FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

E. SHARPSTON

fremsat den 2. juli 2009 [1]

1. I disse forenede sager bliver Domstolen af Bundesgerichtshof (den tyske højesteret) og Handelsgericht Wien (Handelsretten i Wien, Østrig) bedt om at afklare sondringen mellem »forsinkelse« og »aflysning« i forordning (EF) nr. 261/2004 [2] (herefter »forordningen«). Handelsgericht Wien søger endvidere vejledning hvad angår betydningen af begrebet »usædvanlige omstændigheder« i samme forordnings artikel 5, stk. 3.

Retsforskrifter

Montrealkonventionen [3]

2. Montrealkonventionen, som Fællesskabet har underskrevet, moderniserer og kodificerer Warszawakonventionen [4]. Den har bl.a. til formål at beskytte forbrugernes interesser i international luftfart og sikre, at der ydes rimelig godtgørelse på grundlag af restitutionsprincippet [5].

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 11.2.2004 om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser og om ophævelse af forordning (EØF) nr. 295/91 (EUT L 46, s. 1).

3 — Konventionen om indførelse af visse ensartede regler for international luftbefordring, underskrevet i Montreal den 28.5.1999, som blev godkendt på Fællesskabets vegne ved Rådets afgørelse 2001/539/EF af 5.4.2001 om Det Europæiske Fællesskabs godkendelse af konventionen om indførelse af visse ensartede regler for international luftbefordring (Montrealkonventionen) (EFT L 194, s. 38). Konventionen trådte, for så vidt angår Det Europæiske Fællesskab, i kraft den 28.6.2004.

4 — Konventionen om indførelse af visse ensartede regler om international luftbefordring, underskrevet i Warszawa den 12.10.1929, 137 *Folkeforbundets traktatsamling* 11.

5 — Se præamblens anden og tredje bemærkning.

3. Montrealkonventionens artikel 19, med overskriften »Forsinkelser«, bestemmer:

»Luftfartsselskabet er ansvarligt for skader, som skyldes forsinket transport af passagerer, bagage eller gods. Luftfartsselskabet er dog ikke ansvarligt for skader, som skyldes forsinkelse, hvis det godtgør, at det selv, dets ansatte og dets agenter har taget alle forholdsregler, som med rimelighed kan forlanges, for at undgå skaden, eller at det ikke har været muligt for dem at gøre det.«

EF-traktaten

4. Artikel 3 EF bestemmer:

»1. Med de i artikel 2[6] nævnte mål for øje skal Fællesskabets virke under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne traktat, indebære:

[…]

t) bidrag til styrkelse af forbrugerbeskyttelse

[…]«

Forordning (EF) nr. 261/2004

5. Forordningen indeholder følgende relevante betragtninger:

»[…]

2) Boardingafvisning og aflysning eller lange forsinkelse forårsager alvorlige problemer og gener for passagererne.

6 — »Fællesskabet har til opgave gennem oprettelsen af et fælles marked og en Økonomisk og Monetær Union samt gennem iværksættelsen af fælles politikker eller aktioner som omhandlet i artikel 3 og 4 i Fællesskabet som helhed at fremme [en række mål inkl. f.eks. harmonisk, afbalanceret og bæredygtig udvikling].«

[…]

12) Problemer og gener for passagererne på grund af aflysning bør også begrænses. Dette bør opnås ved, at luftfartsselskaberne tilskyndes til at informere passagererne om aflysninger før den planlagte afgangstid og derudover tilbyder dem en rimelig omlægning af rejsen, således at de kan træffe andre dispositioner. Luftfartsselskaber, der undlader dette, bør yde passagererne kompensation, medmindre aflysningen skyldes usædvanlige omstændigheder, som ikke kunne have været undgået, selv om alle forholdsregler, der med rimelighed kunne træffes, faktisk var blevet truffet.

[…]

17) Der bør på passende vis sørges for passagerer fra flyafgange, der er forsinket i et nærmere angivet tidsrum, og passagererne bør kunne aflyse deres flyvning og få refunderet billetprisen eller have mulighed for at fortsætte deres rejse under tilfredsstillende forhold.

[…]«

6. Artikel 2, stk. 1, definerer »aflysning« i forbindelse med denne forordning som »en planlagt flyvning, hvortil der var mindst én reservation, som ikke gennemføres«. Der er ingen tilsvarende definition på begrebet »forsinkelse«.

7. Artikel 5, med overskriften »Aflysning«, bestemmer:

»1. Hvis en flyafgang aflyses, skal berørte passagerer:

a) tilbydes bistand af det transporterende luftfartsselskab i overensstemmelse med artikel 8 [7]

b) tilbydes bistand af det transporterende luftfartsselskab i overensstemmelse med artikel 9, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2 [8], samt i tilfælde af omlægning af rejsen

7 — Jf. nedenfor i punkt 10.
8 — Jf. nedenfor i punkt 11.

når det nye afgangstidspunkt med rimelighed kan forventes at være senest dagen efter det planlagte afgangstidspunkt, bistand som specificeret i artikel 9, stk. 1, litra b) og c)

c) have ret til kompensation fra det transporterende luftfartsselskab i overensstemmelse med artikel 7, medmindre

i) de får meddelelse om aflysningen mindst to uger før det planlagte afgangstidspunkt, eller

ii) de får meddelelse om aflysningen mellem to uger og syv dage før det planlagte afgangstidspunkt og får tilbudt en omlægning af rejsen, så de kan afrejse højst to timer før det planlagte afgangstidspunkt og ankomme til det endelige bestemmelsessted senest fire timer efter det planlagte ankomsttidspunkt, eller

iii) de får meddelelse om aflysningen mindre end syv dage før det planlagte afgangstidspunkt og får tilbudt en omlægning af rejsen, så de kan afrejse højst en time før det planlagte afgangstidspunkt og ankomme til det endelige bestemmelsessted senest to timer efter det planlagte ankomsttidspunkt.

2. Ved meddelelsen til passagererne om aflysningen skal der orienteres om eventuelle alternative transportmuligheder.

3. Et transporterende luftfartsselskab har ikke pligt til at udbetale kompensation i henhold til artikel 7, hvis det kan godtgøre, at aflysningen skyldes usædvanlige omstændigheder, som ikke kunne have været undgået, selv om alle forholdsregler, der med rimelighed kunne træffes, faktisk var blevet truffet.

4. Bevisbyrden med hensyn til, hvorvidt og hvornår passageren har fået meddelelse om aflysningen af flyafgangen, påhviler det transporterende luftfartsselskab.«

8. Artikel 6, med overskriften »Forsinkelser«, bestemmer:

»1. Hvis et transporterende luftfartsselskab med rimelighed forventer, at en flyafgang bliver forsinket ud over tidspunktet for den planlagte afgang:

a) med to timer eller mere for alle flyvninger på 1 500 km eller mindre eller

b) med tre timer eller mere for alle flyvninger inden for Fællesskabet på mere end 1 500 km og for alle andre flyvninger på mellem 1 500 km og 3 500 km eller

c) med fire timer eller mere for alle flyvninger, som ikke falder ind under a) eller b)

tilbyder det transporterende luftfartsselskab passagererne

i) den bistand, der er specificeret i artikel 9, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2 [9]

ii) den bistand, der er specificeret i artikel 9, stk. 1, litra b) og c), når det nye afgangstidspunkt med rimelighed kan forventes at være senest dagen efter det planlagte afgangstidspunkt

iii) den bistand, der er specificeret i artikel 8, stk. 1, litra a), når forsinkelsen er på mindst fem timer [10].

2. Bistand skal under alle omstændigheder tilbydes inden for de tidsfrister, der er anført ovenfor i forbindelse med hver enkelt afstandskategori.«

9. Artikel 7, med overskriften »Kompensationsret«, bestemmer:

»1. Når der henvises til denne artikel, modtager passageren en fast kompensation som følger:

a) 250 EUR for alle flyvninger på højst 1 500 km

b) 400 EUR for alle flyvninger inden for Fællesskabet på mere end 1 500 km og for alle andre flyvninger på mellem 1 500 og 3 500 km

9 — Jf. nedenfor i punkt 11.

10 — Jf. nedenfor i punkt 10.

c) 600 EUR for alle flyvninger, der ikke falder ind under a) eller b).

Ved fastsættelse af distancen er grundlaget det sidste bestemmelsessted, hvor boardingafvisning eller aflysning forsinker passagerens ankomst efter det planmæssige ankomsttidspunkt.

2. Hvis en passager i henhold til artikel 8 får tilbudt omlægning af rejsen til vedkommendes endelige bestemmelsessted på en alternativ flyvning, og ankomsttidspunktet ikke overstiger det planlagte ankomsttidspunkt på den oprindeligt reserverede flyvning

a) med to timer for så vidt angår alle flyvninger på 1 500 km eller mindre, eller

b) med tre timer for så vidt angår alle flyvninger inden for Fællesskabet på over 1500 km og for alle andre flyvninger på mellem 1 500 km og 3 500 km, eller

c) med fire timer for alle flyvninger, som ikke falder ind under a) eller b)

kan det transporterende luftfartsselskab nedsætte den i stk. 1 omhandlede kompensation med 50%.

[…]«

10. Artikel 8, med overskriften »Ret til refusion eller omlægning af rejsen«, bestemmer:

»1. Når der henvises til denne artikel tilbydes passageren valget mellem:

a) — refusion inden syv dage […] af den fulde købspris for billetten for så vidt angår den del eller de dele af rejsen, der ikke er blevet foretaget, og for så vidt angår den del eller de dele, der allerede er foretaget, såfremt flyvningen ikke længere tjener noget formål i passagerens oprindelige rejseplan, samt, hvis det er relevant

— en returflyvning til vedkommendes første afgangssted ved førstgivne lejlighed

b) omlægning af rejsen under sammenlignelige transportbetingelser til vedkommendes endelige bestemmelsessted ved førstgivne lejlighed

c) omlægning af rejsen under sammenlignelige transportbetingelser til vedkommendes endelige bestemmelsessted på en senere dato efter passagerens eget valg, hvis der er ledige pladser.

[…]«

11. Artikel 9, med overskriften »Ret til forplejning og indkvartering«, opregner de typer af ydelser, som passagerer er berettiget til:

»1. Når der henvises til denne artikel, tilbydes passagererne gratis:

a) måltider og forfriskninger, som står i rimeligt forhold til ventetiden

b) hotelophold

— hvis overnatning en eller flere nætter bliver nødvendig

eller

— hvis yderligere ophold ud over passagerens oprindelige hensigt bliver nødvendigt

c) transport mellem lufthavnen og overnatningsstedet (hotel eller andet).

2. Herudover tilbydes passagererne gratis to telefonopringninger, telex-, telefax- eller e-postmeddelelser.

3. […]«

Hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-402/07, Sturgeon

12. Christopher Sturgeon og hans hustru bookede en returflyvning til dem selv og deres to børn med Condor Flugdienst GmbH (herefter »Condor«) fra Frankfurt til Toronto. Jeg skal herefter omtale den samlede familie som »familien Sturgeon«.

13. Familien Sturgeon skulle rejse hjem med en flyafgang fra Toronto den 9. juli 2005 kl. 16.20. Faktisk kom de ikke af sted før den følgende dag. Som konsekvens heraf ankom de ikke til Frankfurt før kl. 7.00 eller 7.15 den 11. juli 2005, eller ca. 25 timer efter, at de oprindeligt skulle være ankommet.

14. Familien Sturgeon påstår, at flykaptajnen kl. ca. 23.30 den 9. juli 2005 meddelte, at flyafgangen var aflyst, og samme information blev vist på afgangstavlerne. Bagagen, som allerede var blevet lastet, blev returneret til passagererne, som derefter blev overflyttet til et hotel, hvortil de ankom kl. 02.30, for at overnatte. Den følgende dag måtte passagererne igennem check in igen ved et andet luftfartsselskabs skranke. De blev tildelt andre sæder og måtte gå gennem security endnu en gang. Rutenummeret på flyafgangen retur, nu en dag senere, var imidlertid det samme som rutenummeret på deres booking.

15. Familien Sturgeon påstår, at henset til omstændighederne, især den 25 timer lange forsinkelse, var deres flyafgang reelt ikke forsinket, men aflyst, og at de dermed er berettiget til 600 EUR pr. person som kompensation for aflysning [11].

16. Condor fastholder, at flyafgangen blot var forsinket.

17. Amtsgericht Rüsselsheim anså flyafgangen for forsinket og ikke aflyst. Den afviste derfor familien Sturgeons krav om erstatning.

18. Deres appel blev forkastet af Landgericht Darmstadt, som imidlertid bevilligede adgang til appel med hensyn til et retsspørgsmål til Bundesgerichtshof på det grundlag, at

11 — De søger endvidere erstatning for tabt indkomst, overflødig reservation af sæder og togbilletter. Alternativt anfører de, at de skal have refunderet 30% af deres billetters pris. Ingen af disse forhold er imidlertid relevant for de præjudicielle spørgsmål.

sondringen mellem »aflysning« og »forsinkelse« ikke er klar, men er af afgørende betydning.

19. Bundesgerichtshof fandt, at udfaldet af familien Sturgeons appel afhang af fortolkningen af forordningens artikel 2, stk. 1, og muligvis af dens artikel 5, stk. 1, litra c). Den har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal der ved fortolkningen af begrebet »aflysning« lægges afgørende vægt på, om den oprindelige flyveplanlægning opgives, således at en forsinkelse uanset længden heraf ikke udgør en aflysning, når luftfartsselskabet ikke opgiver den oprindeligt planlagte flyafgang?

2) For det tilfælde, at spørgsmål 1 skal besvares benægtende, spørges: Under hvilke omstændigheder skal en forsinket flyafgang ikke længere behandles som en forsinkelse, men som en aflysning? Afhænger besvarelsen af dette spørgsmål af forsinkelsens varighed?«

Sag C-432/07, Böck og Lepuschitz

20. Stefan Böck og Cornelia Lepuschitz bookede en flyafgang fra Wien til Mexico City med Air France SA (herefter »Air France«). Deres rejse var inddelt i følgende etaper: den 18. februar 2005 fra Wien til Paris og fra Paris til Mexico City; den 7. marts 2005 fra Cancún til Mexico City og fra Mexico City til Paris; den 8. marts 2005 fra Paris til Wien.

21. Da S. Böck og C. Lepuschitz var i færd med at tjekke ind til flyafgang AF439 fra Mexico City den 7. marts 2005 kl. 21.30, blev de, før check in faktisk fandt sted, informeret om, at flyafgangen var blevet aflyst grundet et teknisk problem. Som svar på deres anmodning om en anden flyafgang blev de tilbudt sæder på en flyafgang gennemført af Continental Airlines (herefter »Continental«) med rutenummeret CO1725Y med afgang fra Mexico City den 8. marts kl. 12.20.

22. S. Böck og C. Lepuschitz accepterede dette tilbud. For at få billetter udstedt skulle de først anmode om bekræftelse fra Air Frances kontor i Mexico City, som bemyndigede dem til at få billetter fra Continentals billetluge. Air France tilbød dem hotel, mad og transport til og fra hotellet. S. Böck og C. Lepuschitz ankom endelig til Wien 21 timer efter det planlagte ankomsttidspunkt.

23. De resterende passagerer, der skulle være rejst den 7. marts 2005 med flyafgang AF439, og som ikke blev genbooket til Continental flyafgangen, tog en flyafgang med registreringsnummeret FGSPV den 8. marts 2005 fra Mexico City til Paris. Flyafgangen med et ganske let ændret rutenummer (AF439A) afgik kl. 19.35 og ankom til Paris den 9. marts 2005 kl. 13.09. Flyafgangen gennemførtes samtidig med den almindelige flyafgang planlagt af Air France den 8. marts.

24. S. Böck og C. Lepuschitz påstår, at Air France i henhold til forordningens artikel 5, sammenholdt med artikel 7, stk. 1, litra c), skal betale dem hver især 600 EUR som kompensation for aflysningen af deres flyafgang.

25. Førsteinstansen, Bezirksgericht für Handelssachen Wien, afviste påstanden, idet den fandt, at flyafgangen planlagt til den 7. marts 2005 var blevet forsinket, men ikke aflyst i forordningens forstand, og at der i tilfælde af en simpel forsinkelse ikke består nogen ret til kompensation.

26. S. Böck og C. Lepuschitz appellerede til Handelsgericht Wien, der har besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 5, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, og artikel 6 i forordning (EF) nr. 261/2004 […], fortolkes således, at en afgangsforsinkelse på 22 timer udgør »en forsinkelse« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningens artikel 6?

2) Skal artikel 2, stk. 1, i forordning (EF) nr. 261/2004 fortolkes således, at der i et tilfælde, hvor flypassagerer transporteres på et væsentligt senere tidspunkt (22 timer) under et udvidet rutenummer (det oprindelige rutenummer med tillæg af »A«), hvorved kun en — om end betydelig — del af de flypassagerer, der oprindeligt havde en reservation, men også yderligere passagerer, der ikke oprindeligt havde en reservation, transporteres, i stedet for en »forsinkelse« foreligger en »aflysning«?

Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende:

3) Skal artikel 5, stk. 3, i forordning (EF) nr. 261/2004 fortolkes således, at en teknisk fejl ved flyet og de deraf følgende

ændringer af flyveplanerne udgør usædvanlige omstændigheder (som ikke kunne have været undgået, selv om alle forholdsregler, der med rimelighed kunne træffes, faktisk var blevet truffet)?«

27. Familien Sturgeon, S. Böck og C. Lepuschitz, Condor, Air France, den østrigske, franske, græske, italienske, polske og svenske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger.

28. Under retsmødet blev der afgivet mundtlige indlæg på vegne af familien Sturgeon, S. Böck og C. Lepuschitz, Condor, den græske regering og Det Forende Kogeriges regering samt Kommissionen.

Om sondringen mellem »forsinkelse« og »aflysning«

29. I sine to spørgsmål ønsker den forelæggende ret i Sturgeon-sagen oplyst, om det, for at der skal være tale om en »aflysning«, er væsentligt, at den oprindelige flyveplanlægning opgives, og hvis ikke, om en forsinkelse kan blive til en aflysning, efter at en vis tid er gået. Med det første og det andet spørgsmål i Böck og Lepuschitz-sagen anmodes Domstolen om et svar på, hvorvidt en 22 timers forsinkelse stadig er en »forsinkelse« i forordningens artikel 6's forstand, eller om en sådan forsinkelse i den situation, hvor passagererne transporteres på en flyafgang gennemført under et andet rutenummer, og denne flyafgang ikke medbringer alle passagerer booket på den første flyafgang, i stedet udgør en aflysning.

30. I det væsentlige spørger begge forelæggende retter derfor om, hvordan man adskiller en »forsinkelse« fra en »aflysning« i forordningens artikel 2, stk. 1's forstand, og hvorvidt en »forsinkelse« kan behandles som en »aflysning« i forordningens forstand, efter at en vis tid er gået.

Indledende bemærkninger — forarbejderne til forordningen

31. I begrundelsen til sit oprindelige forslag til en forordning [12] bemærkede Kommissionen i punkt 20, at »[o]peratørens aflysning betyder […], at operatøren nægter at levere den tjenesteydelse, vedkommende har indgået kontrakt om, undtagen under usædvanlige

12 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser KOM/2001/0784 endelig (herefter »begrundelse til Kommissionens oprindelige forslag«).

omstændigheder, som ikke falder ind under vedkommendes ansvar, f.eks. politisk ustabilitet, alvorlige vejrforhold, utilstrækkelig sikkerhed og uventede sikkerhedssvigt. Aflysninger under almindelige omstændigheder af kommercielle årsager forårsager uacceptable problemer og forsinkelse for passagererne, særlig når de ikke advares forud«. I punkt 23 anførte Kommissionen: »Selv om passagererne lider under samme form for besvær og frustration på grund af forsinkelse som ved afvisning og aflysning, er der dog en forskel, idet operatøren har ansvaret for afvisning og aflysninger, medmindre det skyldes grunde, der falder uden for vedkommendes ansvarsområde, men ikke altid for forsinkelse. Andre almindelige årsager er lufttrafikstyring eller begrænset lufthavnskapacitet. Kommissionen mener, som det fremgår af dens meddelelse om beskyttelse af luftfartspassagerer, at operatørerne under de nuværende forhold ikke skal være forpligtede til at give kompensation til forsinkede passagerer.«

32. Det er ikke så let at skimte logikken bag den sondring, Kommissionen foretog dér. Begrundelsen anfører først, at luftfartsselskaber altid er ansvarlige for aflysninger, undtagen når usædvanlige omstændigheder fritager dem for et sådan ansvar (et princip, der senere afspejles i den vedtagne tekst i forordningens artikel 5, hvor de »exceptional circumstances«, Kommissionen henviser til, er omdøbt til »extraordinary cirumstances« (o.a.: Den danske version af begrundelsen samt af forordningen anvender udtrykket »usædvanlige omstændigheder« for begge de engelske udtryk »exceptional circumstances« og »extraordinary circumstances«) [13]. Begrundelsen opremsede derefter et antal omstændigheder, hvor luftfartsselskaber (objektivt set) ikke er ansvarlige for forsinkelse. Disse er — ligesom de »udsædvanlige omstændigheder«, som tidligere var opregnet med hensyn til aflysninger — omstændigheder, for hvilke luftfartsselskabet (objektivt set) ikke er ansvarligt. Logisk ville man forvente, at begrundelsen fortsatte med at foreslå (både hvad angår aflyste flyafgange og forsinkede flyafgange), at luftfartsselskaber ikke skal betale kompensation, såfremt forsinkelsen eller aflysningen objektivt set ikke var deres fejl. I stedet indskrænker begrundelsen sig til den blotte erklæring, at »Kommissionen mener […], at operatørerne under de nuværende forhold ikke skal være forpligtede til at give kompensation til forsinkede passagerer«.

33. Kompensationen foreslået i Kommissionens forslag angående aflysningstilfælde var den samme som for boardingafvisningstilfælde, der, som det fremgår af begrundelsens punkt 11, skulle fastsættes i en »afskrækkende størrelse«. I punkt 14 blev udregningen yderligere forklaret: »For at afholde operatører fra at nægte alle passagerer boarding, uafhængigt af klasse, foreslår Kommissionen at fastsætte det faste kompensationsbeløb til det dobbelte af de fleste business class billetpriser.«

13 — Jf. punkt 98-101 nedenfor.

34. Det er muligt, at sondringen mellem »aflysning« og »forsinkelse«, som Kommissionen havde i tankerne i sit forslag, ikke var baseret på virkningen på passagerer, men på graden af operatørens ansvar — forskellen mellem en bevidst beslutning om at aflyse en flyafgang af økonomiske årsager (»aflysning«), hvilket bør modvirkes ved hjælp af kompensation af en afskrækkende størrelse, og et virkeligt forsøg på at få passagerer frem til deres bestemmelsessted, uanset hvor sent, trods udefra kommende vanskeligheder (»forsinkelse«), i hvilket tilfælde operatørerne alene er forpligtet til at yde et vist niveau af assistance. Hvis dette er tilfældet, synes der at være en vis grad af sammenblanding af »årsag« og »tilregnelig fejl«. Det er ikke vanskeligt at forestille sig tilfælde, hvor et virkeligt forsøg på at få passagerer frem til deres bestemmelsessted så hurtigt som muligt kan indebære, at den planlagte flyafgang aflyses (fordi det står klart, at den aldrig vil kunne afgå til tiden), og at man derefter sørger for, at passagererne kan komme af sted med en anden flyafgang [14]. Omvendt kan en forsinkelse af en flyafgang, hvor kun få passagerer er indbooket, måske forlænges af årsager, som grundlæggende er økonomiske, fordi luftfartsselskabet anvendte det første ledige erstatningsfly til at få en anden afgang, på hvilken flere passagerer er indbooket, af vejen først [15]. Såfremt princippet bag Kommissionens forslag var, at »luftfartsselskaber skal betale kompensation, såfremt de har handlet ansvarspådragende, men ikke ellers«, kunne man forvente, at Kommissionen havde udarbejdet nogle bestemmelser til at klarlægge (og strafpålægge) forsinkelse, der kan tilskrives økonomiske beslutninger.

35. Imidlertid synes der ikke under lovgivningsproceduren at have været en stærk fokusering på denne forskel, særligt så snart erstatningsniveauerne var blevet formindsket. I den endeligt vedtagne tekst er det vanskeligt at udlede kriterierne for at sondre mellem »aflysning« og »forsinkelse«.

Hvorfor er sondringen mellem »forsinkelse« og »aflysning« vigtig?

36. Forordningens artikel 2, stk. 1, definerer »aflysning« som »en planlagt flyvning, hvortil der var mindst én reservation, som ikke gennemføres«. Forordningen indeholder ikke en tilsvarende definition på begrebet »forsinkelse«. »Forsinkelse« er heller ikke defineret i Warsawa- eller Montrealkonventionerne. Montrealkonventionens artikel 19 bestemmer kun i temmeligt generelle vendinger, at luftfartsselskabet er ansvarligt for skade, »som skyldes forsinket transport af passagerer, bagage eller gods«. Den vending forekommer at dække mange — hvis ikke alle — tilfælde, der hører under »aflysning af en flyafgang«, samt at være meget bredere end definitionen på »forsinkelse af flyafgang« i forordningen.

37. Imidlertid er sondringen mellem »forsinkelse« og »aflysning« i henhold til forordningen relevant. Forordningens artikel 5 giver

14 — Da en aflysning udløser en kompensation til passagererne i henhold til forordningens artikel 7, er det urimelige resultat, der fremkommer i dette eksempel, at det er »bedre« for luftfartsselskabet (men ikke for passagererne) »kun« at forsinke afgangen.

15 — Jf. de faktiske omstændigheder, der gav anledning til den præjudicielle forelæggelse i sag C-396/06, Kramme, og som er gengivet i mit forslag til afgørelse i den sag (tilgængelig på Domstolen hjemmeside). Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev trukket tilbage, før dommen kunne afsiges.

passagerer, hvis flyafgang er blevet aflyst, ret til en nærmere fastsat kompensation. Forordningens artikel 6 indeholder ingen tilsvarende bestemmelse om kompensation for forsinkelse.

38. Det er forordningens store fortjeneste, at den automatisk tildeler kompensation til passagerer, hvis flyafgang er blevet aflyst. Som den polske regering bemærker i sit skriftlige indlæg, kan den sondring, som forordningen indfører mellem aflysning og forsinkelse, imidlertid medføre, at passagerer, som objektivt set befinder sig i samme situation, bliver behandlet forskelligt.

39. Dette rejser uundgåeligt det (grundlæggende) spørgsmål om, hvorvidt forordningen tilsidesætter ligebehandlingsprincippet.

Betydning af ligebehandlingsprincippet

40. Ifølge fast retspraksis indebærer princippet om ligebehandling eller om forbud mod forskelsbehandling, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [16].

41. Gyldigheden af forordningens artikel 5-7 set i lyset af ligebehandlingsprincippet blev anfægtet i IATA og ELFAA-sagen, men set snarere fra luftfartsselskabernes synsvinkel end fra passagerernes.

42. I sagen gjorde ELFAA gældende, at lavprisluftfartsselskaberne, som sammenslutningen repræsenterede, var udsat for forskelsbehandling i og med, at de foranstaltninger, som omhandles i de nævnte artikler, pålægger alle luftfartsselskaber samme forpligtelser uden at foretage en sondring på baggrund af deres prispolitik og den tilbudte service. ELFAA gjorde endvidere gældende, at fællesskabsretten ikke lægger samme forpligtelser på andre transportmidler, og, indirekte, at det derfor var forskelsbehandling at udpege luftfartssektoren på den måde.

43. Domstolen fastslog, at situationen for de virksomheder, der opererer inden for forskellige transportområder, ikke kunne sammenlignes, og at de passagerer, der bliver udsat for

16 — Jf. f.eks. dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 95, og af 10.7.2008, sag C-173/07, Emirates Airlines, Sml. I, s. 5237, præmis 39.

en flyafgangs aflysning eller lange forsinkelse, befinder sig i en situation, som objektivt er forskellig fra den, som passagerer fra andre transportmidler befinder sig i i lignende tilfælde. Desuden er de skader, som luftfartspassagerer lider i tilfælde af en flyafgangs aflysning eller lange forsinkelse, sammenlignelige, uanset hvilket luftfartsselskab der er tale om, og hænger ikke sammen med luftfartsselskabets prispolitik [17]. Domstolen konkluderede, at »det påhvilede fællesskabslovgiver at behandle alle luftfartsselskaber ens i forhold til forordning nr. 261/2004's formål om højere beskyttelse af luftfartspassagerer, uden at dette er i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling« [18].

44. I IATA og ELFAA-dommen bekræftede Domstolen udtrykkeligt, at forordningens formål frem for alt var at øge beskyttelsen af alle flypassagerer. Netop denne udtalelse danner grundlag for Domstolens analyse og afvisning af ELFAA's argumenter. ELFAA gjorde gældende, at lufttransport og andre former for transport er sammenlignelige. Domstolen fastslog, at for passagerer, der udsættes for aflysning eller forsinkelse, er de ikke sammenlignelige. ELFAA gjorde gældende, at ruteselskaber og lavpris-flyselskaber ikke er sammenlignelige. Domstolen sagde, at for passagerer, der udsættes for aflysning eller forsinkelse, er de sammenlignelige. Kort sagt opfordrende ELFAA Domstolen til at tage stilling til forordningen fra flyselskabernes synsvinkel. Domstolen forkastede denne tilgang og tog stilling til ELFAA's anbringende (og til forordningen) fra *passagernes synsvinkel*.

45. Det er endvidere værd at notere sig, at Domstolen hele vejen i sin analyse behandlede passagerer, hvis flyafgang er aflyst, og passagerer, hvis flyafgang er udsat for lang forsinkelse, som udgørende en del af den *samme gruppe*.

46. Som Domstolen har fastslået i dommen i sagen Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., forudsætter en »tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet på grund af en forskellig behandling […], at de pågældende situationer er ensartet vurderet, henset til alle de omstændigheder, som kendetegner dem«. Disse omstændigheder og dermed deres ensartede karakter »skal navnlig fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den retsakt, der indfører en forskellig behandling. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område« [19].

17 — Hvad angår arten denne skade fastslog Domstolen i præmis 42, at enhver forsinkelse i luftbefordringen af passagerer — og særligt, hvis der er tale om lange forsinkelser — generelt kan give anledning til to typer skade. For det første kan en for lang forsinkelse give anledning til skader, som næsten er identiske for alle passagerer, og som kan afhjælpes via en standardiseret og umiddelbar bistand eller ved, at der sørges for alle de berørte (med eksempelvis drikkevarer, måltider, overnatning og telefonopkald). For det andet kan passagererne lide individuel skade afhængig af grunden til deres rejse. En sådan skades afhjælpning kræver en vurdering i hvert enkelt tilfælde af omfanget af de opståede skader. En sådan skade kan således alene kompenseres efterfølgende på individuelt grundlag.

18 — IATA og ELFAA-dommen, præmis 94-98; jf. også Emirates Airlines-dommen, præmis 35.

19 — Dom af 16.12.2008, sag C-127/07, *Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl.*, Sml. I, s. 9895, præmis 25 og 26 (min fremhævelse), der henviser til dom af 27.10.1971, sag C-6/71, Rheinmühlen Düsseldorf, Sml. 823, præmis 14, af 19.10.1977, forenede sager 117/76 og 16/77, Ruckdeschel m. fl., Sml. 1759, præmis 8, af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 4973, præmis 74, og af 10.3.1998, forenede sager C-364/95 og C-365/95, T. Port, Sml. I, s. 1023, præmis 83.

47. I IATA og ELFAA-dommen fastslår Domstolen utvetydigt, at formålet med forordningens artikel 5 (aflysning) og 6 (forsinkelse) fremgår af første og anden betragtning, i henhold til hvilke handling fra Fællesskabets side, når det drejer sig om lufttransport, bl.a. bør sigte på at sikre et højt beskyttelsesniveau for passagerer og skal tage hensyn til generelle forbrugerbeskyttelseskrav, eftersom aflysning eller lange forsinkelser af flyafgange forårsager alvorlige problemer og besvær for passagerer [20].

48. Således angav Domstolen i IATA og ELFAA-dommen klart, at beskyttelse af passagerer er »det umiddelbare formål« eller det »direkte formål, der udtrykkeligt er angivet af fællesskabslovgiver«, samtidig med, at Domstolen accepterede, at forordningen indirekte kan have andre sekundære formål (såsom gennem præventiv handling at nedbringe antallet af aflysninger og lange forsinkelser) [21].

49. Denne tilgang understøttes, som Domstolen bemærkede, af, at rækkevidden af de forskellige foranstaltninger, som fællesskabslovgiver har valgt, varierer »i forhold til størrelsen af den skade, passagererne har lidt, hvilket vurderes enten i forhold til varigheden af forsinkelsen og ventetiden til næste flyafgang eller i forhold til den tid, der er gået, før de berørte er blevet informeret om en flyafgangs aflysning« [22]. Selv om det udgangspunkt, der anvendes til at udregne tid, er forskelligt, vurderes skadens størrelse både ved aflysning og lang forsinkelse med henvisning til den tid, der er gået.

50. Styrkelsen af forbrugerbeskyttelse er endvidere en af de aktiviteter, der direkte nævnes i artikel 3, stk. 1, litra t), EF, som Fællesskabet skal forfølge til opnåelse af Fællesskabets almene formål som fastsat i artikel 2 EF [23].

51. Uanset alvoren af de forårsagede gener bestemmer forordningen imidlertid, at aflysningen af en flyafgang automatisk udløser en ret til kompensation (i henhold til artikel 7), mens en forsinkelse aldrig udløser en sådan. Som det nævnes i forelæggelseskendelsen i Sturgeon-sagen, og som Kommissionen påpegede under retsmødet, synes forordningen

20 — IATA og ELFAA-dommen, præmis 69, og dom af 22.12.2008, sag C-549/07, Wallentin-Hermann, Sml. I, s. 11061, præmis 18. Forordningens bemærkning 2 nævner i en enkelt sætning »aflysning eller lange forsinkelser« uden at sondre mellem disse.

21 — IATA og ELFAA-dommen, præmis 82 og 83, og generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse, punkt 121 og 122.

22 — IATA og ELFAA-dommen, præmis 85.

23 — Jf. også generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i IATA og ELFAA-sagen, punkt 117-119, hvor generaladvokaten henviser til artikel 153, stk. 2, EF (der pålægger fællesskabslovgiver at inddrage forbrugerbeskyttelseshensyn ved gennemførelsen af andre af Fællesskabets politikker og aktiviteter) og artikel 95, stk. 3, EF (der pålægger et højt forbrugerbeskyttelsesniveau) og konkluderer, at forbrugerbeskyttelse uden tvivl er et lovligt mål, som udtrykkeligt er nævnt i traktaten.

således at tage udgangspunkt i den antagelse, at en aflysning nødvendigvis forårsager større gener for passagerer og derfor fortjener en stærkere form for beskyttelse end »blot« en forsinkelse [24].

52. Det er fuldkommen uklart for mig, hvorfor det skulle forholde sig sådan. Kommissionen anerkender i sine skriftlige bemærkninger netop, at aflysning faktisk ikke altid forårsager større gener end forsinkelse.

53. Lad os antage, at passager A og passager B begge har booket en flyafgang fra Bruxelles til New York med forskellige luftfartsselskaber, og begge flyafgange afgår kl. 08.30. Da passager A ankommer til lufthavnen, får han oplyst, at hans flyafgang er aflyst. Han bliver tilbudt en plads på en anden flyafgang til New York med afgang en dag senere, kl. 08.30. Passager B får ved ankomst til lufthavnen at vide, at hans flyafgang er forsinket. Hans flyafgang afgår endelig på samme tidspunkt som passagers A's nye flyafgang, altså en dag efter det planlagte afgangstidspunkt. Både passager A og passager B ankommer til New York på det samme tidspunkt. De to passagerer er faktisk i identiske situationer. Alligevel får kun passager A en ret til automatisk kompensation i henhold til forordningen.

54. Sondringen mellem aflysning og forsinkelse, som den på nuværende tidspunkt forekommer i forordningen, forekommer således ikke at stemme overens med forordningens formål.

55. Dette bliver endnu tydeligere, når man tager i betragtning, at forordningen kan forårsage det (urimelige) resultat, at passagerer, som har været udsat for den største gene, kan nægtes automatisk kompensation, mens dem, der har været udsat for den mindre gene, kan bevilliges denne. Lad os antage, at de samme passagerer A og B (tydeligvis hyppigt rejsende) har booket flyafgange fra Bruxelles til New York med forskellige luftfartsselskaber, og begge flyafgange afgår kl. 10.30. Da passager A ankommer til lufthavnen, opdager han, at hans flyafgang er blevet aflyst. Luftfartsselskabet foreslår imidlertid omgående en alternativ flyafgang med et andet selskab med afgang kl. 11.00. Da passager B ankommer til lufthavnen, bliver han informeret om, at hans flyafgang er forsinket. Hans flyafgang afgår endelig kl. 22.30 eller 12 timer efter det planlagte afgangstidspunkt. Selvsagt har passager B været udsat for den største gene.

56. Passager A (som knap nok blev berørt) kan kræve kompensation i henhold til forordningens artikel 5, stk. 1, litra c), og artikel 7. Passager B kan blot, mens timerne gik, have krævet måltider og forfriskninger [25], et par

24 — Sammenlign forordningens præambels bemærkning 12 (aflysning) og bemærkning 17 (forsinkelse). De forskellige løsninger, som de foreslår, modsiger direkte bemærkning 2, som anerkender, at både »[b]oardingafvisning og aflysning eller lange forsinkelser« forårsager »alvorlige problemer og gener for passagererne«.

25 — Artikel 6, stk. 1, litra c), nr. i), der henviser til artikel 9, stk. 1, litra a). Idet flyafgangen i mit eksempel er transatlantisk, skal passager B vente i fire timer, før han opnår nogen ret til forplejning og indkvartering i henhold til artikel 9.

telefonopringninger (eller telexer, faxer eller e-mails) [26], og så (efter fem timer) retten til refusion, såfremt det ikke længere forekommer værd at vente [27]. Selv om retten til forplejning og indkvartering utvivlsomt er værdifuld, er den næppe sammenlignelig med den kompensation, som passager A vil modtage.

57. I begrundelsen i bemærkningerne til forslaget til forordningen giver Kommissionen, på baggrund af, at formålet er at forbedre forbrugerbeskyttelse, følgende kommentar til sondringen mellem aflysning og forsinkelse: »Selv om passagererne lider under samme form for besvær og frustration på grund af forsinkelse som ved afvisning og aflysning, er der dog en forskel, idet operatøren har ansvaret for afvisning og aflysninger, medmindre det skyldes grunde, der falder uden for vedkommendes ansvarsområde, men ikke altid for forsinkelse« [28].

26 — Ibidem, henvisning til artikel 9, stk. 2.

27 — Artikel 6, stk. 1, litra c), nr. iii), der henviser til artikel 8, stk. 1, litra a).

28 — Begrundelse til Kommissionens oprindelige forslag nævnt ovenfor i fodnote 12, punkt 23.

58. Den forklaring kan ikke holde ved en nærmere undersøgelse.

59. Kommissionen anerkender direkte, at de gener, som passagerer er udsat for, er ens, uanset om deres flyafgange er udsat for lange forsinkelser eller aflysning. Hvis dette er korrekt (som det bestemt forekommer at være), kunne man forvente, at de to passagergrupper ville blive behandlet på den samme måde, fordi de begge ligeligt behøver og fortjener beskyttelse (men det bliver de ikke). Kommissionen siger derefter, at forskellen mellem aflysning og forsinkelse (og dermed indirekte begrundelsen for forskellen i behandling) er, at operatøren altid er ansvarlig for aflysninger (undtagen når han ikke er); og at han ikke altid er ansvarlig for forsinkelse (undtagen angiveligt når han er). Det er en sondring uden forskel.

60. Det forekommer mig, at den underliggende logik (igen på baggrund af forbedret forbrugerbeskyttelse) må have været, at når operatøren *ikke* er ansvarlig for genen (uanset om den skyldes aflysning eller forsinkelse), skal han ikke betale kompensation; når han *er* ansvarlig, skal han betale. Sagt på en anden måde: Kriteriet for kompensation er ikke årsag, men tilregnelig fejl (bredt defineret) fra operatørens side.

61. Hvis dette er korrekt, forklarer det stadig ikke, hvorfor passagerer udsat for genen af en aflysning og passagerer udsat for genen af en lang forsinkelse bliver behandlet forskelligt. Både lange forsinkelser og aflysning kan være (eller ikke være) operatørens ansvar. Forskellen i behandling i henhold til forordningen afhænger imidlertid ikke af et tilregneligt forhold fra operatørens side. Den afhænger kun af, hvorvidt det, der er sket, klassificeres som en forsinkelse eller som en aflysning. Og ingen anden objektiv forklaring på forskellen i behandling kan findes i forarbejderne.

62. Forskellen i behandling forekommer derfor at stride mod ligebehandlingsprincippet.

63. Denne antagelse støttes af, at Domstolen i IATE og ELFAA-dommen klart og utvetydigt fastslog, at forbrugerbeskyttelse er forordningens primære formål. Set fra passagerernes synsvinkel bliver personer i sammenlignelige situationer behandlet på forskellige måder til den ene gruppes fordel (passagerer, hvis flyafgange er aflyst) og til den anden gruppes ulempe (passagerer, hvis flyafgange er udsat for lange forsinkelser).

64. Det synes også, i det mindste ved første øjekast, at forordningens primære formål (forbedret forbrugerbeskyttelse) kan opnås med foranstaltninger, der overholder lighedsprincippet. Det er selvfølgelig op til fællesskabslovgiver at undersøge og beslutte sådanne foranstaltninger [29].

65. I den foreliggende sag har Domstolen, bortset fra en kort omtale fra den polske regering, ikke fået forelagt nogen argumentation hvad angår ligebehandlingsprincippets mulige virkninger på de præjudicielle spørgsmål. Muligheden for, at en undersøgelse af sondringen mellem forsinkelse og aflysning kan føre til den konklusion, at den måde, forordningen behandler disse to begreber på, er i strid med fællesskabsrettens grundlæggende principper, er derfor ikke behandlet i tilstrækkelig grad. Jeg er bevidst om, at der kan være modargumenter, som jeg ikke har være opmærksom på. Både institutionerne og medlemsstaterne bør have muligheden for at kommentere den analyse, som jeg har fremført, og for at fremlægge argumenter vedrørende en mulig objektiv begrundelse.

29 — Blot til illustration: Begrænsning af automatisk kompensation i tilfælde af aflysning uden omlægning af rejsen inden for et bestemt tidsrum (f.eks. to timer) kan indføres ved bestemmelse, mens der samtidig indføres automatisk kompensation i tilfælde af forsinkelser længere end det samme fastsatte tidsrum. For aflysninger skal luftfartsselskabet (som det også gælder i dag) ikke pålægges at yde finansiel kompensation, såfremt det kan bevise, at forsinkelsen eller aflysningen skyldes usædvanlige omstændigheder, som ikke kunne have været undgået, selv om alle forholdsregler, der med rimelighed kunne træffes, faktisk var blevet truffet. En lignende bestemmelse ville være nødvendig for at dække forsinkelser, for hvilke luftfartsselskabet kan bevise, at det ikke var ansvarligt. Om nødvendigt og passende kan det bestemte tidsrum variere afhængig af flyrutens længde (som i forordningens nuværende artikel 6, stk. 1, og artikel 7, stk. 2). En sådan ordning vil ligeledes efterkomme kravet om forholdsmæssighed (der udtrykkeligt nævnes i IATA og ELFAA-dommens præmis 79).

66. Jeg foreslår derfor, at Domstolen genåbner den mundtlige forhandling og anmoder medlemsstaterne, Kommissionen, Europa-Parlamentet og Rådet om at afgive indlæg angående dette spørgsmål.

67. Såfremt Domstolen ikke er enig i denne tilgang, fremsætter jeg følgende bemærkninger til, hvorvidt det er muligt at fortolke forordningen i overensstemmelse med lighedsprincippet [30].

Tegn på, at en flyafgang er blevet aflyst

68. Forhold, der er blevet nævnt for Domstolen og i national retspraksis og i juridisk litteratur [31] som mulige tegn på, at en flyafgang er blevet aflyst, omfatter: ændring af luftfartsselskab, ændring af fly, ændring af flyvenummer, ændring af afgangs- eller ankomstlufthavn, returnering af bagage til passagerer, ny check-in for passagerer, ny sædetildeling, overføring af alle passagerer til et andet eller flere andre fly, udstedelse af nye bordingpas og det faktum, at flyafgangen bliver beskrevet som »aflyst« af piloten (eller andet luftfartsselskabets personale) eller på afgangstavlerne.

69. Det følger af sund fornuft, at alle disse forhold kan være tegn på, at en flyafgang er blevet aflyst og ikke bare er forsinket. Jo flere af disse forhold, der er til stede på samme tid, jo mere sandsynligt er det, at der faktisk er tale om en aflysning. Ligeledes mener jeg ikke, at noget enkelt forhold kan være afgørende.

70. Det at tage et fly ud af drift fører ikke automatisk til aflysning af den afgang, som flyet skulle have betjent. Afgangen kan stadig gennemføres, såfremt et erstatningsfly sættes ind [32]. Det forekommer mig uvæsentligt, hvorvidt passagerer bliver flyttet til et enkelt erstatningsfly eller til flere erstatningsfly [33].

71. En lignende analyse kan anvendes på de fleste andre fremførte forhold. De er en fast bestanddel af flyrejser. De kan være til stede i

30 — Hvor det er nødvendigt at fortolke en bestemmelse i afledt fællesskabsret, bør der så vidt muligt gives fortrin til den fortolkning, der er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser og de almindelige fællesskabsretlige principper. Jf. f.eks. dom af 10.7.2008, sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, Sml. I, s. 4951, præmis 174 og den deri nævnte retspraksis.

31 — Jf. f.eks. R. Schmid »Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis — Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004« *NJW* 26, 2006, s. 1843; E. Gaedtke »Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004« *Verbraucher und Recht*, 2007, s. 203 og 204; B. Wagner »Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004« *VuR*, 2006, s. 338 og 339 og den i disse artikler nævnte retspraksis.

32 — Jf. mit forslag til afgørelse i Kramme-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 39.

33 — En faktor, der er nævnt i forlæggelsesafgørelsen i Böck og Lepuschitz-sagen.

forbindelse med en ellers normal afgang (ikke engang nødvendigvis en forsinket afgang).

72. Kommissionen, støttet under retsmødet af S. Böcks og C. Lepuschitzs advokat samt af Condors advokater og af den græske regerings repræsentant, har i sit skriftlige indlæg anført, at en ændring af flyvenummer [34] er et stærkt tegn på, at en flyafgang er blevet aflyst [35].

73. Når det er sagt, er et nyt flyvenummer ikke en ufejlbarlig indikator til at adskille forsinkede flyafgange fra aflyste flyafgange. Flyvenummeret kan være blevet ændret af rent tekniske årsager uden for luftfartsselskabets kontrol, selv om ingen andre af flyafgangens parametre ændres [36]. Under sådanne omstændigheder kan ændringen af flyvenummer ikke være et afgørende bevis på en aflysning. Omvendt er opretholdelse af det originale flyvenummer ikke nødvendigvis tegn på, at en flyafgang ikke er blevet aflyst.

74. Det samme gælder for udtalelser fra luftfartsselskabets personale eller andet lufthavnspersonale om, at flyafgangen er blevet aflyst. Det er ikke svært at forestille sig uendeligt mundhuggeri ved den nationale ret om, hvorvidt den stressede medarbejder, der fortalte en passager i en masende gruppe, der venter på opmærksomhed ved en overfyldt skranke, at flyafgangen var aflyst, havde bemyndigelsen til at fremkomme med denne udtalelse (eller hvorvidt medarbejderen og passageren delte et fælles sprog tilstrækkeligt til at give alt, der blev sagt, utvetydig mening). En meddelelse fra piloten eller officiel angivelse på afgangstavlerne ville have mere autoritet, men ville ikke nødvendigvis være en bestemmende faktor.

75. Idet ingen af de ovennævnte forhold kan være afgørende, såfremt de står alene, må nationale domstole vurdere vigtigheden af hver enkelt af dem, når de sammen er til stede, i hver enkelt sag. Dette kan føre til betydelige problemer med retssikkerheden [37].

76. Det er også klart, at luftfartsselskaberne selv har en betydelig indflydelse på det antal faktorer, der kan anvendes til at adskille

34 — Ligeledes nævnt som en faktor i forelæggelsesafgørelsen i Böck og Lepuschitz-sagen.

35 — I dens informationsdokument vedrørende forordningen udtaler Kommissionen, at efter dens opfattelse kan en flyafgang »generelt anses for aflyst, når rutenummeret ændres på den samme rute, som passageren har kontrakt på til en specifik dag og tidsplan«: Informationsdokument fra Generaldirektoratet for Energi og Transport: Svar på spørgsmål om anvendelsen af forordning 261/2004, s. 3 tilgængelig på http://ec.europa.eu/transport/air_portal/passenger_rights/doc/2008/q_and_a_en.pdf

36 — F.eks. på en rute, på hvilken et planlagt fly afgår dagligt, er det forholdsvis sandsynligt, at mandagens flyafgang og tirsdagens flyafgang vil have det same flyvenummer. Hvis mandagens flyafgang er forsinket med 24 timer, vil det være bydende nødvendigt at ændre dens flyvenummer for at undgå potential forvirring i instruktioner fra flyvekontroltjenesten, fordi mandagsafgangens pilot og tirsdagsafgangens pilot ville forberede afgang, anmode om takeoff slot, anmode om tilladelse til at taxie (osv.) på samme eller næsten samme tid.

37 — Jf. punkt 89 og 90 nedenfor.

forsinkelse fra aflysning. Det er i disse luftfartsselskabers økonomiske interesse at sikre sig, at en hændelse vil blive klassificeret som en forsinkelse frem for som en aflysning, uanset hvor lang forsinkelsen er, samt at bestride (når som helst det er muligt) passagerers påstande om, at flyafgangen i virkeligheden var aflyst [38].

Tid som et forhold til at klarlægge aflysning

77. Til forskel fra de forhold, jeg har opregnet ovenfor, er tidens gang ikke påvirkelig af manipulation [39]. Kan en »uforholdsmæssig lang« forsinkelse blive en *de facto*-aflysning og dermed udløse retten til kompensation i henhold til forordningens artikel 5, stk. 1, litra c)?

78. Familien Sturgeon, S. Böck og C. Lepuschitz, den østrigske, franske, græske, italienske, polske og svenske regering samt Kommissionen finder, at efter at en vis tid er gået, kan en forsinkelse klassificeres som en aflysning. Det Forenede Kongeriges regering mener imidlertid, at kun fællesskabslovgiver behørigt kan indføre forløbet af tid som en måde at sondre mellem disse to begivenheder på. Condor anfører, at Montrealkonventionens artikel 19 giver passagerer ret til erstatning, hvis deres flyafgang er forsinket. Hensyn til passagerbeskyttelse kræver derfor ikke en lang forsinkelse for at blive fortolket som en aflysning i forordningens artikel 5's forstand.

79. Jeg kan kortvarigt tage mig af det sidste argument. Montrealkonventionen finder ganske rigtigt anvendelse i Fællesskabet. Den tildeler kompensation på grundlag af erstatningsprincippet. En sådan kompensation kan i en bestemt sag være mere fordelagtig for en bestemt passager end den automatiske standardiserede erstatning, selv om der ikke er bevis for reel skade, for flyafgangsaflysning i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1. Ordningen i henhold til forordningen er anderledes end og supplerer systemet i henhold til Montrealkonventionens artikel 19 [40]. Passagerer, hvis flyafgang er blevet aflyst, modtager kompensation i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1

38 — I en rapport om forordningens praktiske virkninger udtrykte Kommissionen bekymring for, at luftfartsselskaberne omklassificerer aflysninger som lange forsinkelser for at undgå krav om kompensation i henhold til forordningen, selv om den ikke kunne finde klart statistisk bevis (et fald i antallet af aflysninger og en tilsvarende stigning i antallet af forsinkelser) for denne praksis: jf. meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om anvendelsen og resultaterne af forordning (EF) nr. 261/2004 om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser, KOM/2007/0168 endelig, afsnit 4.1.2. De foreliggende sager er bevis på det potentielle problem.

39 — Sammenlign Screwtapes (en overdjævel, der underviser sin nevø i fristelsens kunst) skarpsindige iagttagelse af, at mennesker altid hævder at eje »deres« tid: »Mennesker påstår altid at have ejerskab, hvilket lyder lige morsomt i Himmel som i Helvede« (C-S. Lewis *Fra Helvedes Blækhus* (1942), s. 112 og 113).

40 — Forordningens artikel 12, stk. 1, gør det klart, at den standardiserede erstatning i artikel 7, stk. 1, ikke har til hensigt at erstatte kompensation i henhold til Montrealkonventionen.

»uden at […] [skulle] bære ulemperne ved anlæggelse af erstatningssager ved domstolene« [41]. Hvis en lang forsinkelse og en aflysning forårsager lignende gene for passagererne, kræver formålet om passagerbeskyttelse, at begge tilsvarende skal nyde godt af et bekvemt automatisk standardiseret erstatningssystem. Dette er tilstrækkeligt til at forkaste Condors argument.

80. Hvad med det centrale argument, at forsinkelse efter en vis tid bliver *de facto*-aflysning?

81. Det følger af sund fornuft, at tid naturligvis er en faktor til at afgøre, hvorvidt en flyafgang er blevet aflyst. Hvis et antal af de ovennævnte forhold er til stede samtidig, og/eller flyafgangen er blevet forsinket i en uforholdsmæssig lang tid, er det et meget stærkt tegn på, at flyafgangen faktisk er blevet aflyst.

82. Endvidere er der, som Kommissionen anførte under retsmødet, når en passager bestiller en flyvning, en stiltiende kontrakt med luftfartsselskabet om transport på et givet tidspunkt og mellem to punkter. Såfremt flyafgangens afgangstidspunkt er uforholdsmæssigt forsinket, er det vanskeligt at fastholde, at flyafgangen stadig er den »planlagt[e] flyvning« [42]. Hvis f.eks. en flyafgang på flyplanen afgår dagligt på det samme tidspunkt under normale omstændigheder, er det faktum, at denne flyafgang stadig ikke er lettet, efter at den næste dags flyafgang er afgået, således et stærkt tegn på, at den første flyafgang er blevet aflyst [43].

83. I manglen på en definition må begrebet »forsinkelse« fortolkes i lyste af forordningens bestemmelser som helhed og af dens formål [44]. Behandlingen af forløb af tid som en vigtig faktor til at klarlægge en aflysning vil klart konsolidere forordningens formål, som er øget passagerbeskyttelse. Imidlertid er der to vanskeligheder ved denne tilgang. For det første: Hvad menes der med »uforholdsmæssig lang forsinkelse«? For det andet: Er det tilladt at fortolke forordningen på en måde, der klassificerer uforholdsmæssig lang forsinkelse som *de facto*-aflysning?

41 — Jf. IATA og ELFAA-dommens præmis 45, hvori Domstolen forklarede forskellen mellem Montrealkonventionens system og den automatiske ret til assistance for så vidt angår forsinkelse i henhold til forordningens artikel 6.

42 — Jf. definitionen på »aflysning« i forordningens artikel 2, stk. 1.

43 — Jeg foreslår ikke, at når et fly afgår ugentligt, skal denne retningslinje medføre, at kompensation for aflysning først kan påberåbes efter, at den følgende uges fly er lettet.

44 — Jf. analogt Emirates Airlines-dommen, præmis 27 og 28.

Hvornår er en forsinkelse »uforholdsmæssig«?

84. Kommissionen har med rette gjort gældende, at der ikke er grundlag i forordningen for at fastslå et bestemt tidspunkt, efter hvilket en forsinkelse kan klassificeres som en aflysning. Forordningen gør det klart, at en forsinkelse kan vare mere end fem timer [artikel 6, stk. 1, nr. iii)], og at den måske kan strækkes til mindst næste dag og måske yderligere [artikel 6, stk. 1, nr. ii), sammenholdt med artikel 9, stk. 1, litra b), første led].

85. Den franske regering har bemærket, at forordningen indeholder en række af elementer, der kan tjene som vejledning. I henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, ændrer længden af den tid, der udløser forpligtelsen til at tilbyde specificerede former for assistance, sig med længden af flyvningen: to timer eller mere for alle flyvninger på 1 500 km eller mindre [45]; tre timer eller mere for alle flyvninger inden for Fællesskabet på mere end 1 500 km og for alle andre flyvninger på mellem 1 500 km og 3 500 km [46] og fire timer eller mere for alle andre flyvninger [47]. Således har fællesskabslovgiver gjort retten til forplejning og indkvartering betinget af flyrejsens længde — passagerer, der rejser længere, må vente længere, før de har en ret til forplejning og indkvartering [48].

86. En vurdering af, hvornår en forsinkelse bliver »uforholdsmæssig« og således kan klassificeres som en aflysning, kan tage de forskellige tidsperioder nævnt i disse bestemmelser i betragtning. For at være »uforholdsmæssig« skal en forsinkelse imidlertid nødvendigvis være væsentligt længere end hvert af disse udgangspunkter. Spørgsmålet vil så være: Hvor meget længere?

87. Det forekommer mig umuligt at fastlægge med en tilfredsstillende grad af præcision, præcis hvilken tid der skal gå, før en forsinkelse bliver »uforholdsmæssig«.

88. Det ville derfor være et anliggende for de nationale domstole i hver enkelt sag at vurdere de faktiske omstændigheder og nå frem til et synspunkt på — baseret på en blanding af national retstradition, sund fornuft og instinkt snarere end en præcis fællesskabsretlig norm — hvorvidt forsin-

45 — Afsnit a).
46 — Afsnit b).
47 — Afsnit c).

48 — Jf. i samme retning forordningens artikel 7, stk. 2, og analogt artikel 5, stk. 1, litra c), nr. ii) og iii). Forordningens bemærkninger giver ingen forklaring på den forskudte berettigelse til forplejning og indkvartering, hvilket måske mere skyldes en pragmatisk vurdering af, hvad der vil være en acceptabel økonomisk byrde at pålægge luftfartsselskaberne (under forudsætning af kendte forsinkelsestyper for kort-, mellem- og langtursafgange), end nogen dybereliggende logik vedrørende passagerers relative behov.

kelsen i dette tilfælde var blevet »uforholdsmæssig« og derfor skulle ses som en de facto-aflysning. Retspraksis indtil nu tyder på, at der ved nationale domstole er stor forskel på, om den tid, der er gået, bliver taget i betragtning, når det skal afgøres, om der har været en aflysning, og i bekræftende fald i hvilken udstrækning [49]. Bortset fra at bekræfte, at tid kan være en vigtig faktor til at klarlægge en aflysning, og at den planlagte flyrejses længde skal tages i betragtning, når det vurderes, hvorvidt en forsinkelse er blevet uforholdsmæssig, kan Domstolen kun bidrage beskedent med hensyn til specifik hensigtsmæssig vejledning til nationale domstole.

Er det tilladt at behandle forsinkelse som en de facto-aflysning?

89. Den uensartethed i afgørelserne, der med garanti vil opstå på baggrund af dette, vil sandsynligvis være i strid med retssikkerhedsprincippet.

90. I henhold til fast retspraksis kræver retssikkerhedsprincippet — som er et af de generelle principper i fællesskabsretten — især, at retsreglerne er klare, præcise og forudsigelige i deres retsvirkninger, især når de kan være bebyrdende for personer og virksomheder [50]. Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet udgør således en del af Fællesskabets retsorden og skal dermed overholdes af fællesskabsinstitutionerne [51]. Det er selvfølgelig vigtigt, at både passagerer og luftfartsselskaber kender omfanget af deres rettigheder og forpligtelser. Såfremt det er op til nationale domstole i medlemsstaterne at afgøre, hvornår en forsinkelse er »uforholdsmæssig«, vil der ikke være megen klarhed, præcision eller forudsigelighed for nogen af parterne med hensyn til udfaldet.

91. Såfremt det var muligt enten at klarlægge et præcist tidspunkt, hvor forsinkelse bliver uforholdsmæssig, eller at udarbejde en række kriterier, som kunne tjene som effektiv vejledning for de nationale domstole, ville besvarelsen af dette spørgsmål medføre, at man vælger mellem en meget teleologisk tilgang til forbrugerbeskyttelse og den enkle og bogstavelige ordlyd af forordningen.

92. I den foreliggende sag forekommer det mig, at dette valg er nemt at fortage.

49 — Jf. f.eks. i det hele den retspraksis, der er henvist til ovenfor i fodnote 31.

50 — Jf. dom af 18.12.2008, sag C-337/07, Altun, Sml. I, s. 10323, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis. Vedrørende retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning generelt jf. f.eks. S. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (2000).

51 — Dom af 19.3.2009, sag C-256/07, Mitsui & Co. Deutschland, Sml. I, s. 1951, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

93. Enhver numerisk grænse for tildeling af en ret vil skabe to grupper — de heldige og de uheldige — og i fastlæggelsen af denne grænse må lovgiver være forsigtig for ikke at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet. Lovgiver har ret til at vælge et tal og så forsvare det som objektivt begrundet, i den udstrækning lovgivers valg anfægtes som værende tilsidesættelse af dette princip. Selve udvælgelsen af det magiske tal er et lovgivnings prærogativ. I det omfang *ethvert* tal i en vis grad er vilkårligt, er dets vilkårlighed dækket af dette prærogativ (lovgivers skønsmæssige frihed).

94. Fællesskabslovgiver kan således vælge en bestemt tidsgrænse (231/2 time, 24 timer, 25 timer eller 48 timer — det kan være hvilken som helst), der udløser en ret til kompensation. Domstolen kan ikke. Ethvert tal, som man ville vælge, ville være ensbetydende med at tillægge forordningen et indhold, som den klart ikke har, og ville være en retslig tilranelse af et prærogativ for lovgiver.

95. Mere grundlæggende ville alle passagerer på aflyste flyafgange, *uanset hvilken grænse der vælges,* i henhold til den gældende forordnings opbygning fortsat have en automatisk ret til kompensation, mens kun passagerer på uforholdsmæssigt forsinkede flyafgange (hvordan Domstolen så vil vælge at definere dette begreb) ville have en sådan ret. Passagerer i objektivt set samme situationer ville fortsat blive behandlet forskelligt. Nogle passagerer, der har været udsat for mindre gener, ville fortsat få den automatiske kompensation, mens andre, der har været udsat for meget større gener, ville forblive uden kompensation [52].

Forslag til afgørelse af spørgsmålet vedrørende forsinkelse og aflysning

96. Det forekommer mig, at i forsøget på at undgå Scylla (åbenlys diskrimination af passagerer, hvis flyafgange er uforholdsmæssigt forsinket, sammenlignet med passagerer, der opnår automatisk kompensation for deres aflyste flyafgang) bliver man omgående fejet ind i Charybdis (retlig usikkerhed). Endvidere er de underliggende vanskeligheder, som jeg har klarlagt tidligere i forhold til ligebehandlingsprincippet, desværre ikke løst ved at anlægge en teleologisk tilgang til »uforholdsmæssig forsinkelse«. De forekommer mig at ligge i selve den gældende forordnings opbygning, som den er i øjeblikket.

52 — Jf. eksemplerne givet i punkt 53, 55 og 56 ovenfor.

97. Det er fordi, at jeg ikke tror, at det underliggende problem kan blive »repareret« ved fortolkning, uanset hvor konstruktiv denne måtte være, at jeg foreslår, at Domstolen genåbner den mundtlige forhandling i henhold til artikel 61 i Domstolens procesreglement og anmoder medlemsstaterne, Kommissionen, Europa-Parlamentet og Rådet om en udtalelse om, hvorvidt forordningens artikel 5 og 7 samt forordningens artikel 6, og særligt den sondring, disse artikler indfører mellem aflysning og forsinkelse, er ugyldige set i lyset af ligebehandlingsprincippet.

Begrebet »usædvanlige omstændigheder«

98. Med det tredje præjudicielle spørgsmål i Böck og Lepuschitz-sagen ønskes det oplyst, hvorvidt en teknisk fejl ved flyet og de deraf følgende ændringer af flyveplanerne kan være omfattet af definitionen af usædvanlige omstændigheder.

99. Jeg tog detaljeret stilling til dette spørgsmål i mit forslag til afgørelse i Kramme-sagen [53], men det præjudicielle spørgsmål blev trukket tilbage af den nationale ret, før Domstolen kunne afsige dom. En lignende præjudiciel anmodning blev efterfølgende indgivet i Wallentin-Hermann-sagen [54].

100. I sin dom fastslog Domstolen, at forordningens artikel 5, stk. 3, »skal fortolkes således, at en teknisk fejl ved et luftfartøj, som medfører aflysning af en flyafgang, ikke er omfattet af begrebet »usædvanlige omstændigheder« i denne bestemmelses forstand, medmindre fejlen skyldes begivenheder, der på grund af fejlens karakter eller oprindelse ikke er et led i det berørte luftfartsselskabs sædvanlige aktivitetsudøvelse og ligger uden for luftfartsselskabets faktiske kontrol« [55].

101. Det samme svar må naturligvis gives på det tredje spørgsmål i Böck og Lepuschitz-sagen.

53 — Nævnt ovenfor i fodnote 15.
54 — Nævnt ovenfor i fodnote 20.
55 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 34.

Forslag til afgørelse

102. Følgelig foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Inden de af Bundesgerichtshof forelagte spørgsmål og det første og andet af de af Handelsgericht Wien forelagte spørgsmål besvares, bør Domstolen genåbne den mundtlige forhandling i henhold til artikel 61 i Domstolens procesreglement og anmode medlemsstaterne, Kommissionen, Europa-Parlamentet og Rådet om at udtale sig om, hvorvidt artikel 5 og 7 samt artikel 6 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 261/2004 af 11. februar 2004 om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser og om ophævelse af forordning (EØF) nr. 295/91, for så vidt som de sondrer mellem aflysning og forsinkelse (uanset længde), er ugyldige, set i lyset af ligebehandlingsprincippet.

2) Når der afsiges dom, bør det tredje spørgsmål forelagt af Handelsgericht Wien besvares som følger:

Artikel 5, stk. 3, i forordning nr. 261/2004 skal fortolkes således, at en teknisk fejl ved et luftfartøj, som medfører aflysning af en flyafgang, ikke er omfattet af begrebet »usædvanlige omstændigheder« i denne bestemmelses forstand, medmindre fejlen skyldes begivenheder, der på grund af fejlens karakter eller oprindelse ikke er et led i det berørte luftfartsselskabs sædvanlige aktivitetsudøvelse og ligger uden for luftfartsselskabets faktiske kontrol.«