ANNOTATIE

Behoud van anciënniteit bij overgang van onderneming: biedt de Hoge Raad nieuwe inzichten?

mr. drs. I. Lintsen

Annotatie bij Hoge Raad, 20-01-2023, ECLI:NL:HR:2023:65 (AR-2023-0125)

1. Inleiding

In de zomer van 2021 behaalden de vrachtvliegers van Martinair na ruim vijf jaar procederen eindelijk hun gelijk bij de rechter. Hof Den Haag stelde op 8 juni 2021 vast dat de vrachtvliegers van Martinair op 1 januari 2014 als gevolg van een overgang van onderneming van rechtswege in dienst zijn getreden van KLM.[1] Met deze uitspraak eindigde de langlopende procedure echter niet. De door de vrachtvliegers gevorderde verklaring voor recht dat de bij Martinair opgebouwde senioriteit over zou gaan op KLM, werd namelijk door het hof afgewezen. Concreet hield dit in dat de vrachtvliegers onderaan de senioriteitslijst van KLM werden geplaatst, hetgeen – zo stellen de vliegers – gevolgen had voor met name hun ontslagbescherming en carrièrekansen. De vrachtvliegers van Martinair hebben tegen dit oordeel beroep in cassatie ingesteld en op 20 januari 2023 heeft de Hoge Raad over het behoud van senioriteit geoordeeld.[2]

Hoewel de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt een wat atypische is (senioriteit is in het arbeidsrecht geen gangbaar begrip), werd toch reikhalzend naar deze uitspraak uitgekeken. Senioriteit en anciënniteit vertonen namelijk grote gelijkenissen. Senioriteit wordt in hoofdzaak bepaald door anciënniteit[3] en in die zin was de verwachting dat de uitspraak van de Hoge Raad ook zou gelden voor anciënniteit. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt al dat anciënniteit mee overgaat voor zover deze aan een recht van financiële aard is gekoppeld. De vraag die openligt, is echter hoe we een recht van financiële aard moeten kwalificeren. Zo bestaat bijvoorbeeld nog steeds onduidelijkheid over de vraag of de ontslagvolgorde een recht van financiële aard is. In deze annotatie analyseer ik de uitspraak van de Hoge Raad en onderzoek ik welke nieuwe inzichten het arrest biedt over het behoud van anciënniteit na een overgang van onderneming.

2. Feiten, procesverloop en uitspraak

2.1 Feiten

Sinds 31 december 2008 is KLM enig aandeelhouder van Martinair. Martinair had als activiteiten passagiersluchtvaart en luchtvrachtvervoer. Beide activiteiten waren ondergebracht in twee afzonderlijke divisies. Het vrachtvervoer van Martinair vond plaats onder de naam Martinair Cargo (hierna: MAC). Ook KLM had een passagiersdivisie en een vrachtdivisie (hierna: AFKL Cargo). Vanaf begin 2009 zijn de vrachtdivisies van beide vliegmaatschappijen, MAC en AFKL Cargo, langzamerhand geïntegreerd. De betrokken medewerkers (grondpersoneel) van Martinair zijn destijds met behoud van anciënniteit in dienst van KLM gekomen.

In de loop van 2011 zijn de commerciële organisaties van MAC en die van AFKL Cargo volledig samengevoegd en werd er besloten om verdere operationele samenwerking tussen beide divisies te realiseren. Om de gevolgen voor de vliegers te ondervangen werd tussen Martinair, KLM en de vakverenigingen (waaronder VNV) het zogenoemde Ringvaartakkoord gesloten.[4] Het akkoord had de status van een cao. Uitgangspunt van dit akkoord was dat geen sprake was van een overgang van onderneming. Voorts is afgesproken dat alle vliegers van Martinair, zowel de vliegers van de passagiersdivisie (de passagiersdivisie werd per 1 november 2011 opgeheven) als die van MAC, in de gelegenheid zouden worden gesteld per (uiterlijk) 1 januari 2014 in dienst van KLM te treden. De vliegers kregen allemaal een startersfunctie aangeboden en de senioriteit van deze vliegers – hetgeen bepalend is voor onder meer de mate van ontslagbescherming en carrièrekansen – werd per categorie bepaald op 1 januari 2011, 1 november 2011 of 2 november 2011. Er zijn ongeveer twintig vliegers van Martinair afgewezen, omdat er te weinig plaatsen waren voor alle solliciterende vliegers.

De Hoge Raad refereert in de uitspraak niet aan het Ringvaartakkoord. Dat is ook begrijpelijk aangezien het niet direct relevant is voor de zaak. De reden waarom ik het hier wel benoem, is omdat het Ringvaartakkoord (of althans, het einde daarvan) de voornaamste aanleiding was voor de vrachtvliegers om de onderhavige procedure te starten. Dat zit als volgt. Het Ringvaartakkoord kende geen einddatum. Het bevatte enkel een regeling omtrent opzegging die – kort gezegd – bepaalde dat partijen ervan uitgingen dat geen sprake was van overgang van onderneming en dat indien daarover door of namens werknemers van Martinair een rechtszaak zou worden aangespannen, het Ringvaartakkoord kon worden opgezegd. VNV heeft in oktober 2013 het Ringvaartakkoord opgezegd tegen 31 december 2013, onder verwijzing naar de verschillende procedures van de Martinair-medewerkers (cabinepersoneel en de vliegers van de passagiersdivisie van Martinair). Dit had gevolgen voor de vrachtvliegers van MAC: KLM weigerde de resterende vrachtvliegers die per 1 januari 2014 nog niet in dienst waren getreden, een arbeidsovereenkomst aan te bieden.[5] Omstreeks 2017 waren nog circa honderd vliegers bij Martinair in dienst. Er dreigde een verdere reorganisatie bij Martinair, als gevolg waarvan mogelijk een deel van de betreffende vrachtvliegers zou moeten afvloeien. De vrachtvliegers van Martinair die nog niet bij KLM in dienst waren getreden, zijn vervolgens een procedure gestart.

2.2 Procesverloop

De vrachtvliegers vorderden in de kern allereerst een verklaring voor recht dat zij met ingang van 1 januari 2014, althans per een door het hof vast te stellen datum, op de voet van artikel 7:663 Burgerlijk Wetboek (BW) van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle per de datum van overgang van onderneming uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM.

Ten tweede vorderden de vrachtvliegers – en dat is met name voor deze kwestie van belang – primair voor recht te verklaren dat zij per de datum van overgang van onderneming met behoud van de bij Martinair op de dag vóór de datum van de overgang van onderneming geldende senioriteit een plaats hebben op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM. Voor zover de rechtbank zou menen dat KLM de voor de overgang geldende senioriteit niet in algemene zin hoeft te erkennen voor de plaatsing op de senioriteitslijst bij KLM, vorderen de vrachtvliegers in ieder geval een verklaring voor recht dat de bij Martinair opgebouwde senioriteit wordt erkend in het kader van boventalligheid en/of overtolligheid bij KLM in de periode na de datum van overgang van onderneming.

In de procedure tot en met de Hoge Raad werd aan die tweede vordering niet toegekomen. Zowel Rechtbank Amsterdam van 4 april 2016 als Hof Amsterdam van 1 mei 2018[6] oordeelde dat van overgang van onderneming geen sprake was. De Hoge Raad heeft dat oordeel vernietigd en bepaald dat Hof Den Haag opnieuw de stellingen van de vrachtvliegers moest onderzoeken. Hof Den Haag kwam op 8 juni 2021 tot het oordeel dat sprake was van een overgang van onderneming en moest zich dus ook over de vraag naar het behoud van senioriteit van de vrachtvliegers buigen.

Op basis van Europese rechtspraak kwam Hof Den Haag tot het oordeel dat de senioriteit van de vrachtvliegers, dat wil zeggen de plaats op de senioriteitslijst van Martinair die bestond onmiddellijk voorafgaand aan de overgang van onderneming, geen aan anciënniteit gekoppeld financieel recht is dat overgaat bij de overgang van onderneming. De vrachtvliegers hadden dan ook volgens het hof geen recht op plaatsing op de senioriteitslijst van KLM hoger dan de positie die ontstaat vanwege de indiensttreding per 1 januari 2014. Voor dit oordeel achtte het hof voorts van belang dat behoud van senioriteit zou leiden tot het vergroten van de promotiekansen van vliegers. De promotiekansen bij KLM op basis van de bij KLM gehanteerde senioriteitslijst waren gunstiger dan de promotiekansen bij Martinair op basis van de daar geldende senioriteitslijst, zulks gelet op het functiegebouw van KLM en Martinair. Een positieverbetering van de vrachtvliegers zou volgens Hof Den Haag haaks staan op het doel van de richtlijn: het doel van de richtlijn is immers een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst zo veel mogelijk verzekeren om te voorkomen dat werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. De richtlijn geeft daarentegen geen aanspraak op een positieverbetering. Dit alles betekent volgens het hof dat de gevraagde verklaring voor recht die ziet op een plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin en in het kader van eventuele boventalligheid of overtolligheid moet worden afgewezen.

De vrachtvliegers hebben het niet bij dit oordeel laten zitten. Zij stelden beroep in cassatie in

tegen het oordeel van Hof Den Haag. Kortgezegd komen de klachten erop neer dat het hof zou hebben miskend dat de senioriteit een recht van de werknemers jegens de werkgever is dat op grond van artikel 7:663 BW overgaat op de verkrijger, in ieder geval voor zover daaraan financiële rechten zijn gekoppeld. Voor zover het hof dit niet zou hebben miskend, zou het oordeel volgens de vrachtvliegers onbegrijpelijk zijn, omdat het hof verschillende stellingen van de vrachtvliegers onbesproken heeft gelaten dan wel te beperkt heeft uitgelegd. In ieder geval is volgens het onderdeel onjuist dan wel onbegrijpelijk dat het hof de vordering van de vrachtvliegers met betrekking tot de aan senioriteit verbonden ontslagvolgorde heeft afgewezen.

2.3 De uitspraak

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De Hoge Raad volgt Hof Den Haag in het oordeel dat uit rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat de senioriteit als zodanig geen recht is dat bij overgang van onderneming mee overgaat. De Hoge Raad voegt daaraan toe: 'voor zover deze senioriteit evenwel medebepalend is voor rechten van financiële aard van de vrachtvliegers, dienen deze rechten door de verkrijger (KLM) op dezelfde voet als bij de vervreemder (Martinair) te worden gehandhaafd' (r.o. 3.1.4). De onderdelen die zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat senioriteit geen aan anciënniteit verbonden recht is dat overgaat, verklaart de Hoge Raad ongegrond.

Vervolgens stelt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.5 vast dat het hof aan zijn afwijzing van de vordering van de vrachtvliegers ten grondslag heeft gelegd dat behoud van senioriteit in algemene zin tot een positieverbetering zou leiden, gelet op de verschillen in het functiegebouw en het grotere aantal vliegtuigtypen en promotiefuncties bij KLM. Voorts had het hof in aanmerking genomen dat de vrachtvliegers hun salarisaanspraken behielden per de datum van overgang van onderneming. De Hoge Raad begrijpt het oordeel van het hof zo dat het hof de vordering 'te algemeen heeft geacht' om toe te wijzen. Het oordeel van het hof geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Dit brengt tevens mee dat het hof onbesproken kon laten of de overige rechten van de vrachtvliegers (zoals door het hof omschreven in r.o. 4.32) aan te merken zijn als rechten van financiële aard die door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder dienen te worden gehandhaafd. Dat zal immers per geval (lees: per recht) moeten worden beoordeeld.

Tot slot buigt de Hoge Raad zich over de afwijzing van de subsidiaire vordering van de vrachtvliegers inhoudende een verklaring voor recht dat de bij Martinair opgebouwde senioriteit in het licht van boventalligheid of overtolligheid bij KLM in ieder geval zou moeten worden erkend. Het onderdeel klaagt volgens de Hoge Raad terecht dat het hof zijn afwijzing onvoldoende heeft gemotiveerd, nu 'het hof niet kenbaar heeft onderzocht of deze ontslagvolgorde moet worden beschouwd als een recht van financiële aard van de vrachtvliegers waarvoor de senioriteit medebepalend is en of de vrachtvliegers als gevolg van de overgang van onderneming in een minder gunstige positie terecht zouden komen dan bij Martinair wanneer hun bij Martinair opgebouwde senioriteit in geval van boventalligheid of overtolligheid bij KLM niet in aanmerking zou worden genomen' (r.o. 3.1.6). De Hoge Raad

verwijst opnieuw naar Hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

3. Commentaar

3.1 Behoud van anciënniteit en senioriteit: meten met gelijke maten

Het Hof van Justitie heeft zich over de vraag of senioriteit bij overgang van onderneming al dan niet behouden blijft niet eerder uitgelaten. Senioriteit wordt echter voornamelijk bepaald door anciënniteit en dus rijst al snel de vraag of hetgeen geldt voor anciënniteit niet ook zou moeten gelden voor senioriteit.

Zoals ook de Hoge Raad opmerkt, heeft het Hof van Justitie ten aanzien van anciënniteit in het arrest *Collino & Chiappero* uit 2000 geoordeeld dat anciënniteit op zich geen recht is dat werknemers bij hun nieuwe werkgever geldend kunnen maken. Daarentegen is volgens het Hof van Justitie 'anciënniteit medebepalend voor bepaalde financiële rechten van werknemers, en die rechten zullen door de verkrijger al naar het geval op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd'.[7] Concreet betekent dit dat de verkrijger bij de berekening van de rechten van financiële aard, verplicht is om de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit te erkennen, 'voor zover deze verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding van de werknemer met de vervreemder en overeenkomstig de in het kader van die arbeidsverhouding overeengekomen voorwaarden', aldus het Hof van Justitie. Kortom: anciënniteit gaat mee over, voor zover het is gekoppeld aan een voor overgang vatbaar financieel recht dat reeds bij de vervreemder bestond.[8]

Onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal (A-G) stelt de Hoge Raad vast dat voornoemde rechtspraak inderdaad ook geldt voor het behoud van senioriteit. Volgens de A-G volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat er geen grond bestaat om in het kader van overgang van onderneming een verschil te maken tussen de behandeling van senioriteit en die van anciënniteit. Dit betekent dan ook dat senioriteit op zich geen recht is dat bij de overgang van onderneming overgaat. Voor zover senioriteit medebepalend is voor rechten van financiële aard van de vrachtvliegers, dienen deze rechten echter wel door de verkrijger (KLM) op dezelfde voet als bij de vervreemder (Martinair) te worden gehandhaafd. De Hoge Raad ziet geen aanleiding om hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Dat lijkt mij juist: senioriteit is net als anciënniteit een feitelijke toestand die bepalend kan zijn voor andere voor overgang vatbare rechten.

3.2 Plaatsing op de senioriteitslijst in algemene zin: de invloed van de 'aanvliegroute' op de uitkomst

Voor ieder recht van de vrachtvliegers dat is gekoppeld aan senioriteit, zou dus moeten worden beoordeeld of het gaat om een financieel recht dat op grond van artikel 7:663 BW voor overgang vatbaar is. Op dit punt loopt het mis voor de vrachtvliegers. De vrachtvliegers vorderden een verklaring voor recht dat zij een plaats hebben op de senioriteitslijst van de vliegers van KLM omdat senioriteit een financieel recht inhoudt. Daarvan heeft het hof terecht geoordeeld dat senioriteit op zich geen recht is dat voor overgang vatbaar is en om die reden

zijn de onderdelen gericht tegen dit oordeel van het hof ongegrond, aldus de Hoge Raad. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat Hof Den Haag de vordering van de vrachtvliegers terecht 'te algemeen heeft geacht' om te kunnen worden toegewezen, 'nu het behoud van de salarisaanspraken van de vrachtvliegers reeds is gewaarborgd en plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM met behoud van hun bij Martinair opgebouwde senioriteit zou leiden tot gunstiger promotiekansen waarop de richtlijn geen aanspraak geeft'. Per recht dat is verbonden aan de plaats op de senioriteitslijst zou volgens de Hoge Raad moeten worden beoordeeld of sprake is van een recht van financiële aard dat door de verkrijger op dezelfde voet als bij de vervreemder dient te worden gehandhaafd.

Hoewel ik het oordeel van de Hoge Raad onderschrijf, vraag ik me af of de interpretatie dat het hof de vordering inderdaad 'te algemeen' heeft geacht juist is. Voor zover het hof de primaire vordering (plaatsing op de senioriteitslijst in algemene zin) inderdaad te algemeen had geacht, lag voor de hand dat het de subsidiaire vordering – die wel specifiek was ingestoken en was gericht op het behoud van senioriteit bij boventalligheid – afzonderlijk zou bespreken. Het hof gooit beide vorderingen echter op één hoop en oordeelt dat 'dat de gevraagde verklaring voor recht die ziet op een plaatsing van de vrachtvliegers op de senioriteitslijst van KLM in algemene zin *en* in het kader van eventuele boventalligheid of overtolligheid (....) zal worden afgewezen' [cursivering IL]. Het lijkt er dus op dat het hof van mening was dat senioriteit per definitie niet zou overgaan. Niet vanwege het feit dat de primaire vordering te algemeen was ingestoken en toewijzing zou leiden tot een positieverbetering van de werknemers, maar vanwege het feit dat senioriteit *op zich* geen financieel recht is dat voor overgang vatbaar is. Voor dat standpunt lijkt het hof bevestiging te vinden in het feit dat de richtlijn per definitie geen aanspraak geeft op een positieverbetering.

Voor de uitkomst van deze zaak maakt het geen verschil. De vrachtvliegers baseerden hun primaire vordering immers op de stelling dat senioriteit een aan anciënniteit verbonden recht is en dus zou het oordeel van het hof sowieso stand hebben gehouden. Uit de overweging van de Hoge Raad kan wel worden opgemaakt dat een andere aanvliegroute, in die zin dat de vrachtvliegers hadden aangevoerd dat de verkrijger de in het geding zijnde rechten (kortgezegd carrièrekansen) op eenzelfde wijze zou moeten handhaven als de vervreemder, waarschijnlijk geen verschil gemaakt. De Hoge Raad onderschrijft immers de conclusie van Hof Den Haag dat plaatsing op de senioriteitslijst tot een positieverbetering zou leiden, waarop de richtlijn geen aanspraak geeft. Het volgt op dat punt ook de conclusie van de A-G. De richtlijn strekt volgens de A-G ertoe om de op de dag van overgang bestaande rechten en verplichtingen van de werknemers te handhaven. Met deze doelstelling is volgens de A-G 'moeilijk verenigbaar dat verwachtingen van de werknemer ten aanzien van het maken van promotie naar een andere functie kwalificeren als een voor overgang vatbaar recht. Dit geldt in het bijzonder wanneer, zoals in deze zaak, promoties niet louter afhangen van de senioriteit, maar ook van gebleken geschiktheid en de functies bij de vervreemder en verkrijger, en daarmee ook de promotiekansen, verschillen.'[9]

Voor zover het gaat 'om verwachtingen van de werknemer ten aanzien van het maken van promotie naar een andere functie', begrijp ik de overweging van de A-G. Verwachtingen zijn

geen voor overgang vatbaar recht, daarover zal weinig discussie bestaan. In onderhavige zaak ligt dat echter anders. De positie op de senioriteitslijst is bepalend om überhaupt voor promotie in aanmerking te komen. Staat de werknemer onderaan op de senioriteitslijst, dan is promotie (of bijvoorbeeld tewerkstelling op een ander vliegtuigtype of stationering) in feite – zo begrijp ik – uitgesloten. Verdedigbaar is dan ook dat de aan senioriteit verbonden *aanspraak* om in aanmerking te komen voor promotie, een voor overgang vatbaar recht is. Hetzelfde zou moeten gelden voor de andere aan senioriteit verbonden aanspraken, zoals tewerkstelling op een ander vliegtuigtype, demotie en/of stationering. Dat die plaats op de senioriteitslijst in de toekomst geen promotieplaats garandeert (omdat bijvoorbeeld ook geschiktheid een rol speelt) doet daar niet aan af. Het argument dat toekomstige promotiekansen geen rechten zijn die reeds bestaan op het moment van de overgang van onderneming is daarmee ook van tafel. De *aanspraak* om in aanmerking te komen voor een promotie is immers een reeds verworven recht. Vanzelfsprekend is niet vereist dat het recht op het moment van overgang van onderneming ook daadwerkelijk wordt geeffectueerd. Ook de opgebouwde rechten in de zin van de ontslagvergoeding en/of de opzegtermijn worden pas op een later moment geëffectueerd en daarvan staat vast dat de verkrijger de anciënniteit zoals opgebouwd bij de vervreemder moet erkennen.[10]

Zoals gezegd lijkt de Hoge Raad in navolging van Hof Den Haag en de conclusie van de A-G een andere koers te varen. Het belangrijkste argument is dat de richtlijn geen aanspraak zou geven op een positieverbetering. Hoewel die constatering op zichzelf juist is, acht ik dat argument niet overtuigend. De keerzijde is namelijk dat als de aanspraak op bepaalde carrièrekansen niet overgaat, de vrachtvliegers van Martinair uitsluitend ten gevolge van de overname worden geconfronteerd met een aanzienlijke verslechtering van hun positie. De vrachtvliegers zullen immers de komende jaren niet in aanmerking komen voor promotie of tewerkstelling op een ander vliegtuigtype. Zij verliezen reeds opgebouwde aanspraken en worden onderaan de senioriteitslijst van KLM geplaatst. Alleen als een KLM-vlieger uittreedt, zullen de vrachtvliegers van Martinair klimmen op de senioriteitslijst en alleen dan zal de kans om in aanmerking te komen voor promotie toenemen. Juist dit effect druist in tegen de beschermingsgedachte van de richtlijn om te verzekeren dat werknemers niet uitsluitend ten gevolge van de overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. Dat de promotiekansen bij KLM (vanwege het functiegebouw en de vliegtuigtypes) gunstiger zijn dan bij Martinair kan zo zijn, maar legt onvoldoende gewicht in de schaal om tot een ander oordeel te komen. Nergens blijkt uit dat de richtlijn in geen enkel opzicht tot een voordeel mag leiden. Het Hof van Justitie heeft enkel overwogen dat de richtlijn niet ‘met succes kan worden ingeroepen met het oog op een verbetering van de bezoldigingsvoorwaarden of van andere arbeidsvoorwaarden naar aanleiding van de overgang van onderneming’.[11] Daarvan is mijns inziens geen sprake. Goed verdedigbaar is dus dat de vrachtvliegers met een andere aanvliegroute het gelijk aan hun zijde hadden gehad. De Hoge Raad lijkt echter vooralsnog niet in die richting te bewegen.

3.2 Behoud van senioriteit en/of anciënniteit bij boventalligheid

De subsidiaire vordering van de vrachtvliegers betrof een verklaring voor recht dat de

vrachtvliegers de bij Martinair opgebouwde senioriteit zouden behouden in het geval van boventalligheid of overtolligheid bij KLM. Hof Den Haag wees ook die vordering af, maar de Hoge Raad achtte de motiveringsklacht zoals door de vrachtvliegers ingesteld tegen de afwijzing van de subsidiaire vordering gegrond. De Hoge Raad oordeelt dat Hof Den Haag niet kenbaar heeft onderzocht of deze ontslagvolgorde moet worden beschouwd als een recht van financiële aard van de vrachtvliegers waarvoor de senioriteit medebepalend is en verwijst het geding naar Hof Arnhem-Leeuwarden. Valt er op dit punt nog een succes te behalen voor de vrachtvliegers?

Zoals hiervoor aangegeven, gaat anciënniteit en dus ook senioriteit slechts over voor zover het bepalend is voor rechten van financiële aard. Naar aanleiding van het arrest *Collino & Chiappero* bestond discussie over de vraag of de ontslagvolgorde een financieel recht en is bovendien in de literatuur de vraag opgeworpen of de verkrijger ook gehouden kan zijn om de anciënniteit in acht te nemen wanneer deze medebepalend is voor bepaalde rechten van de werknemers die niet-financieel van aard zijn.[12] Met andere woorden: heeft het Hof van Justitie een duidelijk onderscheid trachten aan te brengen tussen financiële en niet-financiële rechten of moet men het gebruik van het begrip 'financiële rechten' lezen in het licht van de in *Collino & Chiappero* gestelde prejudiciële vragen (die zag op de wijze van beloning)? In 2017 bood het Hof van Justitie over deze vraag meer duidelijkheid in het arrest *Unionen/ISS*.[13] Het ging om de vraag of bij de berekening van het aantal dienstjaren van de werknemer, dat bepalend was voor de opzegtermijn waarop de werknemer recht heeft, het aantal dienstjaren die de werknemer bij de vervreemder heeft vervuld moet worden meegenomen. Het Hof van Justitie herhaalde de overweging uit het *Collino & Chiappero*-arrest dat de verkrijger bij de berekening van de rechten van financiële aard alle door het overgedragen personeel vervulde dienstjaren moet samenstellen, voor zover die verplichtingen voortvloeiden uit de arbeidsverhouding van dit personeel met de vervreemder. Vervolgens overwoog het Hof van Justitie dat het recht op een opzegtermijn als een financieel recht kan worden beschouwd aangezien het de werknemer recht geeft op de betaling van een aantal maanden loon. Dus ja, het Hof van Justitie houdt vast aan het begrip 'financieel recht' maar vat dat begrip ruim op. Met name nu het voor het Hof van Justitie er niet toe lijkt te doen of tegenover het financiële voordeel een tegenprestatie staat.[14] Deze ruimte interpretatie van het begrip 'financieel recht' strookt met de bedoeling van de Europese wetgever in 1974. Artikel 6 van de betreffende richtlijn luidde als volgt: "Krachtens dit artikel maakt de anciënniteit die de werknemer in de vestiging of de onderneming in het kader van zijn arbeidsverhouding met de cedent heeft verworven eveneens deel uit van de beschermde verworven rechten."[15] Uit de toelichting blijkt dat het niet mogelijk was van om de juridische consequenties in verband met anciënniteit een opsomming te geven, nu die consequenties zijn geregeld in wettelijke en contractuele bepalingen, alsmede in het arbeidscontract.[16] In de uiteindelijke versie heeft het artikel het niet gehaald. De reden voor het schrappen heb ik niet kunnen achterhalen, maar niet blijkt dat over de inhoud van de tekst discussie bestond. Het lijkt er eerder op dat de Europese wetgever de tekst overbodig achtte.

Na *Unionen/ISS* bleef in de literatuur discussie bestaan over de vraag of de ontslagvolgorde

ook een financieel recht is in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de verkrijger de anciënniteit opgebouwd bij de vervreemder in dit verband moet erkennen.[17] Die discussie had echter volgens onder meer Jovović & Zwemmer slechts beperkte relevantie. Op grond van artikel 15 Ontslagregeling zou de anciënniteit namelijk per definitie door de verkrijger moeten worden erkend.[18] Ik betwijfel dat. Artikel 15 lid 1 Ontslagregeling bepaalt – in het licht van artikel 11 Ontslagregeling – dat bij de berekening van de duur van het dienstverband, een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten (met tussenpozen van maximaal zes maanden) tussen dezelfde partijen worden samengeteld. Artikel 15 lid 2 voegt daaraan toe dat arbeidsovereenkomsten geacht worden elkaar op te hebben gevolgd indien een werknemer verschillende werkgevers had die redelijkerwijze moeten worden geacht elkaars opvolger te zijn.[19] Als sprake is van een overgang van onderneming is van opvolgende arbeidsovereenkomsten echter geen sprake. De verkrijger treedt immers in de plaats van de vervreemder en zet de arbeidsovereenkomst ongewijzigd voort. Behoud van anciënniteit kan dus niet uit artikel 15 lid 2 Ontslagregeling worden afgeleid. Ook Houweling e.a. wijzen hierop.[20] Lid 1 van artikel 15 is ruimer geformuleerd en omvat *één of meerdere* voorafgaande arbeidsovereenkomsten. De verkrijger treedt door de overgang van onderneming in de plaats van de vervreemder en betoogd kan aldus worden dat de verkrijger en de vervreemder juridisch moeten worden beschouwd als één en dezelfde partij. Behoud van anciënniteit zou dan op grond van artikel 15 lid 1 Ontslagregeling alsnog zijn geregeld. Ook op die benadering valt echter wat af te dingen. De verkrijger treedt immers uitsluitend in de plaats van de vervreemder voor zover het rechten en verplichtingen betreft als bedoeld in artikel 7:663 BW. Enkel voor wat betreft die verplichtingen kunnen de vervreemder en verkrijger als juridisch één en dezelfde partij worden beschouwd. Dus voor een antwoord op de vraag of artikel 15 lid 1 Ontslagregeling behoud van anciënniteit regelt bij overgang van onderneming, is toch de interpretatie van artikel 7:663 BW en in het verlengde daarvan de richtlijn bepalend.

Overigens konden de vrachtvliegers in de concrete situatie geen beroep doen op de Ontslagregeling. Er was door sociale partners gebruikgemaakt van de mogelijkheid die artikel 7:669 lid 6 BW biedt om bij cao andere regels op te stellen voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van de arbeidsplaatsen. Hof Arnhem-Leeuwarden zal dus sowieso een ei moeten leggen over de vraag naar behoud van senioriteit (en dus anciënniteit) op grond van artikel 7:663 BW bij het bepalen van de ontslagvolgorde.

Ter beantwoording van de vraag of de ontslagvolgorde een recht van financiële aard is dat voor overgang vatbaar is het volgende. De ontslagvolgorde geeft anders dan bijvoorbeeld het salaris, de opzegtermijn of de beëindigingsvergoeding geen aanspraak op een concreet financieel bedrag. Het is een relatief recht. Het geeft de werknemer slechts een bepaalde mate van bescherming ten opzichte van andere in de onderneming verbonden werkzame werknemers. Indien het personeelsbestand wijzigt (bijvoorbeeld door de integratie van de overgedragen onderneming in de onderneming van de verkrijger) heeft dat hoogstwaarschijnlijk ook gevolgen voor de ontslagvolgorde. De financiële waarde van de ontslagbescherming kan dus op voorhand niet worden gegeven. Dat neemt mijns inziens

echter niet weg dat de ontslagbescherming wél een financiële waarde vertegenwoordigt. Uitgangspunt is immers dat hoe langer het dienstverband heeft geduurd, hoe minder groot de kans is dat men voor ontslag in aanmerking komt en dat het dienstverband wordt voortgezet. Voortzetting van het dienstverband levert de werknemer inkomsten op. Op een hoger abstractieniveau vertegenwoordigt de ontslagvolgorde dus wel een financiële waarde. Uit *Unionen/ISS* blijkt zoals gezegd dat het Hof van Justitie het niet relevant heeft geacht dat de werknemer daarvoor een tegenprestatie moet leveren. Hoewel dat oordeel zag op de opzegtermijn zie ik geen aanleiding dat dat voor wat betreft de ontslagbescherming anders zou liggen.

Het zou overigens zo kunnen zijn dat de werknemer die bij de vervreemder niet in aanmerking kwam voor ontslag, dat na samenvoeging van de ondernemingen bij de verkrijger wel komt en in die zin zou behoud van anciënniteit tot een positieverbetering kunnen leiden. Zoals hiervoor besproken lijkt de Hoge Raad gevoelig voor het argument dat de richtlijn slechts is gericht op ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst en geen aanspraak geeft op een positieverbetering. Ook nu acht ik dat argument echter niet overtuigend. De keerzijde zou namelijk zijn dat – als anciënniteit niet zou overgaan – alle werknemers die overgaan na de overgang een gelijke mate van ontslagbescherming genieten en dus ten opzichte van de KLM-vliegers in een nadelige positie komen te verkeren. Dat staat haaks op het doel om ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst zo veel mogelijk te verzekeren. Het feit dat behoud van anciënniteit voor sommige werknemers een voordeel op kan leveren, is slechts een neveneffect van het doel om zo veel mogelijk te streven naar een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst en kan mijns inziens niet aan de bescherming die de richtlijn beoogt te bieden in de weg staan.

Afgezien van bovenstaande bestaat ook een belangrijk verschil tussen de wijze waarop plaatsing op de senioriteitslijst tot een verbetering van de positie zou leiden daar waar het gaat om carrièrekansen en de ontslagvolgorde. De carrièrekansen namen door plaatsing van de werknemers op de senioriteitslijst van KLM in aantal toe. Zo maakten de werknemers op basis van de senioriteitslijst van KLM bijvoorbeeld aanspraak op promotie naar functies die bij Martinair niet eens bestonden of tewerkstelling op bepaalde typen vliegtuigen die Martinair niet had. Voor alle werknemers leidde dit dus tot een positieverbetering. Dat geldt niet voor behoud van anciënniteit in het licht van de ontslagvolgorde. De wijze waarop wordt bepaald wie voor ontslag in aanmerking komt, blijft namelijk hetzelfde, alleen kan het zo zijn dat als gevolg van de overgang van onderneming (en samenvoeging van de personeelsbestanden) de afspiegeling tot een andere uitkomst kan leiden. Voor een enkeling kan dat gunstig uitpakken, maar voor andere werknemers mogelijk ook niet. Dit verschil tussen beide rechten maakt dat de overweging van de Hoge Raad ten aanzien van carrièrekansen niet zo maar kan worden toegepast voor wat betreft behoud van anciënniteit in het licht van de ontslagvolgorde.

In het licht van de doelstelling van de richtlijn is de ontslagvolgorde een voor overgang vatbaar recht en dus blijft anciënniteit in het licht van de ontslagvolgorde behouden. Voor onderhavige kwestie betekent dit dat KLM de senioriteit van de vrachtvliegers zoals opgebouwd bij Martinair zal moeten respecteren.

4. Slot

Reikhalzend werd naar de uitspraak van de Hoge Raad uitgekeken. Het was dan ook enigszins een teleurstelling dat de Hoge Raad zich niet heeft uitgelaten over behoud van anciënniteit bij een overgang van onderneming, specifiek in het licht van het bepalen van de ontslagvolgorde. De Hoge Raad verwees de kwestie naar Hof Arnhem-Leeuwarden en het hof zal zich dus alsnog over deze vraag moeten buigen.

Toch is de uitspraak niet geheel zonder betekenis. De Hoge Raad oordeelt dat voor senioriteit hetzelfde geldt als voor anciënniteit. Dat wil zeggen dat ook senioriteit enkel overgaat voor zover het bepalend is voor een financieel recht dat reeds bij de vervreemder bestond. De aanspraak op carrièrekansen lijkt echter niet als een zodanig recht te kunnen worden beschouwd. De Hoge Raad lijkt gevoelig voor het argument dat de richtlijn geen positieverbetering beoogt te realiseren en schaart zich op grond daarvan achter het oordeel van Hof Den Haag dat de carrièrekansen die voor de vrachtvliegers verbonden waren aan senioriteit, niet overgaan. Het is de vraag of dit argument doorwerkt ten aanzien van de behoud van senioriteit of anciënniteit in het licht van de ontslagvolgorde. Ook dan zou het namelijk zo kunnen zijn dat behoud van senioriteit of anciënniteit leidt tot een positieverbetering, doordat een werknemer die eerst wel voor ontslag in aanmerking zou komen, dat in de toekomst niet komt als gevolg van de samenvoeging van de personeelsbestanden van beide ondernemingen. In deze bijdrage heb ik betoogd dat dit argument niet doorslaggevend is en behoud van anciënniteit in het licht van de ontslagvolgorde na een overgang van onderneming wel voor de hand ligt. Voor de vrachtvliegers gloort er dus na (inmiddels) ruim zeven jaar procederen nog hoop aan de horizon. Hoewel het doek lijkt te zijn gevallen voor plaatsing op de senioriteitslijst in algemene zin, is het aannemelijk dat de vrachtvliegers bij een eventuele reorganisatie de bij Martinair opgebouwde ontslagbescherming behouden.

[1] Hof Den Haag 8 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1023.

[2] HR 20 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:65.

[3] De vrachtvliegers verwijzen in dit verband naar Bijlage 18 van de cao voor Vliegers Martinair Holland N.V. Hieruit blijkt dat elke vlieger bij indiensttreding onderaan de senioriteitslijst wordt geplaatst. In geval van gelijktijdige indiensttreding wordt de volgorde bepaald door de geboortedatum (de oudere vlieger wordt boven de jongere vlieger geplaatst). Bij gelijke geboortedatum wordt de alfabetische volgorde aangehouden. Een vlieger kan dus klimmen op de senioriteitslijst door uitstroom van een hoger geplaatste vlieger.

[4] Zie hierover nader: Hof Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1473, *JAR* 2018/143, m.nt. R.M. Beltzer.

[5] Stichting Algemeen Vlieger Belang heeft KLM gedagvaard en gevorderd dat KLM zou worden veroordeeld het Ringvaartakkoord ook na 1 januari 2014 toe te passen. Bij vonnis van

27 december 2013 (ECLI:NL:RBAMS:2013:8987) heeft Rechtbank Amsterdam die vordering afgewezen.

[6] Hof Amsterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1473, *JAR* 2018/143, m.nt. R.M. Beltzer.

[7] HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441 (*Collino & Chiappero*), punt 50.

[8] Op het uitgangspunt dat het aan anciënniteit verbonden recht reeds bij de vervreemder moet bestaan, heeft het Hof van Justitie in het arrest *Scattolon* een nuancering aangebracht (HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542). Ook wanneer het recht bij de vervreemder nog niet bestond, kan de verkrijger gehouden zijn de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit gedeeltelijk te erkennen. Dit is het geval wanneer de werknemer als gevolg van het feit dat zijn dienstjaren niet mee overgaan een wezenlijk salarisverlies lijdt; de verkrijger moet dit verlies dan bij benadering compenseren.

[9] Concl. A-G 25 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022624, punt 2.34.

[10] HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441 (*Collino & Chiappero*), punt 50; HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen/ISS*), punt 23.

[11] HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542 (*Scattolon*), punt 77. Zie bijvoorbeeld ook: HvJ EU 24 juni 2021, C-550/19, ECLI:EU:C:2021:514 (*EV*), punt 102.

[12] L.G. Verburg, 'CAO-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van ondernemingen', *TAP* 2010, p. 112; L.G. Laagland, 'Intraconcernmobiliteit met contractswissel', in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg (red.), *Concernwerkgeverschap – Preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht/Levenbach*, Deventer: Kluwer 2015, p. 74; R.M. Beltzer & F. Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's', *ArA* 2012-2, p. 45.

[13] HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen/ISS*).

[14] Beltzer in zijn annotatie bij HvJ 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276, *JAR* 2017/118 (*Unionen/ISS*).

[15] Voorstel voor een Richtlijn van de Raad van 29 mei 1974 tot harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften van de lid-staten betreffende het behoud van de rechten en voordelen van de werknemers bij fusies van vennootschappen, overdrachten van vestigingen en concentraties van ondernemingen, COM(74)351 def.

[16] In *Gimnasio* uit 2015 bevestigde het Hof van Justitie dat ook uit de wet voortvloeiende rechten die gekoppeld zijn aan de arbeidsovereenkomst voor overgang vatbaar zijn. De op grond van art. 7:663 BW voor overgang vatbare rechten en verplichtingen dienen weliswaar gebaseerd te zijn op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar kunnen zelf uit een andere bron ontstaan (HvJ EG 28 januari 2015, C-688/13, ECLI:EU:C:2015:46, *ArA* 2016, 3, m.nt. R.M. Beltzer (*Gimnasio*).

[17] Zo merkte Beltzer in zijn annotatie bij HvJ 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276, *JAR* 2017/118 (*Unionen/ISS*) op dat bijna 'iedere arbeidsvoorwaarde' een bepaalde loonwaarde vertegenwoordigt, met name nu het voor het hof er niet toe lijkt te doen of daar een tegenprestatie tegenover staat. Ook de ontslagvolgorde kan in zijn visie dus als financieel recht worden beschouwd. Onder meer A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag - Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 546 en M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', *Arbeidsrecht* 2018/18 komen tot de conclusie dat de ontslagvolgorde (waarschijnlijk) niet als 'financieel recht' kwalificeert.

[18] M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', *Arbeidsrecht* 2018/18. Vgl. A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag - Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 546 (voetnoot 122). Volgens Houweling e.a. volgt behoud van anciënniteit niet uit art. 15 Ontslagregeling (zie voor de argumentatie de hoofdtekst), maar uit de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (oud). In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (oud) was geregeld dat de overgegane werknemers naar Nederlands recht hun anciënniteit meenamen voor het bepalen van de ontslagvolgorde. Die uitwerking is in de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen komen te vervallen. De auteurs stellen dat er geen reden is om aan te nemen dat dit beleid zou zijn gewijzigd. Hoewel ik daartoe ook geen aanleiding zie, acht ik de discussie naar behoud van anciënniteit in het licht van art. 7:663 BW om die reden niet minder relevant. In rechte kan men immers geen beroep doen op reeds vervallen beleidsregels.

[19] Illustratief is Rb. Amsterdam 5 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3783. Het betrof een zaak aangespannen door het cabinepersoneel van Martinair dat eveneens zonder behoud van senioriteit bij KLM in dienst was getreden. Van een overgang van onderneming was geen sprake en om die reden werd een beroep gedaan op art. 15 lid 2 Ontslagregeling.

[20] A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag - Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 546 (voetnoot 122).