

## RECHTSPRAAK

***Vrachtvliegers Martinair Cargo zijn op 1 januari 2014 op grond van overgang van onderneming in dienst gekomen van KLM.****Feiten*

Werknemers zijn allen (ex-)medewerkers van Martinair Holland N.V. (hierna: Martinair) en zij zijn allen bij Martinair werkzaam (geweest) in de functie van vrachtvlieger. Nadat KLM eind 2008 enig aandeelhouder van Martinair was geworden, zijn vanaf begin 2009 de vrachtdivisie van Martinair (hierna: MAC) en die van KLM langzamerhand geïntegreerd. Na de voltooiing van de operationele samenwerking in 2013/2014 is MAC 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 als vervoerder wordt ingeschakeld. Martinair verleent alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC (Air Operators Certificate) vereiste 'vluchtgebonden' diensten. Alle andere activiteiten zijn door Martinair bij KLM ondergebracht en de betrokken (grond)medewerkers zijn per 1 januari 2014 bij KLM in dienst getreden. Het ondersteunend personeel wordt door KLM gedetacheerd bij Martinair. Martinair heeft dan nog slechts vrachtvliegers (circa 220 fte) in dienst. KLM heeft deze vrachtvliegers geen arbeidsovereenkomst aangeboden. Op dit moment zijn nog ongeveer honderd vliegers bij Martinair in dienst. Werknemers vorderen in dit geding een verklaring voor recht dat sprake is geweest van een overgang van onderneming, op grond waarvan werknemers van rechtswege en met behoud van arbeidsvoorwaarden in dienst zijn getreden bij KLM. Zowel de rechtbank als het hof heeft de vorderingen van werknemers afgewezen. Het hof oordeelde dat geen sprake is geweest van een overgang van onderneming, onder andere omdat sprake is van een kapitaalintensieve onderneming en geen vliegtuigen van Martinair naar KLM zijn overgegaan, de landingsrechten bij Martinair zijn gebleven en Martinair eigen bestemmingen heeft behouden. In cassatie heeft de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigd en geoordeeld dat het verwijzingshof, met inachtneming van alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, opnieuw moet onderzoeken of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.

*Oordeel*

De Hoge Raad heeft het verwijzingshof opgedragen een aantal stellingen van de vrachtvliegers te onderzoeken teneinde te beoordelen of sprake is van overgang van onderneming. Het hof oordeelt dat daarvan inderdaad sprake is en overweegt daartoe als volgt.

*I. Commerciële afhankelijkheid en economisch risico*

Het hof is van oordeel dat sprake is van exploitatie van MAC door KLM, waarbij het economisch risico rust bij KLM en MAC commercieel gezien geheel afhankelijk is van KLM, haar enige 'klant'. Het hof licht dit als volgt toe. Martinair is voor 100% dochter van KLM en haar directie wordt gevormd door KLM-medewerkers. MAC heeft geen eigen organisatie meer. Sinds 2014 heeft Martinair alleen nog met KLM een ACMI-overeenkomst op grond waarvan MAC als 'operational carrier' opereert. Martinair verleent alleen nog de door de luchtvaartwetgeving voor de AOC vereiste 'vluchtgebonden' diensten. Het ondersteunende personeel is hiervoor bij KLM in dienst en wordt door KLM bij MAC gedetacheerd. Feitelijk heeft KLM de volledige controle op de mate waarin en wijze waarop MAC wordt ingezet. MAC heeft ingevolge de ACMI-overeenkomst en cost+-regeling met KLM jaarlijks een vooraf gegarandeerde afname van vliegreizen tegen vergoeding van haar kosten en van de overige vluchtgerelateerde kosten met een opslag van 3%, welke condities jaarlijks ongewijzigd blijven. Gelet op het voorgaande is de conclusie gerechtvaardigd dat KLM formeel weliswaar klant is van MAC, maar feitelijk met zichzelf onderhandelt over de ACMI-overeenkomst.

## *II. Feitelijke zeggenschap*

Het hof is van oordeel dat KLM de feitelijke zeggenschap heeft over de vliegtuigen van MAC en dat KLM die vliegtuigen in feite exploiteert als onderdeel van de onderneming van KLM. Dat er geen directe eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden van vliegtuigen van MAC aan KLM doet hieraan in de gegeven omstandigheden niet af. Zoals ook door de Hoge Raad is vooropgesteld, moet – indien de gestelde overgang van onderneming de luchtvaartsector betreft – de overdracht van het materieel (de vliegtuigen) van wezenlijk belang worden geacht. Nu KLM de feitelijke zeggenschap over de vliegtuigen van MAC heeft verkregen en die vliegtuigen exploiteert als onderdeel van haar eigen onderneming, is naar het oordeel van het hof van een dergelijke overdracht sprake.

## *III. Overnemen bestemmingen en onderscheid luchtvrachtvervoer*

Het hof is verder van oordeel dat KLM niet voldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij meer (frequent) is gaan vliegen op de door de vrachtvlieggers genoemde bestemmingen. Het gaat weliswaar om bestemmingen met passagiersvervoer, maar door de 'bellies and combis first'-strategie zijn dit de toestellen waarvan eerst wordt bekeken of daar de vracht in kan worden vervoerd, alvorens de vracht in aanmerking komt voor vervoer met een Full Freighter. Het hof is verder van oordeel dat er een grote mate van overlap bestaat tussen het vrachtvervoer van MAC en dat van KLM. Dat Martinair zich met gespecialiseerd vrachtvervoer (voor bijvoorbeeld dieren of formule 1-wagens) wezenlijk onderscheidt van het door KLM verzorgde vrachtvervoer is onvoldoende aannemelijk geworden. In ieder geval ziet het hof hierin geen aanwijzing voor de afwezigheid van een overgang van onderneming

## *Conclusie*

Op grond van het voorgaande oordeelt het hof dat sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Nu de overgang gaandeweg, stapsgewijs en na verloop van tijd, haar beslag heeft gekregen, rijst de vraag wat als het tijdstip van overgang heeft te gelden. Voor

het bepalen van dat tijdstip moet aansluiting worden gezocht bij het moment waarop gezegd kan worden dat er sprake was van een overname van de exploitatie van MAC door KLM. Het hof is van oordeel dat dit op 1 januari 2014 was. Op dat moment kwam het economisch risico bij KLM te liggen en werd MAC commercieel geheel afhankelijk van KLM. Gelet op al het voorgaande verklaart het hof voor recht dat de vrachtvliegers met ingang van 1 januari 2014 van rechtswege in dienst zijn van KLM en dat alle uit de arbeidsovereenkomst tussen de vrachtvliegers en Martinair voortvloeiende rechten en plichten zijn overgegaan op KLM. KLM dient de vrachtvliegers toe te laten tot hun werkzaamheden. De vrachtvliegers hebben ook een plaats op de senioriteitslijst van KLM geëist met behoud van de opgebouwde senioriteit bij Martinair. Dit wijst het hof af. Het hof is van oordeel dat senioriteit geen 'aan anciënniteit verbonden financieel recht is' en daarom niet mee overgaat, gelet op rechtspraak hierover van het Hof van Justitie EU.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 08-06-2021

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2021:1023

**Zaaknummer:** 200.278.757/01

**Rechters:** M.D. Ruizeveld, C.J. Frikkee en L.G. Verburg

**Advocaten:** M.J.M.T. Keulaerds, J.M. van Slooten, I.M.C.A. Reinders Folmer en A. Stege

**Wetsartikelen:** 7:662 BW