de landingsrechten/slots (rov. 3.8), (iv) de bestemmingen waarop wordt gevlogen (rov. 3.9), (v) de klanten (rov. 3.10), (vi) de *airwaybill* (rov. 3.11), (vii) de overgang van ondersteunende diensten (rov. 3.12) en (viii) overige stellingen van KLM over de zelfstandigheid van Martinair als bedrijf (rov. 3.13). Alle omstandigheden afwegend is het hof tot de slotsom gekomen dat geen sprake is van een overgang van onderneming van MAC naar KLM (rov. 3.14). Vervolgens heeft het hof de stellingen van eisers over het Ringvaartakkoord beoordeeld (rov. 3.15). VNV mocht het Ringvaartakkoord opzeggen: de daarin opgenomen opzeggingsbepaling is niet nietig of vernietigbaar wegens strijd met de openbare orde (rov. 3.16). Het Ringvaartakkoord heeft evenmin nawerking behouden nadat het was opgezegd (rov. 3.17). Het hof heeft ook het beroep op goed werkgeverschap en onrechtmatige daad verworpen (rov. 3.18).

1.20. Tegen dit arrest hebben eisers (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. KLM en VNV hebben ieder afzonderlijk verweer gevoerd. Alle partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Eisers hebben gerepliceerd, waarna VNV heeft gedupliceerd. KLM heeft afgezien van dupliek.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vijftien onderdelen, die uiteenvallen in verschillende subonderdelen.

2.2. Bij de bespreking van het middel stel ik het volgende voorop. 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 (hier-

na: de Richtlijn),⁷ die de opvolger is van de eerdere richtlijnen 98/50EG⁸ en 77/187/EEG.⁹ De essentie van deze regeling is dat door de overgang van een onderneming ook de in die onderneming werkzame werknemers hun rechten behouden. Zij gaan dus over van de vervreemder naar de verkrijger. Van een overgang is kort gezegd sprake wanneer een onderneming (de Richtlijn hanteert het begrip ‘economische eenheid’)¹⁰ uit hoofde van een overeenkomst, een fusie of een splitsing overgaat op een verkrijger, waarbij zij haar identiteit behoudt (art. 7:662 lid 2 onder a BW).¹¹ Dit identiteitsbehoud kan met name blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten.¹² Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud moet rekening worden gehouden met alle relevante feitelijke omstandigheden van de transactie, die in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld.¹³ Het is niet noodza-

7 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.

8 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.

9 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.

10 Zie over het begrip ‘onderneming’ en de betekenis van de Richtlijn onder meer Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/293.

11 Zie HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830, NJ 2017/193, m.nt. E. Verhulp; JAR 2014/124, m.nt. R.M. Beltzer (*Welkoop ‘t Rijpje*) en recent HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:792.

12 HvJEG 18 maart 1986, zaak 24/85, ECLI:EU:C:1986:127, Jur. 1986, p. 01119 (*Spijkers*), rov. 12.

13 HvJEG inzake *Spijkers*, reeds aangehaald, rov. 12.

kelijk dat een eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden.¹⁴

2.3. Afhankelijk van de sector waarin de betrokken onderneming actief is, kunnen bepaalde factoren meer of minder van belang zijn bij de beoordeling of sprake is van identiteitsbehoud.¹⁵ In sectoren waarin de arbeidskracht een bepalende factor is, is voor overgang van onderneming essentieel dat een wezenlijk deel van het personeel wordt overgenomen.¹⁶ In andere sectoren is de overgang van bepaalde activa juist belangrijker.¹⁷ Zo is volgens het HvJEU voor overgang van onderneming in de luchtvaartsector van belang dat vliegtuigen zijn overgenomen.¹⁸

2.4. Uit het voorgaande volgt dat de beoordeling of sprake is van overgang van onderneming berust op een waardering van alle relevante feitelijke omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd. Dat betekent ook dat een dergelijk oordeel in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.

2.5. In de onderhavige procedure hebben eisers zich op het standpunt gesteld dat de activiteiten van MAC, dat wil zeggen het vrachtvervoer door de lucht, op KLM zijn overgegaan en dat daarom sprake is van een overgang van onderneming. Het hof heeft in rov. 3.5 de grondslag van de vordering van eisers weergegeven, hetgeen in cassatie niet is bestreden. Het hof diende dus te beoordelen of alle relevante feitelijke omstandigheden, in samenhang beschouwd, erop wijzen dat de activiteiten van MAC op KLM zijn overgegaan.

2.6. *Onderdeel 1* valt uiteen in twee subonderdelen en is gericht tegen rov. 3.3 van het bestreden arrest. Het onderdeel klaagt dat het hof zou hebben miskend dat het alle feitelijke omstandigheden die eisers aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd in samenhang moest onderzoeken. Volgens het onderdeel (onder 1.1) heeft het hof het toetsingskader uit het *Spijkers*-arrest weliswaar geciteerd, maar daarbij de cruciale slotzin achterwege gelaten, namelijk dat de factoren moeten worden beoordeeld in het kader van een volledig onderzoek van de feitelijke omstandigheden en daarom niet afzonderlijk mogen worden beoordeeld. Het hof heeft de verschillende factoren dan ook niet in samenhang, maar geïsoleerd beschouwd, aldus de klacht. Het onderdeel klaagt verder dat het hof uitsluitend per bedrijfselement en bedrijfsonderdeel is nagegaan of dit al dan niet naar KLM is overgegaan, zonder oog te hebben voor de consequenties van die overgang voor de bedrijfsvoering van MAC, namelijk dat KLM volledige zeggenschap heeft gekregen over de activiteiten van MAC en in de economische realiteit de exploitatie daarvan ter hand heeft genomen.

2.7. In rov. 3.6-3.13 heeft het hof van iedere factor beoordeeld in hoeverre deze erop wijst dat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Dat het hof deze factoren, omwille van de duidelijkheid, achtereenvolgens heeft besproken, betekent niet dat het hof deze factoren niet in samenhang heeft beoordeeld. Dat dit wel degelijk is gebeurd, blijkt uit rov. 3.14, waarin het hof heeft overwogen dat 'de hierboven besproken omstandigheden tegen elkaar afwegend' geen sprake is geweest van een overgang van onderneming van MAC naar KLM. Hieruit blijkt dat het hof de verschillende factoren in samenhang heeft beschouwd, zodat de klacht faalt. Voor het overige falen de klachten eveneens, omdat het hof in rov. 3.3 is uitgegaan van een correct toetsingskader.

2.8. *Subonderdeel 1.2* klaagt over rov. 3.3, waarin het hof heeft verwezen naar het *Amatori*-arrest van het HvJEU. Het onderdeel betoogt dat deze overweging van een onjuiste rechtsopvatting getuigt voor zover het hof daarmee heeft bedoeld dat de concernverhouding tussen Martinair en KLM niet van belang zou zijn. Ook klaagt het onderdeel dat het oordeel van het hof ontoereikend is gemotiveerd, omdat het hof geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat Martinair een dochtermaatschappij van KLM is.

14 HvJEG 15 december 2005, gevoegde zaken C-232/04 en C-233/04, ECLI:EU:C:2005:778, Jur. 2005, p. I-11237, JAR 2006/19, m.nt. R.M. Beltzer (*Securicor*).

15 Zie Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/296; Groene Serie Arbeidsovereenkomst, art. 7:662 BW, aant. 4.1 (R.M. Beltzer); A.P. van der Mei en M. Voogsgeerd, Herstructurering, in: F. Pennings, S.S.M. Peters (red.), Europees Arbeidsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 316-320.

16 Zie bijvoorbeeld HvJEG 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141, Jur. 1997, p. I-1259 (*Süzen*).

17 Zie bijvoorbeeld HvJEG 25 januari 2001, C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59, Jur. 2001, p. I-00745 (*Liikenne*), waarin het ging om openbaarvervoersdiensten en HvJEG 20 november 2003, C-340/01, ECLI:EU:C:2003:629, Jur. 2003, p. I-14023 (*Abler/Sodexo*), waarin het de cateringsector betrof.

18 HvJEU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (*Air Atlantis*).

2.9. In het *Amatori*-arrest heeft het HvJEU overwogen dat Richtlijn 2001/23 niet alleen geldt in gevallen waarin de vervreemder onafhankelijk is van de verkrijger, maar ook wanneer een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden binnen concernverband.¹⁹ Dat een overgang heeft plaatsgevonden binnen concernverband staat dus niet aan toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23 in de weg. In de weergave van het *Amatori*-arrest in rov. 3.3 van de bestreden beslissing is niet te lezen dat het hof aan het *Amatori*-arrest een meeromvattende of onjuiste betekenis heeft toegekend, in die zin dat aan het bestaan van concernverhoudingen in het geheel geen betekenis zou toekomen. De rechtsklacht stuit hierop af. De motiveringsklacht faalt eveneens, omdat het hof in verschillende rechtsoverwegingen (waaronder rov. 3.6.2, 3.6.3, 3.10, 3.11 en 3.13) rekening heeft gehouden met de verhouding tussen KLM en MAC.

2.10. *Onderdeel 2* valt uiteen in twee subonderdelen en is gericht tegen rov. 3.4, die betrekking heeft op het toetsmoment waarvan het hof is uitgegaan. Het hof is op basis van de stellingen van eisers tot de slotsom gekomen dat als toetsmoment 1 januari 2014 moet worden gehanteerd voor de overgang van onderneming. Het onderdeel (onder 2.1) klaagt dat het hof een onjuiste uitleg aan de gedingstukken heeft gegeven, voor zover het hof ervan zou zijn uitgegaan dat eisers uitsluitend 1 januari 2014 als toetsmoment zouden hebben genoemd. Eisers hebben namelijk gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat zij op 1 januari 2014, dan wel op een door het hof vast te stellen ander moment, als gevolg van overgang van onderneming van rechtswege in dienst zijn getreden. Om die reden hebben zij gewezen op gebeurtenissen die zich na 2014 hebben voorgedaan. Verder betoogt het onderdeel (onder 2.2) dat, voor zover het hof in rov. 3.5 t/m 3.14 minder gewicht heeft toegekend aan omstandigheden die zich ver vóór 2014 hebben voorgedaan, dit onjuist is, omdat dergelijke omstandigheden de transactie in dezelfde mate als in de tijd dichterbij gelegen omstandigheden kunnen kenmerken.

2.11. De klacht faalt, omdat eisers ook volgens het middel primair hebben aangevoerd dat het toetsmoment 1 januari 2014 zou moeten zijn. De keuze van het hof om hierbij aan te sluiten is dus niet onbegrijpelijk. Alle klachten van het onderdeel stuiten hierop af.

2.12. *Onderdeel 3* is gericht tegen rov. 3.5-3.6.4, waarin het hof heeft geoordeeld over de vraag of de vliegtuigen waarmee het vrachtverkeer plaatsvond, zijn overgedragen aan KLM. Het onderdeel valt in vier subonderdelen uiteen.

2.13. *Subonderdeel 3.1* klaagt dat het hof met zijn oordeel zou hebben miskend dat niet maatgevend is of de formele eigendom van de vliegtuigen is overgegaan, maar dat relevant is of de zeggenschap is verplaatst van MAC naar KLM.

2.14. Op zichzelf is het juist dat eigendomsoverdracht geen vereiste is voor overgang van onderneming.²⁰ Het hof heeft echter niet geoordeeld dat geen sprake is van overgang van onderneming, omdat de vliegtuigen niet zijn overgedragen. In de bestreden overwegingen (rov. 3.6.1, 3.6.3 en 3.6.4) heeft het hof immers stellingen van eisers over het gebruiksrecht (en dus niet de eigendom) van de vliegtuigen beoordeeld. Het hof heeft de stellingen van eisers op dit punt dus niet verworpen op de grond dat geen formele eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden, maar ook beoordeeld in hoeverre MAC KLM-vliegtuigen kan of moet gebruiken en of dit duidt op (feitelijke) overgang van deze vliegtuigen van MAC naar KLM. Hierop strandt deze klacht.

2.15. Het subonderdeel herhaalt verder een groot aantal stellingen die eisers in feitelijke instanties hebben ingenomen in verband met de overgang van de vliegtuigen. Het betoog komt erop neer, aldus het subonderdeel, dat KLM in vergaande mate zeggenschap heeft verkregen over (het gebruik van) de door Martinair gebruikte vliegtuigen. Het hof zou hieraan onvoldoende aandacht hebben besteed en sommige stellingen ongemotiveerd hebben verworpen, dan wel hierover geen eigen oordeel hebben gevormd.

2.16. Ook deze klacht faalt. In rov. 3.6.2 heeft het hof aandacht besteed aan het betoog dat KLM als aandeelhouder invloed had op het aanschafbeleid van de vliegtuigen. In rov. 3.6.4 heeft het geoor-

19 HvJEU 6 maart 2014, C-458/12, ECLI:EU:C:2014:124, JAR 2014/104, m.nt. R.M. Beltzer (*Amatori*). Zie reeds HvJEG 2 december 1999, C-234/98, ECLI:EU:C:1999:594, Jur. 1999, p. I-08643 (*Allen*).

20 HvJ EG 15 december 2005, gevoegde zaken C-232/04 en C-233/04, ECLI:EU:C:2005:778, Jur. 2005 I-11237, JAR 2006/19, m.nt. R.M. Beltzer (*Securitor*).

deeld dat dit betoog niet wijst op overgang van onderneming. Het hof behoeft daarbij niet expliciet in te gaan op alle specifieke stellingen die eisers in verband met het aanschafbeleid hebben ingenomen (die het middel in onderdeel 3.1 onder (i) tot en met (vi) opsomt).²¹ Hetzelfde geldt voor de stellingen over het gebruik door MAC van KLM-toestellen. Dit betoog is in rov. 3.6.1 beoordeeld en in rov. 3.6.4 verworpen.

2.17. *Subonderdeel 3.2* betoogt, evenals in subonderdeel 3.1, dat het hof ten onrechte doorslaggevend zou hebben geacht of sprake is van ‘formele overgang’ (naar ik begrijp: eigendomsoverdracht) van de vliegtuigen. Daarmee zou het hof niet hebben gerespondeerd op het betoog van eisers dat niet van belang is of hiervan sprake is geweest, omdat dit de positie van KLM niet wezenlijk zou hebben veranderd. Ook deze klacht gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest (zie nr. 2.14, hiervoor) en faalt dus.

2.18. *Subonderdeel 3.3* klaagt over het oordeel in rov. 3.6.1 dat bij MAC een reductie heeft plaatsgevonden van elf toestellen naar zeven. Dit zou onbegrijpelijk zijn, want onverenigbaar met de vaststelling in rov. 2.7 dat MAC op dit moment vier toestellen tot haar beschikking heeft.

2.19. De klacht faalt, omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest. In rov. 3.6.1 gaat het over de situatie in 2014, terwijl rov. 2.7 ziet op de situatie op ‘dit moment’, te weten het moment van wijzen van het arrest (1 mei 2018). Voor het overige bouwt het onderdeel voort op voorafgaande onderdelen door te klagen over het door het hof gehanteerde toetsmoment en het meewegen van gebeurtenissen van na 1 januari 2014. Deze voortbouwende klachten delen het lot van de voorafgaande onderdelen en falen dus.

2.20. *Subonderdeel 3.4* klaagt over rov. 3.6.4. De klacht betoogt dat het hof zijn oordeel dat niet van overgang van de toestellen is gebleken, onvoldoende heeft gemotiveerd.

2.21. De klacht faalt. Uit de bestreden overweging blijkt dat het hof de stellingen van KLM ziet als voldoende gemotiveerde weerspreking van die van MAC. Het hof overweegt dit ook uitdrukkelijk in rov. 3.6.1.

2.22. *Onderdeel 4* ziet op het oordeel van het hof in rov. 3.7 over het personeel. Het onderdeel valt in vier subonderdelen uiteen.

2.23. *Subonderdeel 4.1* klaagt dat het hof zijn overweging dat (slechts) 177 oud-Martinairwerknemers bij KLM in dienst zijn getreden, heeft gebaseerd op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken. KLM zou hebben aangevoerd dat 127 werknemers van MAC bij KLM in dienst zijn gekomen in dezelfde functie en dat daarnaast 176 werknemers formeel in dienst zijn getreden bij KLM en terug zijn gedetacheerd bij MAC.

2.24. Het subonderdeel wijst er terecht op dat het hof verschillende cijfers lijkt te hebben verwisseld, óók KLM gaat hiervan uit.²² Volgens de juiste cijfers zijn niet 177, maar slechts 127 werknemers overgegaan van MAC naar KLM. Het aantal betrokken werknemers is in werkelijkheid dus nog lager dan het hof heeft overwogen. Het valt niet in te zien waarom het hof tot een ander oordeel had moeten komen wanneer het van dit laatste (lagere) cijfer zou zijn uitgegaan. Het subonderdeel bevat op dit punt ook geen toelichting. De klacht faalt daarom bij gebrek aan belang.

2.25. *Subonderdeel 4.2* klaagt over de overweging dat eisers de door KLM aangevoerde getallen niet zou hebben weersproken. Het voert aan dat eisers de door KLM gemaakte vergelijking wel degelijk hebben betwist.²³

2.26. De door eisers in dit verband betrokken stellingen zien echter geen van alle op de juistheid van het (volgens het hof en ook volgens eisers) meest relevante cijfer, namelijk het aantal personeelsleden dat van MAC naar KLM is overgegaan. Het hof heeft dus terecht overwogen dat eisers dit cijfer niet hebben betwist. Verder heeft het hof de overweging dat de door KLM genoemde cijfers niet zijn betwist ook ten grondslag gelegd aan zijn oordeel dat bij Martinair een forse personeelsreductie heeft plaatsgevonden. Het subonderdeel licht niet toe waarom de betwisting van eisers van sommige cijfers zou meebrengen dat deze conclusie niet langer zou kloppen.²⁴ Daarom faalt het subonderdeel.

21 Dit is vaste rechtspraak, zie Asser/Korthals Altes en Groen 7 2015/188.

22 Schriftelijke toelichting KLM, nr. 76.

23 Verwezen wordt naar de akte uitlating nieuwe stellingen en nieuwe producties van 14 maart 2017 van eisers, nr. 2.17.

24 Dat ligt ook niet voor de hand. KLM heeft in nrs. 163-164 van haar memorie van antwoord vergeleken hoeveel personen op 31 december 2012 bij Martinair

2.27. *Subonderdeel 4.3* klaagt dat het hof bij zijn beoordeling of personeel van MAC naar KLM is overgegaan ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de stelling dat KLM eisers in 2011 heeft toegezegd hen per 1 januari in dienst te zullen nemen.

2.28. Deze klacht faalt, nu het hof diende te beoordelen in welke mate personeel van MAC *feitelijk* naar KLM is overgegaan, en niet of dat had moeten gebeuren.

2.29. *Subonderdeel 4.4* klaagt over de overweging dat de personeelsreductie bij Martinair door haarzelf is gerealiseerd en niet door KLM. Daarbij zou het hof geen aandacht hebben besteed aan de stelling dat de reductie het (uiteindelijke) resultaat is van het *bellies and combis first*-beleid van KLM, en dat KLM de personeelsreductie door een kasronde heeft bekostigd.

2.30. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het oordeel van het hof ziet op de vraag wie de personeelsreductie heeft gerealiseerd, en niet op de vraag waarom dat is gebeurd of hoe die reductie is bekostigd.

2.31. *Onderdeel 5* valt in vier subonderdelen uiteen en klaagt over het oordeel van het hof in rov. 3.8 over de landingsrechten en *slots*.

2.32. *Subonderdeel 5.1* klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan door van belang te achten dat de landingsrechten bij MAC zijn achtergebleven, nu landingsrechten naar hun aard niet kunnen worden overgedragen.

2.33. Dit subonderdeel faalt, omdat het hof heeft overwogen dat landingsrechten, ook al zijn zij niet overdraagbaar, onmisbaar zijn voor het kunnen uitoefenen van vrachtvervoer door de lucht.

werken en hoeveel daarvan op 1 april 2014 nog over waren. Eén categorie personeel ('Ww Ops' oftewel vrachtafhandeling) zou volgens eisers op 31 december 2012 groter zijn geweest dan KLM doet voorkomen. Op 1 april 2014 zou deze groep tot 0 personen zijn afgenomen, wat eisers niet hebben betwist. Ook als de stelling van eisers over de situatie eind 2012 klopt, is de conclusie van het hof dat sprake is geweest van een forse personeelsreductie dus nog steeds begrijpelijk. De stelling dat '195 mensen in dienst zijn van KLM maar dedicated voor Martinair werken' vind ik niet terug bij KLM. KLM spreekt van 176 personen die in dienst zijn van KLM maar bij Martinair zijn gedetacheerd. Voor het overige hebben de stellingen van eisers geen betrekking op de juistheid van de door KLM genoemde getallen.

Dat laatste wordt niet bestreden. Het hof acht het feit dat MAC over landingsrechten beschikt dan ook terecht een aanwijzing dat geen sprake is van overgang van onderneming.

2.34. *Subonderdeel 5.2* klaagt dat het hof zou hebben miskend dat KLM gebruik is gaan maken van de landingsrechten van MAC en daarmee van een onjuiste rechtsopvatting zou zijn uitgegaan.

2.35. Het hof heeft deze stelling genoemd, maar van belang geacht dat een dergelijk gebruikmaken volgens KLM in de luchtvaartwereld gebruikelijk is. Verder doet deze omstandigheid er niet aan af dat landingsrechten essentieel zijn voor het kunnen uitoefenen van vrachtvervoer door de lucht, zoals het hof overweegt. De klacht faalt dus.

2.36. *Subonderdeel 5.3* klaagt over de slotsom van het hof dat het feit dat MAC landingsrechten bezit een aanwijzing is dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Het onderdeel betoogt dat deze slotsom onbegrijpelijk zou zijn, omdat het hof niet duidelijk zou hebben gemaakt welke stellingen zij 'overneemt' en geen eigen oordeel zou hebben gevormd.

2.37. Het is duidelijk dat het hof doorslaggevend acht dat landingsrechten essentieel zijn voor het kunnen uitoefenen van vrachtvervoer door de lucht. Het middel bestrijdt die overweging niet. De klacht kan niet tot cassatie leiden.

2.38. *Subonderdeel 5.4* betoogt dat het hof ten onrechte zou zijn uitgegaan van een (volgens het subonderdeel niet bestaand) onderscheid tussen een passage- en een vrachtdivisie van KLM, waar het overweegt dat *slots* van Martinair door de passagedivisie van KLM werden gebruikt.

2.39. Ook deze klacht faalt, omdat blijkens de onbestreden vaststelling van het hof in rov. 2.3 wel degelijk sprake is van een vrachtdivisie bij KLM.

2.40. *Onderdeel 6* valt in twee subonderdelen uiteen en ziet op het oordeel in rov. 3.9 over de vraag of KLM vliegbestemmingen van Martinair heeft overgenomen.

2.41. *Subonderdeel 6.1* klaagt over het oordeel van het hof dat eisers de stelling van KLM, dat KLM geen van de bestemmingen van MAC heeft overgenomen, niet 'wezenlijk' hebben betwist. Het subonderdeel wijst erop dat MAC met naam en toenaam heeft genoemd op welke bestemmingen KLM minder is gaan vliegen en is gestopt met vliegen, dan wel meer is gaan vliegen of is gestart met vliegen. Daarnaast hebben eisers gesteld dat het onmogelijk is dat MAC minder op bepaalde bestemmingen zou zijn gaan vliegen, gezien het

feit dat zij veel minder toestellen heeft dan enkele jaren geleden.

2.42. Het is begrijpelijk dat het hof deze stellingen niet beschouwt als een voldoende gemotiveerde betwisting van het betoog van KLM (weergegeven in rov. 3.9). Dat KLM op bepaalde bestemmingen meer of minder is gaan vliegen, betekent immers op zichzelf niet dat dit komt doordat bestemmingen van MAC naar KLM zijn overgegaan. Het subonderdeel faalt daarom.

2.43. *Subonderdeel 6.2* betoogt in de kern dat het hof zou hebben geoordeeld dat MAC zich hoofdzakelijk richt op vracht die niet in *bellies* en *combis* zou kunnen worden vervoerd. Een dergelijk oordeel zou onbegrijpelijk zijn in het licht van meerdere stellingen van eisers

2.44. Het hof heeft een dergelijk oordeel niet gegeven. Het hof heeft immers overwogen dat het door KLM verzorgde vrachtvervoer niet geheel samenvalt met het vrachtvervoer dat MAC uitvoert. KLM vervoert (vrijwel) alleen kleinere ladingen die passen in het ruim van een passagiersvliegtuig, terwijl MAC ook grote voorwerpen vervoert die daarin niet passen, zoals Formule 1-auto's. Het hof heeft dus niet geoordeeld dat MAC hoofdzakelijk of voornamelijk grotere vracht vervoert, maar geoordeeld dat MAC zich daar, anders dan KLM, mede op richt. Ik merk hierbij nog op dat de stellingen die het subonderdeel noemt inhouden dat blijkens gegevens van KLM vrachtvervoer van MAC naar KLM is verschoven en dat dit komt door de *bellies and combis first*-strategie van KLM. Het oordeel van het hof ziet echter specifiek op de vraag of *bestemmingen* van MAC naar KLM zijn overgegaan. Het subonderdeel faalt dus bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.45. *Onderdeel 7* valt in drie subonderdelen uiteen en ziet op het oordeel in rov. 3.10 over de vraag of KLM de klanten en de verkoopkantoren ten behoeve van die klanten van MAC heeft overgenomen.

2.46. *Subonderdeel 7.1* acht rov. 3.10 onbegrijpelijk, omdat het hof niet duidelijk maakt wat het hof in rov. 3.10 bedoelt te beslissen.

2.47. Deze klacht mist feitelijke grondslag en faalt. Het hof overweegt immers uitdrukkelijk dat er op het punt van de klanten en de verkoopkantoren zowel factoren zijn die vóór als factoren die tégen overgang van onderneming pleiten. Het hof heeft dus juist geen alomvattend oordeel willen geven. Verder is uit het oordeel van het hof af te leiden

dat de omstandigheid dat MAC een zelfstandige entiteit in de markt is gebleven, erop wijst dat géén sprake is van overgang van onderneming. De omstandigheid dat KLM en MAC nauw samenwerken wijst in de richting van het tegendeel. 2.48. *Subonderdeel 7.2* richt klachten tegen de overweging dat MAC een zelfstandige entiteit in de markt is gebleven en dat klanten afzonderlijk met MAC kunnen contracteren en dat ook hebben gedaan. Het subonderdeel acht dat oordeel onbegrijpelijk in het licht van een aantal stellingen van MAC.

2.49. Hierover merk ik kort het volgende op. Stellingen (i) en (ii) zijn geen essentiële stellingen. Dat overeenkomsten met Etihad en Kenya Airways in werkelijkheid door KLM werden gesloten en dat MAC in feite door een *joint venture* van KLM en Kenya Airways werd ingeschakeld, betekent niet dat MAC niet zelfstandig was. Volgens het hof kan MAC worden beschouwd als belangrijke onderaannemer van KLM. Stelling (iii) is in dit verband niet relevant. Het oordeel van het hof ziet erop of MAC als zelfstandige entiteit in de markt aanwezig is gebleven en klanten zelfstandig met haar kunnen contracteren. Of zij commerciële afdelingen heeft, is daarbij als zodanig niet van belang. Over stelling (iv) heeft het hof in rov. 3.11 apart geoordeeld. Stelling (v) laat zich daaruit verklaren dat MAC als onderaannemer van KLM is gaan opereren. Stellingen (vi), (vii) en (viii) duiden er, volgens het subonderdeel, op dat KLM in grote mate invloed heeft op MAC en dat MAC commercieel van haar afhankelijk is. Dat betekent echter niet dat de onderneming van MAC dus op KLM is overgegaan en laat onverlet dat MAC als zelfstandige entiteit in de markt aanwezig is gebleven. Stelling (viii) is geen stelling, maar een conclusie die aan de voorgaande stellingen wordt verbonden. Uit het voorgaande volgt dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is en dat de klacht dus faalt.

2.50. *Subonderdeel 7.3* bevat een op het slagen van subonderdeel 7.2 voortbouwende klacht, die geen zelfstandige bespreking behoeft.

2.51. *Onderdeel 8* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.11 over de vervanging van de *airway bill* (AWB) van MAC door die van KLM. Het onderdeel valt in drie subonderdelen uiteen.

2.52. *Subonderdeel 8.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat MAC weliswaar zelf over een *Air Operator's Certificate* (AOC) beschikt, maar dat

zij verschillende van de systemen en personen die hiervoor vereist zijn van KLM betreft.

2.53. De klacht faalt. Waar het volgens het hof om gaat, is dat MAC een AOC heeft, hetgeen een voorwaarde is voor het uitvoeren van haar activiteiten.

2.54. *Subonderdeel 8.2* gaat er vanuit dat het hof heeft geoordeeld dat het feit dat MAC geen eigen AWB heeft, wordt 'geneutraliseerd' door het feit dat zij wel over een AOC en over een exploitatievergunning beschikt en door een externe inspectie als zelfstandige *Continuing Airworthiness Management Organisation* is aangemerkt. Volgens het subonderdeel gaat het om onvergelykbare grootheden.

2.55. Anders dan het subonderdeel betoogt, valt in het oordeel van het hof niet te lezen dat het hof zou hebben miskend dat de AWB op iets anders ziet dan de AOC, de exploitatievergunning en de inspectie. Waar het volgens het hof om gaat is of MAC slechts een 'façade' is en haar zelfstandigheid heeft verloren. Uit het feit dat zij een AOC en een exploitatievergunning heeft en als *Continuing Airworthiness Management Organisation* is aangemerkt, leidt het hof af dat dit niet zo is, ook al maakt MAC gebruik van de AWB van KLM. Daarop stuit de klacht af.

2.56. *Subonderdeel 8.3* acht onbegrijpelijk de slotsom dat MAC niet slechts een façade is, omdat het hof tot deze conclusie zou zijn gekomen uitsluitend op basis van de hiervoor (nr. 2.55) genoemde omstandigheden, terwijl eisers hieraan meer omstandigheden ten grondslag hebben gelegd.²⁵

2.57. Het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft niet uitsluitend op basis van deze drie omstandigheden geoordeeld dat MAC haar zelfstandigheid niet verloren heeft, maar geoordeeld dat dit uit deze drie omstandigheden niet (reeds) volgt.

2.58. *Onderdeel 9*, uiteenvallend in drie subonderdelen, is gericht tegen rov. 3.12, waarin het hof heeft beoordeeld of KLM ondersteunende diensten van MAC heeft overgenomen en of dit duidt op overgang van onderneming.

2.59. *Subonderdeel 9.1* klaagt over de conclusie van het hof dat ten aanzien van de ondersteunende taken integratie heeft plaatsgevonden tussen de activiteiten van MAC en die van KLM. Volgens

het hof kan, maar behoeft dat niet op overgang van onderneming te duiden. Volgens het subonderdeel is dit laatste onbegrijpelijk, omdat het hof daarmee in het midden zou hebben gelaten welke van deze situaties zich voordoet.

2.60. Het hof heeft in rov. 3.12 geconstateerd dat de integratie van ondersteunende diensten op overgang van onderneming kan duiden, maar dat dit daarvoor op zichzelf onvoldoende is. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk, zodat de klacht faalt.

2.61. *Subonderdeel 9.2* betoogt dat het hof op meerdere punten waarover partijen tegenstrijdige stellingen hebben ingenomen, heeft verzuimd een beslissing te geven.

2.62. De klacht berust op een verkeerde lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft wel degelijk een beslissing gegeven. Het heeft immers overwogen dat ten aanzien van de ondersteunende diensten in ieder geval een integratie heeft plaatsgevonden. Daarin ligt besloten dat volgens het hof de stellingen van MAC over het overgaan van ondersteunende diensten in ieder geval deels juist zijn. Het hof behoefde niet van iedere feitelijke stelling afzonderlijk te onderzoeken of die stelling juist is. Dat behoeft immers alleen in het geval dat die stelling op zichzelf tot een ander oordeel zou kunnen leiden (zie hiervoor nr. 2.16). Het subonderdeel faalt dus.

2.63. *Subonderdeel 9.3* klaagt dat het hof aan een aantal in het middel genoemde stellingen zonder motivering is voorbijgegaan.

2.64. Ook deze klacht faalt. Het subonderdeel verwijst niet naar specifieke stellingen die het hof zou hebben miskend, maar naar 'onderwerpen' in verband waarmee eisers 'diverse stellingen' zouden hebben ingenomen. Op de plaatsen in de gedingsstukken waarnaar wordt verwezen is een groot aantal stellingen ingenomen, zonder dat duidelijk is op welke stellingen de klacht het oog heeft. De klacht voldoet daarmee niet aan de daaraan te stellen eisen. Voor een deel gaat het bovendien om stellingen die terloops²⁶ of niet (op de genoemde plaats) zijn ingenomen.²⁷ Tenslotte

26 Bijvoorbeeld stelling (ii) (de overgang van de afdeling Trucking) in nr. 4.85 van de inleidende dagvaarding.

27 Bijvoorbeeld stelling (iii): deze is op de plaats waarnaar wordt verwezen (nr. 2.78 van de memorie van grieven) niet te vinden. Zo ook stelling (vi) over het gebruik van KLM-iPads (memorie van grieven, nr. 3.39).

25 Het subonderdeel verwijst naar de stellingen die zijn genoemd in subonderdeel 1.1.

heeft het hof in zijn oordeel ook andere dan de uitdrukkelijk genoemde ondersteunende diensten betrokken, waar het overweegt dat 'eisers hebben (...) gesteld dat KLM een groot aantal van de ondersteunende diensten van MAC heeft overgenomen, zoals de grondoperatie (...)'.
2.65. *Onderdeel 10* valt in vier subonderdelen uiteen. Het onderdeel ziet op rov. 3.13, waarin het hof de stellingen van KLM heeft besproken dat MAC als zelfstandig bedrijf is blijven opereren.

2.66. *Subonderdeel 10.1* klaagt dat rov. 3.13 onbegrijpelijk is, omdat het hof heeft nagelaten te vermelden of en zo ja, in hoeverre welke stellingen van partijen al of niet worden overgenomen en in hoeverre enig gewicht wordt toegekend aan de verschillende omstandigheden als aanwijzingen voor of tegen het bestaan van een overgang van onderneming.

2.67. Het is duidelijk dat het hof de eerstgenoemde stellingen van KLM (dat MAC een eigen bestuur heeft, haar eigen cao's sluit, enz.) heeft gehonoreerd, waar het overweegt dat deze stellingen door eisers niet zijn betwist. De als tweede genoemde stellingen zijn als zodanig niet betwist. Uit de overweging volgt dus dat het hof het betoog van KLM heeft gehonoreerd, namelijk het betoog dat MAC als zelfstandig bedrijf is blijven opereren, hetgeen betekent dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Het subonderdeel faalt daarom.

2.68. *Subonderdeel 10.2* klaagt dat het hof de stelling van eisers dat Martinair weliswaar een eigen bestuur heeft, maar dat de bestuurders KLM'ers zijn die ook bij KLM hoge functies bekleden, in dit verband ten onrechte onbesproken heeft gelaten.

2.69. Deze klacht faalt, omdat het hof deze stelling in rov. 3.6.2 al heeft beoordeeld, zoals het subonderdeel zelf ook opmerkt.

2.70. *Subonderdeel 10.3* klaagt dat het hof meeweegt dat een aantal van de vrachtvliegers (eisers in cassatie) aanspraak maken op winstdeling gebaseerd op de door Martinair gemaakte winst. Volgens het subonderdeel is dat onbegrijpelijk omdat deze vrachtvliegers ook aanspraak zouden hebben kunnen maken op winstdeling bij KLM, wanneer zij als gevolg van overgang van onderneming van rechtswege bij KLM in dienst waren getreden.

2.71. Het subonderdeel miskent dat het hier gaat om een stelling die KLM ten grondslag heeft gelegd aan haar betoog dat MAC nog steeds zelf-

standig opereert. Eisers hebben die stelling, en de relevantie daarvan in dit verband, in feitelijke instanties kennelijk niet bestreden (het subonderdeel verwijst althans niet naar plaatsen in de gedingstukken waar dat zou zijn gebeurd). De klacht dat het hof aan deze stelling geen belang had mogen hechten, faalt daarom.

2.72. *Subonderdeel 10.4* klaagt erover dat het hof ten onrechte zou hebben overwogen dat eisers zouden hebben gesteld dat de door MAC te maken winst *in hun ogen* een kunstmatig karakter heeft, terwijl het (volgens het subonderdeel) juist MAC en KLM waren die dat betoogden.

2.73. De klacht berust op een verkeerde lezing van de bestreden rechtsoverweging. In rov. 3.13 valt niet te lezen dat het hof het betoog van eisers heeft opgevat in de door het subonderdeel bedoelde zin. Het hof heeft immers slechts overwogen dat eisers hebben betoogd dat de winst een kunstmatig karakter heeft. De klacht faalt.

2.74. *Onderdeel 11*, uiteenvallend in twee subonderdelen, is gericht tegen de conclusie van het hof in rov. 3.14.

2.75. *Subonderdeel 11.1* bouwt voort op het slagen van één of meer voorgaande klachten en behoeft geen bespreking.

2.76. *Subonderdeel 11.2* somt een aantal stellingen op die het hof ten onrechte onbesproken zou hebben gelaten. Ik merk daarover het volgende op.

Stelling (i) ziet op uitingen die KLM heeft gedaan en die volgens eisers duiden op overgang van onderneming. Volgens het hof (rov. 2.9) duiden deze uitingen erop dat een integratie van de activiteiten van MAC met die van KLM gewenst was. Deze integratie heeft ook (deels) plaatsgevonden (rov. 2.10 e.v.). In rov. 3.12 heeft het hof vervolgens overwogen dat deze integratie op zichzelf niet meebrengt dat sprake is van overgang van onderneming. Daarin ligt besloten dat de uitingen over deze integratie dat op zichzelf ook niet meebrengen.

Stelling (iii) is een feitelijke stelling, waarvan ook het hof in rov. 2.6 is uitgegaan.

Stellingen (ii) en (iv) tot en met (vii) zien erop dat (kleine) bedrijfs-elementen van MAC naar KLM zijn overgegaan. Deze stellingen heeft het hof niet miskend, nu het in rov. 3.12 heeft overwogen dat KLM een groot aantal van de ondersteunende diensten van MAC heeft overgenomen. Het hof heeft zijn oordeel uitdrukkelijk niet beperkt tot de in die rechtsoverweging genoemde onderdelen. Het subonderdeel faalt dus.

2.77. *Onderdeel 12* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.16, dat de opzegbepaling in het Ringvaartakkoord niet nietig of vernietigbaar is. Het onderdeel valt in vijf subonderdelen uiteen.

2.78. *Subonderdelen 12.1, 12.2 en 12.3* zien op de weergave door het hof van het doel van de opzegbepaling. Het hof heeft overwogen dat de opzegbepaling tot doel had te voorkomen dat geoordeeld zou worden dat een overgang van onderneming had plaatsgevonden. Daartoe is overeengekomen dat, indien toch door werknemers van Martinair een beroep zou worden gedaan op de aanwezigheid van overgang van onderneming, de indiensttreding van vrachtvliegers bij KLM geen doorgang zou vinden, doordat in dat geval het Ringvaartakkoord zou worden opgezegd. Volgens subonderdeel 12.1 heeft het hof hiermee de opzegbepaling uitgelegd, zonder hierbij de daartoe aangewezen uitlegmaatstaf (de cao-norm) te hanteren. Subonderdeel 12.2 bouwt voort op subonderdeel 12.1 en klaagt dat het uiteindelijk oordeel dat de opzegbepaling niet in strijd is met de openbare orde uitgaat van de op rechtens onjuiste wijze vastgestelde uitleg van de opzegbepaling. Subonderdeel 12.3 betoogt (onder meer) dat in cassatie, bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag, ervan moet worden uitgegaan dat partijen met de opzegbepaling hebben bedoeld de vrachtvliegers te ontmoedigen een beroep op overgang van onderneming te doen.

2.79. Anders dan het onderdeel lijkt te veronderstellen, heeft rov. 3.16 geen betrekking op de betekenis van de opzegbepaling als zodanig, maar op de bedoeling die partijen met die bepaling hadden. Ook dat is op zichzelf een vraag van uitleg. De vraag hoe een contractsbepaling moet worden uitgelegd, en welke maatstaf daarvoor geldt, komt pas in beeld wanneer partijen het niet eens zijn over de juiste uitleg.²⁸ In dit geval bestond daarover geen discussie: de weergave die het hof in rov. 3.16 heeft gegeven van de bedoeling achter de opzegclausule strookt met de weergave die eisers daarvan hebben gegeven.²⁹ KLM c.s. hebben die weergave niet bestreden. Subonderdeel 12.1 licht

ook niet toe welke door eisers gestelde feiten of omstandigheden zouden meebrengen dat de uitleg van het hof niet juist zou zijn. De in subonderdeel 12.3 genoemde uitleg is niet wezenlijk anders. Ook uit de weergave van het hof blijkt dat de bedoeling van de opzegbepaling was een beroep op overgang van onderneming te ontmoedigen (het gevolg van een dergelijk beroep zou immers zijn dat de vrachtvliegers niet bij KLM in dienst zouden kunnen treden). Daarop stuiten subonderdelen 12.1 en 12.2 af, evenals subonderdeel 12.3 voor zover daarin wordt betoogd dat eisers een andere uitleg hebben voorgestaan dan door het hof weergegeven. Subonderdeel 12.3 klaagt verder dat het hof ten onrechte zou hebben geoordeeld dat de strekking van de opzegbepaling niet in strijd is met de openbare orde. Het subonderdeel gaat er vanuit dat het hof zou hebben geoordeeld dat het feit dat een overeenkomst (het Ringvaartakkoord) onverplicht wordt aangegaan, niet betekent dat die overeenkomst voorwaarden mag bevatten die naar inhoud en strekking in strijd zijn met de openbare orde. Een dergelijk oordeel valt in de bestreden overweging niet te lezen, zodat deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.80. *Subonderdeel 12.4* ziet erop dat, volgens het hof, de opzegbepaling werknemers niet daadwerkelijk belemmert om een beroep op overgang van onderneming te doen. Dit blijkt uit de omstandigheid dat hierop (in een andere procedure) een beroep is gedaan, hetgeen aanleiding was om het Ringvaartakkoord op te zeggen. Volgens het subonderdeel miskent het hof dat het erom gaat wat het doel van de opzegbepaling was, en niet of dit doel ook is bereikt.

2.81. Ook deze klacht faalt. Het oordeel van het hof komt in wezen erop neer dat de opzegbepaling niet in strijd is met de openbare orde, omdat zij een beroep op overgang van onderneming weliswaar ontmoedigt, maar niet onmogelijk maakt. Bij die opvatting – die het subonderdeel niet bestrijdt – maakt het geen verschil of de strekking dan wel de uitwerking van de opzegbepaling wordt beoordeeld. Waar het om gaat, is of een beroep op overgang van onderneming (niet slechts wordt ontmoedigd, maar) onmogelijk wordt gemaakt. Ook volgens het subonderdeel is slechts sprake van ontmoediging, hetgeen in de opvatting van het hof geen strijd met de openbare orde kan opleveren. Het subonderdeel faalt dus,

28 Zie W.L. Valk, Uitleg in het civiele proces, in: H.N. Schelhaas, W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016, p. 83.

29 Zie memorie van grieven, randnummer 2.16 en inleidende dagvaarding, nr. 2.7.

omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van de bestreden rechtsoverweging.

2.82. *Subonderdeel 12.5* bevat een op het slagen van één of meer voorgaande subonderdelen voortbouwende klacht. Het subonderdeel behoeft geen bespreking.

2.83. *Onderdeel 13* valt in vier subonderdelen uiteen en is gericht tegen rov. 3.17, waarin het hof het beroep van eisers op nawerking van het Ringvaartakkoord bespreekt.

2.84. *Subonderdeel 13.1* klaagt dat niet helder is waarom het hof het beroep op nawerking van het Ringvaartakkoord heeft verworpen. Volgens eisers heeft het in het Ringvaartakkoord neergelegde recht op indiensttreding nawerking, zodat eisers zich op dit recht kunnen beroepen, ondanks het feit dat het Ringvaartakkoord is opgezegd. Het subonderdeel wijst op rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is geoordeeld dat cao-bepalingen in beginsel nawerken, behoudens andersluidende afspraken. Volgens het subonderdeel is door eisers aangevoerd dat dergelijke andersluidende afspraken in dit geval niet zijn gemaakt.

2.85. Het subonderdeel miskent dat ook volgens het hof cao-bepalingen kunnen nawerken, maar alleen in het geval dat tussen werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst geldt waarop een cao van toepassing is, en deze cao vervolgens eindigt. Dat is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad. De achtergrond van deze regel is dat de cao-bepalingen in dat geval deel zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst.³⁰ Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat deze situatie zich hier niet voordoet. KLM had de vrachtvliegers immers nog geen arbeidsovereenkomst aangeboden op grond van het Ringvaartakkoord. Er is geen sprake van dat het hof zou hebben geoordeeld dat eventuele nawerking in het Ringvaartakkoord zelf is uitgesloten. Het subonderdeel faalt dus.

2.86. *Subonderdeel 13.2* klaagt dat van nawerking van een cao ook sprake kan zijn zonder dat een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Volgens het subonderdeel roept de cao immers een eigenstan-

dige rechtsverhouding in het leven tussen de cao-subjecten (KLM en de vrachtvliegers).

2.87. In de rechtspraak waarnaar hierboven is verwezen, heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk geoordeeld dat van nawerking alleen sprake kan zijn als een arbeidsovereenkomst bestaat, omdat de cao-bepalingen dan deel kunnen zijn gaan uitmaken van de arbeidsovereenkomst. Daarmee is onverenigbaar dat een cao (na)werking zou hebben zonder dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen waarop deze cao van toepassing is. Het subonderdeel faalt daarom.

2.88. *Subonderdeel 13.3* bouwt op het voorgaande subonderdeel voort en faalt om dezelfde reden.

2.89. *Subonderdeel 13.4* klaagt dat in het geval dat het hof met zijn overweging dat het Ringvaartakkoord KLM verplichtte om de vrachtvliegers 'onder bepaalde voorwaarden' een arbeidsovereenkomst aan te bieden, heeft bedoeld dat deze verplichting voorwaardelijk is, dit een onbegrijpelijke uitleg van het Ringvaartakkoord is.

2.90. Daargelaten of deze overweging op die manier moet worden begrepen, is deze klacht zonder belang, nu het hof heeft geoordeeld dat de verplichtingen uit het Ringvaartakkoord (voorwaardelijk of niet) geen nawerking hebben. De klacht faalt dus.

2.91. *Onderdeel 14* valt uiteen in twee subonderdelen en heeft betrekking op het oordeel van het hof over het beroep van eisers op goed werkgeverschap en onrechtmatige daad (rov. 3.18).

2.92. *Subonderdeel 14.1* klaagt dat het hof zijn verwerping van het beroep van eisers op goed werkgeverschap ten onrechte niet op alle omstandigheden van het geval zou hebben gebaseerd, maar daarbij een deel van het betoog van eisers zou hebben miskend.

2.93. Deze klacht faalt. Dat bij de beoordeling van een beroep op het goed werkgeverschap alle omstandigheden van het geval van betekenis kunnen zijn, betekent nog niet dat alle omstandigheden van het geval ook relevant zijn. Welke omstandigheden relevant zijn, is afhankelijk van de context waarin een beroep op goed werkgeverschap wordt gedaan. In dit geval hebben eisers het goed werkgeverschap ten grondslag gelegd aan een concrete vordering, namelijk een vordering op KLM om hen alsnog een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het hof heeft die vordering afgewezen en daarbij met name van belang geacht dat KLM na het opzeggen van het Ringvaartakkoord heeft getracht tot een alternatief te komen, en dat in dit

30 HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0580, NJ 2011/371, m.nt. E. Verhulp (*Abvakabo/UK*), HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386, NJ 2006/516, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Stichting Rode Kruis/X.*) en HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD3749, NJ 1988/70, m.nt. P.A. Stein (*Arubaanse vakbond*).

verband het Steigenberger-akkoord (zie nr. 1.10) is gesloten, maar dat eisers hiermee niet hebben willen instemmen. Volgens het hof was KLM bij die stand van zaken niet verplicht om nogmaals een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. De stellingen die subonderdeel 14.1 opsomt (zestien in totaal) heeft het hof niet miskend. Aan het begin van rov. 3.18 overweegt het hof immers dat eisers aan hun beroep een aantal omstandigheden ten grondslag hebben gelegd, 'waaronder' twee van de in het subonderdeel genoemde stellingen. Het subonderdeel faalt daarom.

2.94. *Subonderdeel 14.2* klaagt dat het hof ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan het beroep dat eisers hebben gedaan (niet op onrechtmatige daad, maar) op de redelijkheid en billijkheid, naast het goed werkgeverschap.

2.95. Het hof behoeft niet afzonderlijk op de redelijkheid en billijkheid in te gaan, omdat het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) een toepassing/verbijzondering is van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW).³¹ De klacht faalt dus.

2.96. *Onderdeel 15* valt in twee subonderdelen uiteen en is gericht tegen de afwijzing van verschillende bewijsaanbiedingen van eisers door het hof.

2.97. *Subonderdeel 15.1* somt verschillende stellingen op ten aanzien waarvan het hof bewijsaanbiedingen zou hebben gepasseerd. De stellingen die het subonderdeel noemt zijn in het cassatiemiddel eerder aan de orde gesteld, steeds met de klacht dat onduidelijk is of het hof de desbetreffende stelling heeft verworpen of niet en deze daarom nader had moeten bespreken.³² Hiervoor zijn deze klachten steeds ongrond bevonden.³³ Nu er dus, anders dan het subonderdeel veronderstelt, geen onduidelijkheid is over de vraag of deze stellingen al of niet zijn verworpen, bestond er geen reden voor het hof om in te gaan op bewijsaanbiedingen. Het subonderdeel stuit hierop af.

2.98. *Subonderdeel 15.2* klaagt over het passeren van een bewijsaanbod ten aanzien van de stelling

dat KLM na het opzeggen van het Ringvaartakkoord talloze vliegers in dienst heeft genomen, zonder eisers hiertoe in aanmerking te laten komen. Volgens het subonderdeel heeft het hof deze stelling in rov. 3.18 genoemd, maar ook conflicterende stellingen van KLM genoemd, maar hierover geen oordeel gegeven. Bij die stand van zaken had het hof eisers tot bewijslevering moeten toelaten, aldus het subonderdeel.

2.99. Uit rov. 3.18 blijkt echter dat het hof deze stelling irrelevant heeft geacht, omdat voor het beroep op goed werkgeverschap doorslaggevend is dat KLM niet gehouden was eisers na het SBA nogmaals een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Daarop strandt het subonderdeel.

2.100. Ik geef Uw Raad in overweging de klachten met toepassing van art. 81 RO te verwerpen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak CV 15-14632 van de rechtbank Amsterdam van 4 april 2016;
- b. het arrest in de zaak 200.197.937/01 van het gerechtshof Amsterdam van 1 mei 2018.
(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze zaak gaat over de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming in de zin van art. 7:662 BW van Martinair Holland N.V. (hierna: Martinair) op KLM.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Eisers zijn allen (ex-)werknemers van 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 Arbeids-

31 Zie Groene Serie Arbeidsovereenkomst, art. 7:611 BW, aant. 2.2 (F.G. Laagland).

32 Stelling (i) in subonderdeel 3.4, stelling (ii) in subonderdelen 6.1 e.v. en stelling (iii) in onderdeel 9.

33 Hiervoor respectievelijk nrs. 2.25, 2.38 en 2.48 e.v.

overeenkomst (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- 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 over-

gang 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 – 5 gezagvoerders en 66 copiloten, in totaal 67 fte – in dienst van KLM getreden. Van deze vliegers kwamen er 18 van de passagiersdivisie van Martinair en 49 van MAC. 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.

(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 (MRM), 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 ondersteunende 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 vliegers in bij Martinair tegen een jaarlijks vooraf vast te stellen tarief, waarbij de brandstofkosten en de overige vluchtgerelateerde kosten door KLM aan Martinair worden vergoed met een opslag van 3%. 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.

2.3. Eisers vorderen in dit geding – samengevat, en voor zover in cassatie van belang – een verklaring voor recht die inhoudt, kort gezegd:

– dat zij 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;

– dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen eisers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten, waaronder rechten voortvloeiende uit anciënniteit en senioriteit, zijn overgegaan op KLM.

De rechtbank heeft de vorderingen van eisers afgewezen.

2.4. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, samengevat, en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Het beslissende criterium voor de vraag of sprake is van een overgang van een onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23 is of de desbetreffende entiteit haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie ervan. Bij de vaststelling of aan die voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, de vraag of materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overgang, de vraag of vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen, de vraag of de clientèle wordt overgedragen, de mate waarin de vóór en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Het belang dat moet worden gehecht aan de onderscheiden criteria, verschilt naargelang de uitgeoefende activiteit en de productiewijze of bedrijfsvoering in de onderneming, de vestiging of het desbetreffende onderdeel van een vestiging. In een situatie als de onderhavige, die de luchtvaartsector betreft, moet de overdracht van materieel van wezenlijk belang worden geacht om te beoordelen of sprake is van de 'overgang van een vestiging'. De omstandigheid dat de gestelde overgang van een onderneming binnen concernverband plaatsvindt, maakt dit niet anders. (rov. 3.3)

MAC richt zich op het vrachtvervoer door de lucht, en is daarmee te beschouwen als een kapi-

taalintensieve onderneming. Van bijzonder belang voor de beoordeling of sprake is van een overgang van een onderneming is daarom de vraag of de vliegtuigen waarmee het vrachtverkeer plaatsvond, zijn overgedragen aan KLM. (rov. 3.5)

Er is geen enkel door MAC in 2008 of 2009 gebruikt vrachtvliegtuig rechtstreeks overgenomen door KLM. Niet kan worden vastgesteld dat de door MAC in 2009 gebruikte vliegtuigen op enig moment zijn overgedragen aan KLM. (rov. 3.6.1) Eisers voeren aan dat aan de veranderingen in de samenstelling van de vloot van MAC geen belang mag worden gehecht, omdat KLM als aandeelhouder (overwegende) invloed had op het aanschafbeleid door MAC van vliegtuigen. Eisers stellen dat de directie van Martinair vanaf 1 januari 2013 bestaat uit (voormalige) KLM-managers, en dat het statutaire doel van Martinair mede omvat het dienen van de belangen van KLM. KLM heeft daar tegenover gesteld dat Martinair een eigen rechtspersoon is, met een eigen directie, eigen medezeggenschapsorganen en dat de beslissing aangaande de vloot door Martinair zelf is genomen, en niet door KLM, en dat de verkoop van de MAC-toestellen ook door Martinair is gedaan. Andere dochterondernemingen van KLM, zoals Transavia, hebben ook een statutaire bepaling die ertoe strekt mede het belang van de moedermaatschappij te dienen. (rov. 3.6.2)

De door eisers aangevoerde omstandigheden met betrekking tot het gebruiksrecht van de vliegtuigen vormen eerder een aanwijzing voor de afwezigheid van de overgang van een onderneming, dan voor de aanwezigheid daarvan. (rov. 3.6.4)

Eisers hebben niet weersproken dat van de ongeveer 1000 personeelsleden van Martinair in 2008 er slechts 177 bij KLM in dienst zijn gekomen. Gelet op de genoemde en niet weersproken aantallen heeft bij Martinair een forse personeelsreductie plaatsgevonden. De realisatie daarvan is niet door KLM geschied, maar door Martinair. Voor de hoofdactiviteit van MAC, het vrachtvervoer door de lucht, zijn vliegers onmisbaar. Die vliegers zijn niet overgenomen door KLM. De al dan niet plaatsgevonden hebbende mutaties in het personeelsbestand van MAC wijzen naar het oordeel van het hof eerder op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van de overgang van een onderneming. (rov. 3.7)

Daar waar het gaat om landingsrechten en slots is het hof van oordeel dat de onderhavige situatie

eerder past bij de afwezigheid van de overgang van een onderneming, dan bij de aanwezigheid daarvan. Ook als landingsrechten niet overdraagbaar zijn, geldt dat de landingsrechten onmisbaar zijn voor het vrachtvervoer door de lucht. Het achterblijven van die rechten vormt dan een aanwijzing dat geen sprake is geweest van de overdracht van een zelfstandige economische activiteit. (rov. 3.8)

Eisers hebben niet wezenlijk betwist dat de overgrote meerderheid van vliegbestemmingen ongewijzigd bij Martinair is gebleven en dat, afgezien van de tijdelijke situatie in Hong Kong, KLM op geen enkele bestemming is gaan vliegen waarop MAC gestopt was. Het door KLM verzorgde vrachtvervoer door de lucht is niet geheel gelijk te stellen met het vrachtvervoer zoals verricht door MAC. KLM vervoert (vrijwel) uitsluitend kleinere ladingen, die passen in het ruim van een passagiersvliegtuig, terwijl MAC ook grote voorwerpen vervoert, die in een passagiersvliegtuig niet passen, zoals Formule 1-auto's. MAC richtte zich op dit deel van het vrachtvervoer in 2007/2008, en doet dat nog steeds. KLM heeft dat deel van het vrachtvervoer (de grotere voorwerpen) ook niet overgenomen. Een en ander vormt eerder aanleiding te concluderen tot de afwezigheid van de overgang van een onderneming, dan tot de aanwezigheid daarvan. (rov. 3.9)

MAC is als zelfstandige entiteit in de markt aanwezig gebleven, klanten kunnen afzonderlijk met MAC contracteren en hebben dat ook regelmatig gedaan: dat zijn niet meer zozeer bedrijven die zelf behoefte hebben aan vervoer, maar wel andere luchtvaartmaatschappijen. In het bijzonder heeft MAC KLM als klant en is zij wat dat betreft te beschouwen als belangrijke onderaannemer van door KLM geworven contracten. KLM en MAC werken ook kenbaar voor de buitenwereld nauw met elkaar samen, getuige bijvoorbeeld het logo waarin zowel de afkortingen van KLM als van Air France als die van MAC voorkomen. Ten aanzien van het onderdeel klanten bestaan er zowel omstandigheden die op de aanwezigheid als die op de afwezigheid van de overgang van een onderneming duiden. (rov. 3.10)

MAC kan haar activiteiten slechts uitvoeren en voert deze ook uit op grond van een aan MAC afgegeven AOC. Ook heeft Martinair een eigen door de overheid verstrekte exploitatievergunning, en is zij door een externe inspectie (Civil Aviation Authority The Netherlands, ILT) aange-

merkt als zelfstandige Continuing Airworthiness Management Organisation. Wat dat betreft kan niet worden geconcludeerd dat MAC haar zelfstandigheid als gevolg van de overgang van een onderneming heeft verloren en slechts is te beschouwen als façade. (rov. 3.11)

Ten aanzien van de ondersteunende taken, zoals sleepdiensten en onderhoud, heeft in ieder geval in de loop van de tijd een integratie plaatsgevonden van de destijds door Martinair verrichte activiteiten en die van KLM. Dat kan wijzen op de overgang van een onderneming, maar dat hoeft niet. (rov. 3.12)

Martinair heeft haar eigen bestuur dat alle beslissingen zelf neemt, sluit haar eigen cao's, heeft haar eigen pensioenfondsen, haar eigen medezeggenschapsorganen, en die medezeggenschapsorganen hebben ook geprocedeerd tegen Martinair. Martinair heeft nog steeds haar eigen winst en verliesrekening en 58 vliegers, onder wie appellanten, hebben in rechte aanspraak gemaakt op een winstdeling gebaseerd op de door Martinair gemaakte winst. (rov. 3.13)

Concluderend, de hierboven besproken omstandigheden tegen elkaar afgewegend, is geen sprake geweest van de overgang van een onderneming van MAC naar KLM. (rov. 3.14)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. De onderdelen 1-11 en 15 van het middel zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat geen sprake is van de overgang van een onderneming en tegen de motivering van dat oordeel. Bij de beoordeling van deze onderdelen stelt de Hoge Raad het volgende voorop.

3.1.2. Ingevolge art. 7:663 BW gaan door overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever 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 (hierna: de Richtlijn).³⁴ 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.³⁵

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.³⁶ 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 materiële 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 overdracht 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 naar gelang van de uitgeoefende activiteit en tevens van de productiewijze of bedrijfsvoering in de onderneming.³⁷

34 Pb 1977, L 61/26; gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG (Pb 1998, L 201/88) en gehercodificeerd in Richtlijn 2001/23/EG (Pb 2001, L 82/16).

35 HvJEU 18 maart 1986, zaak 24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers), punt 11.

36 Zie bijvoorbeeld HvJEU 18 maart 1986, zaak 24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers), punt 11-13.

37 HvJEU 11 maart 1997, zaak C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141 (Süzen), punt 18.

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.³⁸ Daarbij is het niet noodzakelijk dat eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden.³⁹

3.2.1. Onderdeel 3 van het middel bevat onder meer de klacht dat het hof geen aandacht heeft besteed aan het betoog van eisders dat KLM, door de vergaande integratie van MAC in KLM, in alle opzichten de zeggenschap heeft verkregen over de vloot van MAC, zowel over de inzet als over de omvang en samenstelling ervan. Het onderdeel wijst meer in het bijzonder op de volgende stellingen van eisders:

- Doordat KLM het commerciële apparaat van MAC heeft overgenomen dan wel vervangen door het hare, met als gevolg dat klanten zich niet meer tot MAC maar uitsluitend tot KLM kunnen wenden, bepaalt KLM de verdeling van de vracht over de vliegtuigen van KLM (bellies and combis) en MAC (full freighters) en daarmee of, waarheen en wanneer de vliegtuigen van MAC vliegen.

- KLM heeft in 2009 MAC opgedragen haar vier Boeings stil te zetten en in plaats daarvan vier Boeings van KLM te gaan gebruiken, waarmee KLM de vliegtuigen van MAC in feite door de hare verving.

- KLM heeft besloten de full freight activiteiten te verminderen van negen naar drie vlootlijnen, als gevolg waarvan vijf MD-11 toestellen van MAC zijn verkocht; KLM heeft voor dit besluit advies gevraagd aan haar ondernemingsraad en in de adviesaanvraag de operating carrier (MAC) kosten (crew, fuel, fleet en maintenance) als haar kosten gepresenteerd.

- Het was KLM die naar aanleiding van de reductie van de full freight activiteiten en de uitfasering van de MD-11 vliegtuigen een persbericht deed uitgaan (waarin niet over MAC werd gerept).

- Uit het jaarverslag over 2015 van KLM blijkt dat KLM de full freight activiteiten en de full freight

vliegtuigen als onderdeel van haar eigen cargo business beschouwt.

- KLM heeft de kosten voor de uitfasering van de MD-11 vliegtuigen gedragen.

- De slots die zijn vrijgevallen door de reductie van de vloot van MAC zijn aan KLM overgedragen.

3.2.2. Het hiervoor in 3.2.1 weergegeven betoog van eisders komt erop neer 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. Het hof is in rov. 3.6.1, 3.6.3 en 3.6.4 slechts ingegaan op de vraag of de eigendom van de vrachtvliegtuigen van MAC is overgedragen aan KLM en het heeft in rov. 3.6.2 volstaan met een weergave van de stellingen van eisders dat KLM als aandeelhouder overwegende invloed had op het aanschafbeleid door MAC van vliegtuigen en dat het bestuur van Martinair vanaf 1 januari 2013 bestaat uit managers van KLM, en van de daartegenover door KLM c.s. ingenomen stellingen dat Martinair een eigen rechtspersoon is, met een eigen directie en eigen medezeggenschapsorganen, dat de beslissing aangaande de vloot door Martinair zelf is genomen, en niet door KLM, en dat de verkoop van de MAC-toestellen ook door Martinair is gedaan. Het hof heeft met een en ander niet gerepondeerd op het betoog van eisders 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. Nu dit betoog van belang kan zijn voor de beantwoording van de vraag of de exploitatie van de onderneming in feite door KLM wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen en daarmee of sprake is van een overgang van de onderneming (zie hiervoor in 3.1.4), had het hof de juistheid ervan moeten onderzoeken en daarop gemotiveerd moeten beslissen. De klacht treft dus doel.

3.3.1. Onderdeel 6.1 keert zich met een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat eisders niet wezenlijk hebben betwist dat, afgezien van de tijdelijke situatie in Hong Kong, KLM op geen enkele bestemming is gaan vliegen waarop MAC gestopt is.

Dit onderdeel is gegrond. Eisders hebben gemotiveerd en onder verwijzing naar producties ge-

38 HvJEU 9 september 2015, zaak C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis), punt 29.

39 HvJ EU 15 december 2005, gevoegde zaken C-232/04 en C-233/04, ECLI:EU:C:2005:778 (Securicor), punt 37-41; HvJEU 9 september 2015, zaak C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis), punt 30.

steld⁴⁰ 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. Het oordeel van het hof dat eisers niet wezenlijk hebben betwist dat KLM op geen enkele bestemming is gaan vliegen waarop MAC gestopt is, is dan ook onbegrijpelijk.

3.3.2. Onderdeel 6.2 klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof een onderscheid aanbrengt tussen het door KLM en het door MAC verzorgde vrachtvervoer en dat het hof betekenis toekent aan de omstandigheid dat het door KLM verzorgde vrachtvervoer door de lucht niet geheel gelijk te stellen is met het vrachtvervoer zoals verricht door MAC, nu MAC in de 'full freighters' ook grote voorwerpen kan vervoeren die niet passen in de 'belly' van een passagiersvliegtuig. Het onderdeel wijst onder meer op de stellingen van eisers 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.

Het onderdeel slaagt. Nu het hof deze door het onderdeel genoemde stellingen van eisers niet kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken, geeft het oordeel dat het onderscheid tussen het door KLM en het door MAC verzorgde vrachtvervoer eerder aanleiding vormt te concluderen tot de afwezigheid van een overgang van onderneming, dan tot de aanwezigheid daarvan, onvoldoende inzicht in de door het hof gevolgde gedachtegang.

3.4.1. Onderdeel 7 is gericht tegen de oordelen (in rov. 3.10) dat MAC als zelfstandige entiteit in de markt aanwezig is gebleven, dat klanten afzonderlijk met MAC kunnen contracteren en dat met name luchtvaartmaatschappijen dat ook regelmatig gedaan hebben. Het onderdeel klaagt onder meer dat deze oordelen onbegrijpelijk zijn in het licht van de volgende stellingen van eisers:

a) De overeenkomsten met Etihad en Kenya Airways werden, samengevat weergegeven, weliswaar door de juridische entiteit MAC aangegaan, maar in werkelijkheid door KLM gesloten.

b) MAC werd bovendien niet werkelijk ingeschakeld door Kenya Airways, maar door een joint venture van KLM en Kenya Airways.

c) MAC heeft geen commerciële organisatie meer, onder andere omdat (a) haar commerciële afdelingen zijn overgegaan naar KLM, (b) de buitenlandse verkoopkantoren van MAC zijn opgegaan in die van Air France-KLM, (c) het uitgebreide GSA-netwerk van MAC is beëindigd onder betaling van goodwill door KLM en (d) de website van MAC doorlinkt naar het commerciële portal van KLM, zodat potentiële klanten zich niet meer kunnen wenden tot MAC, maar uitsluitend tot KLM.

d) De Airway Bill van MAC is vervangen door die van KLM, waardoor alle door MAC te vervoeren vracht onder de verantwoordelijkheid van KLM moet worden vervoerd.

e) De gehanteerde algemene voorwaarden van MAC zijn vervangen door die van AFKL Cargo.

f) De ACMI-overeenkomst op basis waarvan KLM 'klant' zou zijn van MAC, betekent feitelijk 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 waarvan KLM alle kosten van MAC – die door KLM zelf bij MAC in rekening zijn gebracht – vergoedt met een opslag van 3%, behoudens de ACMI-kosten, die KLM krachtens de ACMI overeenkomst vergoedt.

g) Van de vier elementen van de ACMI-overeenkomst (Aircraft, Crew, Maintenance en Insurance) ligt slechts één in het domein van MAC (Crew) en de overige drie onderdelen (Aircraft, Maintenance en Insurance) worden door KLM geleverd.

h) KLM onderhandelt feitelijk met zichzelf over de ACMI-overeenkomst, zodat ook in die zin niet kan worden gezegd dat MAC klant is van KLM.

i) Er is sprake van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico rust bij KLM.

j) MAC is commercieel geheel afhankelijk van KLM, die haar enige 'klant' is.

3.4.2. Deze klacht slaagt. De oordelen van het hof dat MAC als zelfstandige entiteit in de markt aanwezig is gebleven, dat klanten afzonderlijk met MAC kunnen contracteren en dat met name luchtvaartmaatschappijen dat ook regelmatig gedaan hebben, zijn zonder nadere motivering onbegrijpelijk in het licht van de hiervoor in 3.4.1 onder a – h weergegeven en door het hof niet on-

40 Memorie van grieven 2.74; akte van 14 maart 2017, 2.25 en 2.31.

juist bevonden stellingen van eisders. Deze stellingen, die uitmonden in de hiervoor in 3.4.1 onder i – j weergegeven stellingen van eisders dat sprake is van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico rust bij KLM, respectievelijk dat MAC commercieel geheel afhankelijk is van KLM, die haar enige ‘klant’ is, kunnen van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de exploitatie van MAC in feite door KLM als nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen, en daarmee of overgang van de onderneming van MAC heeft plaatsgevonden (zie hiervoor in 3.1.4).

3.5. Het arrest van het hof kan niet in stand blijven. De onderdelen 1-11 en 15 van het middel, die alle zijn gericht tegen het oordeel dat geen sprake is van overgang van onderneming, behoeven voor het overige geen behandeling. Na verwijzing zal, met inachtneming van alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken (zie hiervoor in 3.1.4), opnieuw moeten worden onderzocht of een overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden.

3.6. De onderdelen 12-14 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de daarin vervatte klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 1 mei 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt KLM c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van eisders begroot op € 508,19 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

NOOT

In Air Atlantis is door het HvJ EU uitgemaakt dat de materiële activa kenmerkend zijn voor de activiteiten in de luchtvaart (HvJ EU, «JAR» 2015/260, r.o. 29). In dat geval zal overdracht van deze materiële activa tot overgang van onderneming leiden. Deze zaak bij de Hoge Raad spitst zich dan ook toe op de vraag of in dit geval sprake was van overdracht van zulke materiële activa.

Het betoog van de vliegers komt erop neer dat KLM feitelijke zeggenschap heeft over de vliegtuigen van MAC en dat daarmee sprake is geweest van overdracht van de vliegtuigen en dus sprake van overgang van onderneming. Eigendomsoverdracht is geen vereiste. A-G Vlas stelt dat het hof dit niet heeft miskend. Het oordeel dat geen sprake is van overgang van onderneming zou niet zijn gebaseerd op het ontbreken van eigendomsoverdracht. Het hof heeft volgens hem namelijk beoordeeld in hoeverre MAC KLM-vliegtuigen kan of moet gebruiken en of dit duidt op (feitelijke) overgang van deze vliegtuigen van MAC naar KLM. Gebruik door KLM was niet aan de orde, met name omdat sprake was van een reductie van vliegtuigen voor vrachtvervoer (zowel bij KLM als MAC). Daarom had er volgens het hof geen overdracht plaatsgevonden (r.o. 3.6.1 van het hof).

De Hoge Raad oordeelt echter anders dan de A-G en concludeert dat het hof ‘in rov. 3.6.1, 3.6.3 en 3.6.4 slechts is ingegaan op de vraag of de eigendom van de vrachtvliegtuigen van MAC is overgedragen aan KLM’ en het heeft in r.o. 3.6.2 ‘volstaan’ met een weergave van de stellingen van de vliegers. Het hof heeft daarmee onvoldoende gereageerd op het betoog van de werknemers 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.

De Hoge Raad kiest dus (zoals vaker bij overgang van onderneming) voor een meer materiële benadering. Dat lijkt mij terecht. Het beslissende criterium voor de vraag of sprake is van een overgang in de zin van die richtlijn, is het feit dat de betreffende economische eenheid haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de *exploitatie* van de economische eenheid (zie arresten Spijkers, nr. 24/85, ECLI:EU:C:1986:127, punten 11 en 12; Securicor, «JAR» 2006/19, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak, Abler, «JAR» 2003/300 en Amatori, «JAR» 2014/104, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Anders dan de Hoge Raad denk ik dat het hof zich niet heeft beperkt tot de vraag van eigendomsoverdracht. Wel acht het hof – naar mijn mening ten onrechte – het (ontbreken van) *feitelijke* gebruik kennelijk doorslaggevend (r.o. 3.6.1 van het hof). ‘Exploitatie’ is wat mij betreft een breder begrip dan enkel *het feitelijke gebruik* van

vliegtuigen. Exploitatie gaat veeleer om het hebben van *beschikkingsbevoegdheid* (het gebruiksrecht ongeacht of dit recht wordt uitgeoefend). Een besluit om de vloot niet te gebruiken maar te verkleinen is een uitwerking van deze beschikkingsbevoegdheid, ongeacht of KLM dus vliegtuigen van MAC daadwerkelijk heeft ingezet en of het eigendom formeel elders ligt. Dat afbouw van een vloot ook een vorm van exploitatie is, past ook binnen het arrest *Ellinika Nafpigeia* (HvJ EU C-664/17) waarin is geoordeeld dat de richtlijn weliswaar bepaalt dat overgang moet plaatsvinden ‘met het oog op voortzetting van een [...] economische activiteit’, maar dat ook een voornemen om op den duur de verkrijger te laten *liquideren* niet aan overgang in de zin van de richtlijn in de weg staat.

Vermoedelijk zal die beschikkingsbevoegdheid van KLM wel kunnen worden aangenomen, met name aan de hand van de in r.o. 3.2.1 genoemde omstandigheden. Maar wat is daarvoor de grondslag? Het heeft er de schijn van dat KLM aan de touwtjes trekt vanwege haar overwegende invloed *als aandeelhouder*. KLM is immers al op 31 december 2008 enig aandeelhouder geworden. De vliegers hinken ook op die gedachte. Hoewel zij uitgaan van een overgang per 1 januari 2014, doen zij ook een beroep op omstandigheden van (ver) vóór die datum (KLM had al in 2009 vliegtuigen van MAC feitelijk door de hare vervangen en de integratie – waardoor volgens de vliegers de feitelijke zeggenschap ontstond – vond plaats in de periode van 2009 tot 2013/2014).

Hamvraag is echter of beschikkingsbevoegdheid die veeleer volgt uit de aandeelhoudersrelatie voldoende is om daadwerkelijk tot overgang van onderneming te kunnen concluderen? Is er dan wel sprake van overdracht van activiteiten en een georganiseerd geheel van middelen?

Wat mij betreft is het geen ondenkbaar scenario dat in dit soort gevallen overgang van onderneming wordt vastgesteld.

Het lijkt erop dat KLM zich als enig aandeelhouder heeft gemanifesteerd als ‘medeondernemer’ zoals we dat in de medezeggenschap kennen. Besluitvorming van KLM had directe invloed op MAC en ook in persberichten en jaarverslagen stelde KLM zich materieel als ondernemer van de full freight-activiteiten van MAC op. Medeondernemerschap is weliswaar in een procedure tussen de ondernemingsraad van Martinair en KLM

en Martinair door de Ondernemingskamer afgewezen, maar enkel op formele gronden. De ondernemingsraad had dit standpunt namelijk pas in de procedure ingenomen en niet in zijn advies noch in het daaraan voorafgegane adviestraject. Een inhoudelijk oordeel over medeondernemerschap was dat evenwel niet (Hof Amsterdam 4 augustus 2015, «JAR» 2015/223).

Hoewel medezeggenschap en het leerstuk van overgang van onderneming niet met elkaar vermengd mogen worden en door een aandelenoverdracht op zichzelf geen overgang van onderneming tot stand komt, is voorstelbaar dat stelselmatige invloed van een aandeelhouder (lees: fungerend als (mede)ondernemer) materieel een overdracht van activiteiten en een georganiseerd geheel van middelen kan bewerkstelligen. Wat mij betreft zou na terugwijzing het oordeel kunnen zijn dat KLM zich de activiteiten en de middelen feitelijk heeft toegeëigend en daarmee een overgang ex art. 7:662 BW heeft uitgelokt. Dit past in de beschermingsgedachte van de richtlijn.

Ik voel mij daarin gesteund door een blog van Beltzer (R.M. Beltzer, ‘De concernfactor bij overgang van onderneming – tijd voor een moderne benadering’ <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6610243984008716288/>). Hij ziet het arrest van de Hoge Raad als een moderne wijze van de beoordeling van overgang van onderneming binnen concernverband die past binnen de Klarenberg-doctrine (HvJ EU 12 februari 2009, «JAR» 2009/92) die ertoe kan leiden dat ‘een “klassieke” overgang van de identiteitvormende activa geen eis is, maar dat volstaat dat KLM, op welke wijze dan ook, niettemin deze activa kan beheersen’.

De eis dat KLM de activa kan ‘beheersen’ vat ik gemakshalve samen als medeondernemerschap. Het enkele feit dat sprake is van enig aandeelhouderschap is wat mij betreft in ieder geval onvoldoende; er zullen bijkomende omstandigheden moeten zijn. Net als bij medeondernemerschap, lijkt terughoudendheid van de rechter op zijn plaats. Los daarvan zal lastig te bepalen zijn wat het moment van overgang was.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad terecht dat onvoldoende duidelijk is waarom het hof een onderscheid heeft aangebracht tussen het door KLM en MAC verzorgde vrachtvervoer. In de al aangehaalde zaak *Air Atlantis* was van ‘weinig belang’

dat het betreffende materieel was gebruikt om er zowel *lijnvluchten* als *chartervluchten* mee uit te voeren, aangezien het hoe dan ook luchtvervoersactiviteiten zijn. In dit geval lijkt het onderscheid nog beperkter – allebei nog steeds vrachtvervoer – en dus van nog minder belang. Een betere motivering is dan ook op zijn plaats.

mr. B.C.L. Kanen
advocaat/partner bij Liber Dock

13

Cassatieberoep verworpen ondanks twijfels over bewijswaardering; taak feitenrechter

Hoge Raad
13 december 2019, nr. 18/03741,
ECLI:NL:HR:2019:1950
(mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G Drijber)

Verstrekken negatieve informatie over werknemer. Kanttekeningen A-G bij bewijswaardering hof. Toepassing art. 81 lid 1 RO.

[BW art. 6:74, 6:162, 7:611; Wft art. 1:75, 3:10;
Rv art. 152 lid 2; RO art. 81 lid 1]

De werknemer is als commercieel directeur bij de werkgever in dienst geweest. Op 6 juni 2011 is hij op staande voet ontslagen. Vervolgens is hij bij een bank in dienst getreden. Deze heeft hem een arbeidsovereenkomst voor een jaar aangeboden onder de ontbindende voorwaarde dat uit de rechtszaak tussen de werknemer en de werkgever geen zaken naar voren zouden komen die een negatieve screening tot gevolg zouden hebben. De werkgever en de werknemer hebben vervolgens afgesproken dat, als de bank nogmaals informatie zou vragen, de werkgever naar de werknemer zou verwijzen en niet zelf mededelingen zou doen. In weerwil van deze afspraak heeft de werkgever aan de bank toch telefonische informatie verstrekt over de werknemer. Dit heeft geleid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen de bank en de werknemer. De werknemer heeft de werkgever aansprakelijk gesteld. De

rechtbank heeft de werkgever veroordeeld tot vergoeding van de schade van de werknemer. Het hof heeft dit vonnis vernietigd en heeft geoordeeld dat de werkgever de mededeling aan de bank mocht doen, omdat hij dit deed op verzoek van De Nederlandsche Bank (DNB). De werknemer heeft beroep in cassatie ingesteld.

De A-G merkt op dat het de vraag is of de bank wel verplicht was om gehoor te geven aan het verzoek van DNB, nu het hier om een informeel verzoek ging. De A-G schat voorts de kans laag in dat DNB de werkgever daadwerkelijk verplicht zou hebben om de mededeling aan de bank te doen. Anderzijds had DNB ook zelf contact kunnen opnemen met de bank. De gevolgen voor de werknemer waren dan niet anders geweest. De A-G heeft twijfels over de wijze waarop het hof het bewijs heeft gewaardeerd. Het is de vraag of wat het hof als bewezen heeft aangenomen, ook daadwerkelijk op die manier heeft plaatsgevonden. Bewijswaardering is echter aan het hof voorbehouden, als rechter die over de feiten oordeelt, en het komt aan op de redelijke mate van zekerheid die het hof hierover heeft verkregen. Het bewijsoordeel van het hof is voldoende gemotiveerd om zijn beslissing controleerbaar en aanvaardbaar te maken. De A-G concludeert daarom tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad volgt deze conclusie met toepassing van art. 81 lid 1 RO.

NB. Zie «JAR» 2014/10 en «JAR» 2015/7, m.nt. Vogel voor de uitspraken van de rechtbank en «JAR» 2018/200, m.nt. Tuijl van Serooskerken voor de uitspraak van het hof. Een bewijswaarderingsoordeel geldt in cassatie als feitelijk en laat zich slechts bestrijden op de grond dat het onbegrijpelijk, dat wil zeggen onjuist, zou zijn. Dergelijke klachten slagen niet vaak, zo blijkt onder meer uit HR, «JAR» 2016/168 en HR, «JAR» 2018/149. Een enkele keer lukt dit wel, zoals in HR, «JAR» 2019/73, m.nt. Said (WoonDroomZorg).

De werknemer te (...),
eiser tot cassatie,
verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. P.A. Fruytier,
tegen
Van Lanschot NV, voorheen F. van Lanschot Bankiers NV, te 's-Hertogenbosch,
verweerster in cassatie,