CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 2 juli 2009 [1]

1. In deze gevoegde zaken wensen het Bundesgerichtshof en het Handelsgericht Wien te vernemen wat het onderscheid is tussen de begrippen „vertraging" en „annulering" van een vlucht in verordening (EG) nr. 261/2004 [2] (hierna: „verordening"). Het Handelsgericht Wien wenst ook een toelichting op de betekenis van het begrip „buitengewone omstandigheden" in artikel 5, lid 3, van die verordening.

Toepasselijke bepalingen

Het Verdrag van Montreal [3]

2. Het Verdrag van Montreal, waarbij de Gemeenschap partij is, moderniseert en herziet het Verdrag van Warschau [4]. Het beoogt onder meer de belangen van consumenten in het internationale luchtvervoer te beschermen en te voorzien in billijke schadevergoeding gegrond op het beginsel van restitutie. [5]

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 295/91 (PB L 46, blz. 1).

3 — Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Montreal, 28 mei 1999, goedgekeurd namens de Gemeenschap bij besluit 2001/539/EG van de Raad van 5 april 2001 inzake de sluiting door de Europese Gemeenschap van het Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer (Verdrag van Montreal) (PB L 194, blz. 38). Voor zover het de Europese Gemeenschap betreft, is het in werking getreden op 28 juni 2004.

4 — Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer (Verdrag van Warschau), 12 oktober 1929, 137 Recueil des traités de la Société des Nations, Serie 11.

5 — Zie de tweede en derde overweging van de preambule.

3. Artikel 19 van het verdrag van Montreal bepaalt onder het kopje „Vertraging”:

„De vervoerder is aansprakelijk voor de schade voortvloeiend uit vertraging in het luchtvervoer van passagiers, bagage of goederen. De vervoerder is echter niet aansprakelijk voor de schade voortvloeiend uit een vertraging indien hij bewijst dat hij en zijn hulppersonen alle maatregelen hebben genomen die redelijkerwijs gevergd konden worden om de schade te vermijden, of dat het hun onmogelijk was, die maatregelen te nemen.”

Het EG-Verdrag

4. Artikel 3 EG bepaalt:

„1. Teneinde de in artikel 2 genoemde doelstellingen te bereiken[6], omvat het optreden van de Gemeenschap onder de voorwaarden en volgens het tijdschema waarin dit Verdrag voorziet:

[…]

(t) een bijdrage tot de versterking van de consumentenbescherming;

[…]”

Verordening (EG) nr. 261/2004

5. De considerans van de verordening bevat de volgende relevante overwegingen:

„[…]

(2) Instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten brengen voor passagiers ernstige moeilijkheden en ongemak met zich mee.

6 — „De Gemeenschap heeft tot taak, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie en door de uitvoering van het gemeenschappelijk beleid of de gemeenschappelijke activiteiten, bedoeld in de artikelen 3 en 4, het bevorderen van [een aantal doelstellingen waaronder een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling binnen de gehele Gemeenschap].”

[…]

(12) De overlast en het ongemak voor de passagiers als gevolg van het annuleren van vluchten dienen eveneens te worden verminderd. Dit dient te worden verwezenlijkt door de luchtvaartmaatschappijen ertoe te bewegen passagiers voor de voorziene vertrektijd van annuleringen in kennis te stellen en hen bovendien een redelijk alternatief vervoer aan te bieden, zodat de passagiers andere regelingen kunnen treffen. De luchtvaartmaatschappijen die nalaten dat te doen, dienen de passagiers een compensatie te betalen, tenzij de annulering het gevolg is van buitengewone omstandigheden die zelfs door het treffen van alle redelijke maatregelen niet voorkomen hadden kunnen worden.

[…]

(17) Passagiers van wie de vlucht voor een bepaalde tijd is uitgesteld moeten worden verzorgd en moeten hun vlucht kunnen annuleren onder terugbetaling van hun tickets, dan wel hun reis onder bevredigende voorwaarden kunnen voortzetten.

[…]"

6. Volgens artikel 2, sub l, moet voor de toepassing van de verordening onder „annulering" worden verstaan, „het niet uitvoeren van een geplande vlucht waarop ten minste één plaats was geboekt". De verordening bevat geen definitie van de term „vertraging".

7. Artikel 5, met als opschrift „Annulering", bepaalt:

„1. In geval van annulering van een vlucht:

a) wordt de betrokken passagiers door de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert bijstand geboden als bedoeld in artikel 8;[7]

b) wordt de betrokken passagiers door de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert bijstand geboden als bedoeld in artikel 9, lid 1, sub a, en artikel 9, lid 2[8], en — in het geval van een andere vlucht die naar redelijke verwachting ten vroegste daags na de geplande vertrektijd

7 — Zie punt 10 hieronder.
8 — Zie punt 11 hieronder.

van de geannuleerde vlucht zal vertrekken — als bedoeld in artikel 9, lid 1, sub b, en artikel 9, lid 1, sub c;

c) hebben de betrokken passagiers recht op de in artikel 7 bedoelde compensatie door de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert, tenzij

i) de annulering hun tenminste twee weken voor de geplande vertrektijd wordt meegedeeld, of

ii) de annulering hun tussen twee weken en zeven dagen voor de geplande vertrektijd wordt meegedeeld en hun een andere vlucht naar hun bestemming wordt aangeboden die niet eerder dan twee uur voor de geplande vertrektijd vertrekt en hen minder dan vier uur later dan de geplande aankomsttijd op de eindbestemming brengt, of

iii) de annulering hun minder dan zeven dagen voor de geplande vertrektijd wordt meegedeeld en hun een andere vlucht naar hun bestemming wordt aangeboden die niet eerder dan één uur voor de geplande vertrektijd vertrekt en hen minder dan twee uur later dan de geplande aankomsttijd op de eindbestemming brengt.

2. Wanneer de passagiers wordt meegedeeld dat de vlucht is geannuleerd, wordt uitgelegd welk alternatief vervoer er voorhanden is.

3. Een luchtvaartmaatschappij die een vlucht uitvoert, is niet verplicht compensatie te betalen als bedoeld in artikel 7 indien zij kan aantonen dat de annulering het gevolg is van buitengewone omstandigheden die ondanks het treffen van alle redelijke maatregelen niet voorkomen konden worden.

4. De bewijslast inzake het al of niet melden van de annulering van de vlucht aan de passagier en het tijdstip waarop dat geschiedt, ligt bij de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert."

8. Artikel 6, met als opschrift „Vertraging", bepaalt:

„1. Wanneer een luchtvaartmaatschappij die een vlucht uitvoert redelijkerwijs kan verwachten dat een vlucht een vertraging tot na de geplande vertrektijd oploopt, en wel

a) van twee uur of meer voor alle vluchten van 1 500 km of minder,

b) van drie uur of meer voor alle vluchten binnen de Gemeenschap van meer dan 1 500 km en voor alle andere vluchten tussen 1 500 en 3 500 km, of

c) van vier uur of meer voor alle vluchten die niet onder a of b vallen,

wordt de passagiers door de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert, bijstand geboden als bedoeld in

i) artikel 9, lid 1, sub a, en artikel 9, lid 2[9], en

ii) artikel 9, lid 1, sub b, en artikel 9, lid 1, sub c, in geval de vertrektijd, naar redelijkerwijs wordt verwacht, ten vroegste daags na de geplande vertrektijd is, en

iii) artikel 8, lid 1, sub a[10], in geval van een vertraging van ten minste vijf uur.

2. In ieder geval volgt de aanbieding van de bijstand binnen de in dit artikel voor iedere vluchtafstand bepaalde tijdspanne."

9. Artikel 7, met als opschrift „Recht op compensatie", bepaalt:

„1. Wanneer naar dit artikel wordt verwezen, krijgen de passagiers compensatie ten belope van:

a) 250 EUR voor alle vluchten tot en met 1 500 km;

b) 400 EUR voor alle intracommunautaire vluchten van meer dan 1 500 km, en voor alle andere vluchten tussen 1 500 en 3 500 km;

9 — Zie punt 11 hieronder.

10 — Zie punt 10 hieronder.

c) 600 EUR voor alle niet onder a of b vallende vluchten.

Bij de bepaling van de afstand wordt gekeken naar de laatste bestemming waar de passagier als gevolg van de instapweigering of annulering na de geplande tijd zal aankomen.

2. Indien de passagiers een andere vlucht naar hun eindbestemming wordt aangeboden overeenkomstig artikel 8, en de aankomsttijd niet meer dan hieronder vermeld afwijkt van de geplande aankomsttijd van de oorspronkelijk geboekte vlucht:

a) twee uur voor alle vluchten van 1 500 km of minder, of

b) drie uur voor alle vluchten binnen de Gemeenschap van meer dan 1 500 km en voor alle andere vluchten tussen 1 500 en 3 500 km, of

c) vier uur voor alle vluchten die niet onder a of b vallen,

kan de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert de compensatiebedragen vermeld in lid 1 met 50 % verlagen.

[…]”

10. Artikel 8, met als opschrift „Recht op terugbetaling of een andere vlucht”, bepaalt:

„1. Wanneer naar dit artikel wordt verwezen, krijgen de passagiers de keuze tussen:

a) — volledige terugbetaling van het ticket binnen zeven dagen, […] tegen de prijs waarvoor het gekocht was, voor het gedeelte of de gedeelten van de reis die niet zijn gemaakt en voor het gedeelte en de gedeelten die reeds zijn gemaakt indien verder reizen in het licht van het oorspronkelijke reisplan van de passagier geen zin meer heeft, alsmede in voorkomend geval,

— een retourvlucht naar het eerste vertrekpunt bij de eerste gelegenheid;

b) een andere vlucht onder vergelijkbare vervoersvoorwaarden naar hun eindbestemming bij de eerste gelegenheid; of

c) een andere vlucht onder vergelijkbare vervoersvoorwaarden naar hun eindbestemming, op een latere datum naar keuze van de passagier, indien er plaats beschikbaar is.

[…]”

11. Artikel 9, „Recht op verzorging”, somt de soorten verzorging op waarop passagiers recht hebben:

„1. Wanneer naar dit artikel wordt verwezen, krijgen de passagiers gratis:

a) maaltijden en verfrissingen, in redelijke verhouding tot de wachttijd;

b) hotelaccommodatie in gevallen

— waarin een verblijf van één of meer nachten noodzakelijk wordt, of

of

— waarin een langer verblijf noodzakelijk wordt dan het door de passagier geplande verblijf;

c) vervoer tussen de luchthaven en de plaats van de accommodatie (hotel of andere accommodatie).

2. Bovendien kunnen de passagiers twee gratis telefoongesprekken of telex-, fax- of e-mailberichten verzenden.

3. […]”

De hoofdgedingen en de prejudiciële vragen

Zaak Sturgeon (C-402/07)

12. Sturgeon en zijn echtgenote hadden voor zichzelf en hun twee kinderen bij Condor Flugdienst GmbH (hierna: „Condor") een retourvlucht van Frankfurt naar Toronto geboekt. Ik zal het gezin gezamenlijk „de Sturgeons" noemen.

13. De Sturgeons zouden Toronto op 9 juli 2005 om 16.20 uur verlaten, maar in werkelijkheid zijn zij pas de dag daarop vertrokken. Zij kwamen ongeveer 25 uur later dan gepland op 11 juli 2005 om 7.00 of 7.15 uur in Frankfurt aan.

14. De Sturgeons stellen dat de gezagvoerder op 9 juli 2005 omstreeks 23.30 uur heeft meegedeeld dat de vlucht werd geannuleerd („cancelled"). Zo stond het ook op het vertrekbord. De reeds afgegeven bagage werd de passagiers weer overhandigd. Zij werden naar een hotel gebracht om te overnachten. Daar kwamen zij om 2.30 uur aan. De volgende dag moesten zij bij de balie van een andere luchtvaartmaatschappij opnieuw inchecken, kregen zij andere zitplaatsen dan de dag ervoor en moesten zij opnieuw door de veiligheidscontrole. Het vluchtnummer van de een dag later uitgevoerde terugvlucht kwam echter overeen met de boeking.

15. De Sturgeons zijn van mening dat, gelet op al die omstandigheden, vooral de duur van de vertraging, namelijk 25 uur, er geen sprake was van vertraging maar van annulering, zodat zij recht hebben op de bij een annulering verschuldigde compensatie van 600 EUR per persoon. [11]

16. Volgens Condor was de vlucht enkel vertraagd.

17. Het Amtsgericht Rüsselsheim oordeelde dat de vlucht vertraagd was en niet geannuleerd. Het heeft de vordering tot compensatie van de Sturgeons dan ook afgewezen.

18. Hun hoger beroep werd door het Landgericht Darmstadt verworpen, hoewel het hun verzoek om beroep in Revision bij het

11 — Daarnaast vorderen zij schadevergoeding voor inkomensderving, nutteloze zitplaatsreserveringen en vervallen treinkaartjes. Subsidiair vorderen zij terugbetaling van 30 % van het ticket. Geen van deze vorderingen is echter relevant voor de voorgelegde vragen.

Bundesgerichtshof toestond omdat het wezenlijke onderscheid tussen „annulering" en „vertraging" onduidelijk is.

19. Het Bundesgerichtshof meende dat de beslissing op het beroep van de Sturgeons afhing van de uitlegging van artikel 2, sub l, en eventueel artikel 5, lid 1, sub c, van de verordening. Het heeft de procedure daarom geschorst en het Hof van Justitie de volgende vragen voorgelegd:

„1. Is voor de uitlegging van het begrip ‚annulering' bepalend dat de oorspronkelijke vluchtplanning wordt opgegeven, zodat er bij een vertraging, ongeacht de duur ervan, geen sprake is van annulering indien de luchtvaartmaatschappij de planning van de oorspronkelijke vlucht niet opgeeft?

2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: onder welke omstandigheden is bij een vertraging van de geplande vlucht niet langer sprake van een vertraging, maar van annulering? Is de duur van de vertraging daarbij bepalend?"

Zaak Böck and Lepuschitz (C-432/07)

20. Böck en Lepuschitz boekten bij Air France SA (hierna: „Air France") een vlucht van Wenen naar Mexico City. Hun reis was verdeeld in de volgende trajecten: 18 februari 2005 Wenen-Parijs en Parijs-Mexico City; 7 maart 2005 Cancun-Mexico City en Mexico City-Parijs; 8 maart 2005 Parijs-Wenen.

21. Bij het inchecken voor de vlucht AF439 uit Mexico City op 7 maart 2005 om 21.30 uur werd Böck en Lepuschitz nog vóór de eigenlijke incheckprocedure meegedeeld dat deze vlucht was geannuleerd vanwege een technisch probleem. Op hun vraag naar een alternatieve vlucht werden hun plaatsen voor een vlucht met Continental Airlines (hierna: „Continental"), vluchtnummer CO1725Y, aangeboden, die op 8 maart 2005 om 12.20 uur Mexico City verliet.

22. Böck en Lepuschitz namen dit aanbod aan. Om een ticket te verkrijgen, moesten zij eerst een bevestiging bij het bureau van Air France in Mexico City aanvragen, waarmee zij dan tickets konden afhalen aan het loket van Continental. Air France bood hun een hotelovernachting, maaltijden en vervoer naar en van het hotel aan. Uiteindelijk kwamen Böck en Lepuschitz met 21 uur vertraging in Wenen aan.

23. De overige passagiers van vlucht AF439 van 7 maart 2005, die niet werden overgeboekt naar de vlucht van Continental, namen op 8 maart 2005 een vlucht van Mexico City naar Parijs met code FGSPV. Deze vertrok om 19.35 uur met een iets ander vluchtnummer (AF439A) en kwam op 9 maart 2005 om 13.09 uur in Parijs aan, in parallel met de reguliere vlucht van Air France op 8 maart.

24. Böck en Lepuschitz vorderen van Air France elk 600 EUR als compensatie voor de annulering van hun vlucht, overeenkomstig artikel 5 juncto artikel 7, lid 1, sub c, van de verordening.

25. In eerste aanleg wees het Bezirksgericht für Handelssachen Wien de vordering af, omdat de vlucht van 7 maart 2005 vertraagd was, maar niet geannuleerd in de zin van de verordening, en er bij een gewone vertraging geen recht op compensatie bestaat.

26. Böck en Lepuschitz gingen in beroep bij het Handelsgericht Wien, dat besloot het Hof van Justitie de volgende vragen voor te leggen:

„1) Moet artikel 5 junctis de artikelen 2, sub l, en 6 van verordening (EG) nr. 261/2004 […] aldus worden uitgelegd dat een vertraging van 22 uur bij vertrek een ‚vertraging' in de zin van artikel 6 is?

2) Moet artikel 2, sub l, van verordening (EG) nr. 261/2004 aldus worden uitgelegd dat in gevallen waarin luchtreizigers op een veel later tijdstip (22 uur) onder een aanvullend vluchtnummer (het oorspronkelijke vluchtnummer met de aanvulling ‚A') worden vervoerd, waarbij slechts een — zij het ook groot — deel van de oorspronkelijk geboekte luchtreizigers samen met andere, oorspronkelijk niet geboekte luchtreizigers worden vervoerd, er sprake is van ‚annulering' in plaats van ‚vertraging'?

Indien het antwoord op de tweede vraag bevestigend luidt:

3) Moet artikel 5, lid 3, van verordening (EG) nr. 261/2004 aldus worden uitgelegd dat een technisch gebrek aan het

vliegtuig en de daardoor veroorzaakte wijzigingen van de dienstregeling van de vlucht buitengewone omstandigheden zijn (die ook dan niet hadden kunnen worden vermeden, wanneer alle redelijke maatregelen waren getroffen)?"

27. De Sturgeons, Böck en Lepuschitz, Condor, Air France, de Oostenrijkse, de Franse, de Griekse, de Italiaanse, de Poolse en de Zweedse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

28. De Sturgeons, Böck en Lepuschitz, Condor, de Griekse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben ter terechtzitting opmerkingen gemaakt.

Het onderscheid tussen „vertraging" en „annulering"

29. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter in de zaak Sturgeon te vernemen of het voor een „annulering" van wezenlijk belang is dat de oorspronkelijke vluchtplanning wordt opgegeven, en zo niet, of een vertraging na verloop van een bepaalde tijd een annulering kan worden. Met de eerste en de tweede vraag in de zaak Böck en Lepuschitz wordt het Hof gevraagd of een vertraging van 22 uur nog een „vertraging" in de zin van artikel 6 van de verordening is of dat een dergelijke vertraging, indien een deel van de op de oorspronkelijke vlucht geboekte passagiers met een vlucht onder een ander vluchtnummer wordt vervoerd, niet eerder een annulering is.

30. Beide verwijzende rechters wensen in wezen te vernemen hoe een „vertraging" is te onderscheiden van een „annulering" in de zin van artikel 2, sub l, van de verordening, en of een „vertraging" na verloop van een bepaalde tijd als een „annulering" in de zin van de verordening kan worden beschouwd.

Voorafgaande opmerking — ontstaansgeschiedenis van de verordening

31. In punt 20 van de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel voor een verordening [12] merkte de Commissie op dat „[a]nnulering door een exploitant […] neer[komt] op een weigering om de dienst te verlenen die contractueel verschuldigd is, behalve in uitzonderlijke omstandigheden, zoals politieke instabiliteit, extreme weers-

12 — Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten, COM(2001) 784 def. (hierna: „toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van de Commissie").

omstandigheden, ontoereikende beveiliging of onverwachte technische problemen waardoor de veiligheid in gevaar wordt gebracht, zaken waarvoor de exploitant niet verantwoordelijk kan worden gehouden. Een passagier ondervindt bij annuleringen in normale omstandigheden, om commerciële redenen, onaanvaardbare ongemakken en vertragingen, vooral wanneer hij of zij niet van tevoren gewaarschuwd wordt." In punt 23 stelde zij: „Hoewel de passagiers dezelfde ongemakken en frustratie ondervinden van vertragingen als van instapweigering of annulering, is de situatie hier in zoverre verschillend dat een luchtvaartmaatschappij verantwoordelijk is voor instapweigering of annuleringen (behalve in gevallen waarin de maatschappij niet verantwoordelijk kan worden gehouden), maar niet altijd voor vertragingen. Andere vaak voorkomende oorzaken zijn de luchtverkeersbeheersystemen en de grenzen aan de capaciteit van luchthavens. Zoals reeds gezegd in de mededeling over de bescherming van luchtreizigers, is de Commissie van mening dat onder die omstandigheden de luchtvaartmaatschappijen niet verplicht moeten worden om het oponthoud van passagiers te compenseren."

32. Het is niet zo eenvoudig om de gedachtegang achter het onderscheid dat de Commissie maakte te zien. In de toelichting wordt eerst gesteld dat luchtvaartmaatschappijen altijd verantwoordelijk zijn voor annuleringen, behalve in uitzonderlijke omstandigheden (een beginsel dat later in de tekst van artikel 5 van de verordening is opgenomen, waar de „uitzonderlijke omstandigheden" van de Commissie zijn omgedoopt in „buitengewone omstandigheden").[13] Vervolgens wordt in de toelichting een aantal omstandigheden genoemd waarin luchtvaartmaatschappijen (objectief) niet verantwoordelijk zijn voor vertragingen. Net als de eerder genoemde „uitzonderlijke omstandigheden" bij annulering zijn dit omstandigheden waarvoor de luchtvaartmaatschappij (objectief) niet verantwoordelijk is. Men zou verwachten dat de toelichting daarna (voor zowel geannuleerde als vertraagde vluchten) zou voorstellen dat van luchtvaartmaatschappijen niet kan worden gevergd dat zij compensatie betalen als de vertraging of annulering hun objectief niet kon worden verweten. In plaats daarvan stelt de toelichting zich tevreden met de loutere stelling dat „de Commissie van mening [is] dat onder die omstandigheden de luchtvaartmaatschappijen niet verplicht moeten worden om het oponthoud van passagiers te compenseren".

33. De in het voorstel van de Commissie voorgestelde compensatie bij annulering was dezelfde als bij instapweigering en moest volgens punt 11 van de toelichting „een als ontmoediging bedoelde hoge compensatie" zijn. In punt 14 werd de berekening nader toegelicht: „Om exploitanten ervan te weerhouden een passagier, ongeacht de klasse waarin hij of zij reist, de toegang tot het vliegtuig te weigeren, stelt de Commissie een vast compensatietarief voor van tweemaal het bedrag van de meeste business classtarieven."

13 — Zie de punten 98-101 hieronder.

34. Mogelijk is het onderscheid tussen „annulering" en „vertraging" dat de Commissie in haar voorstel in gedachten had niet gebaseerd op het effect op passagiers maar op de mate van verantwoordelijkheid van de luchtvaartmaatschappij — het verschil tussen een bewuste beslissing een vlucht om commerciële redenen te annuleren („annulering"), die door hoge compensaties ontmoedigd zou moeten worden, en een oprechte poging om passagiers bij externe moeilijkheden naar hun bestemming te vervoeren, hoe verlaat ook („vertraging"). In een dergelijk geval hoeven luchtvaartmaatschappijen enkel een bepaald niveau van bijstand te verstrekken. Als dit klopt, is er een zekere verwarring tussen „oorzaak" en „schuld". Het valt niet zwaar een casus te bedenken waarin een oprechte poging om passagiers zo snel mogelijk naar hun bestemming te vervoeren, kan meebrengen dat de geplande vlucht wordt geannuleerd (omdat duidelijk is dat hij nooit op tijd kan vertrekken) en ervoor wordt gezorgd dat de passagiers met een andere vlucht mee kunnen. [14] Een vertraging van een vlucht waarop slechts enkele passagiers zijn geboekt zou daarentegen om in wezen commerciële redenen verlengd kunnen worden, omdat de luchtvaartmaatschappij het eerste beschikbare vervangende vliegtuig gebruikt om een andere vlucht, waarop meer passagiers waren geboekt, eerst uit de brand te helpen. [15] Als het beginsel achter het voorstel van de Commissie was dat luchtvaartmaatschappijen enkel compensatie moeten betalen als zij verwijtbaar hebben gehandeld, zou men een bepaling verwachten over het identificeren (en bestraffen) van vertragingen op commerciële gronden.

35. Het lijkt erop dat dit onderscheid in de loop van het wetgevingsproces geen bijzondere rol meer heeft gespeeld, vooral nadat de compensatie was gereduceerd. Het valt zwaar, uit de tekst zoals die uiteindelijk is vastgesteld criteria voor het onderscheid tussen „annulering" en „vertraging" af te leiden.

Waarom is het onderscheid tussen de begrippen vertraging en annulering van belang?

36. Artikel 2, sub l, van de verordening omschrijft „annulering" als „het niet uitvoeren van een geplande vlucht waarop ten minste één plaats was geboekt". De verordening bevat geen definitie van de term „vertraging". „Vertraging" wordt ook niet gedefinieerd in het Verdrag van Warschau of het Verdrag van Montreal. Artikel 19 van het Verdrag van Montreal bepaalt enkel in tamelijk algemene termen dat de vervoerder aansprakelijk is voor schade voortvloeiend uit „vertraging in het luchtvervoer van passagiers, bagage of goederen". Die zinsnede dekt veel, zo niet alle, gevallen die onder „annulering van een vlucht" vallen en is veel breder dan „vertraging van vluchten" in de verordening.

37. In de verordening is het onderscheid tussen „vertraging" en „annulering" wel degelijk van belang. Artikel 5 van de verordening

14 — Aangezien annulering krachtens artikel 7 van de verordening ertoe leidt dat de passagiers moeten worden gecompenseerd, is het perverse resultaat in dit voorbeeld dat het voor de luchtvaartmaatschappij (maar niet voor de passagiers) „beter" is de vlucht enkel te vertragen.

15 — Zie de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de verwijzing in de zaak Kramme (C-396/06), uiteengezet in mijn conclusie bij deze zaak (beschikbaar op de website van het Hof). De verwijzing is ingetrokken voordat arrest werd gewezen.

verleent passagiers wier vlucht is geannuleerd, recht op een nader omschreven compensatie. Artikel 6 van de verordening bevat geen soortgelijke bepaling over compensatie bij vertraging.

38. De verordening heeft de grote verdienste automatisch compensatie toe te kennen aan passagiers wier vlucht is geannuleerd. Zoals de Poolse regering echter in haar opmerkingen aanvoert, kan het onderscheid tussen annulering en vertraging dat bij de verordening is ingevoerd, ertoe leiden dat passagiers in situaties die objectief vergelijkbaar zijn, verschillend worden behandeld.

39. Dan rijst onvermijdelijk de (fundamentele) vraag of de verordening het beginsel van gelijke behandeling schendt.

Impact van het beginsel van gelijke behandeling

40. Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld. [16]

41. In de zaak IATA en ELFAA werd de geldigheid van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening in het licht van het beginsel van gelijke behandeling ter discussie gesteld, maar vanuit het gezichtspunt van de luchtvaartmaatschappijen, niet van de passagiers.

42. ELFAA stelde dat de „low fare airlines" die zij vertegenwoordigde, werden gediscrimineerd aangezien de in deze artikelen voorziene maatregelen aan alle luchtvaartmaatschappijen dezelfde verplichtingen opleggen, zonder onderscheid te maken naar hun prijsbeleid en de diensten die zij aanbieden. ELFAA stelde daarnaast dat het gemeenschapsrecht deze verplichtingen niet aan andere vervoermiddelen oplegt en, impliciet, dat het discriminerend is om enkel het luchtvervoer op deze manier te behandelen.

43. Het Hof oordeelde dat de situatie van ondernemingen in verschillende vervoerssectoren niet vergelijkbaar is en dat passagiers die te kampen hebben met annulering of lang-

16 — Zie bijvoorbeeld arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 95), en 10 juli 2008, Emirates Airlines (C-173/07, Jurispr. blz. I-5237, punt 39).

durige vertraging van vluchten, in een situatie verkeren die objectief verschilt van de situatie van passagiers van andere transportmiddelen bij incidenten van dezelfde aard. Bovendien is de schade die passagiers van luchtvaartmaatschappijen in geval van annulering of langdurige vertraging van vluchten lijden vergelijkbaar, ongeacht met welke maatschappij zij een overeenkomst hebben gesloten, en niet gerelateerd aan het prijsbeleid van deze maatschappijen. [17] Het Hof concludeerde dat de communautaire wetgever, „[o]m niet in strijd te handelen met het gelijkheidsbeginsel, […] gelet op het doel van de verordening, een betere bescherming van alle passagiers van luchtvaartmaatschappijen, alle luchtvaartmaatschappijen gelijk [moest] behandelen". [18]

44. In de zaak IATA en ELFAA bevestigde het Hof uitdrukkelijk dat het primaire doel van de verordening is de bescherming voor alle vliegtuigpassagiers te vergroten. Deze opvatting vormt de basis van de analyse van het Hof en van de verwerping van de argumenten van ELFAA. ELFAA betoogde dat luchtvervoer en andere vormen van vervoer vergelijkbaar zijn. Volgens het Hof is dat niet het geval voor passagiers die worden geconfronteerd met annulering of langdurige vertraging. ELFAA betoogde dat luchtvaartmaatschappijen met een geregelde dienst en budgetmaatschappijen niet vergelijkbaar zijn. Volgens het Hof is dat wel het geval voor passagiers die worden geconfronteerd met annulering of langdurige vertraging. Kortom, ELFAA verzocht het Hof de verordening te onderzoeken vanuit het gezichtspunt van de luchtvaartmaatschappijen. Het Hof wees deze benadering af en onderzocht het betoog van ELFAA (en de verordening) vanuit het *gezichtspunt van de passagiers.*

45. Daarnaast verdient vermelding dat het Hof passagiers wier vluchten waren geannuleerd en passagiers wier vluchten langdurige vertraging hadden opgelopen in zijn hele analyse als *een enkele categorie* behandelde.

46. Zoals het Hof het uitdrukte in de zaak Société Arcelor Atlantique en Lorraine e.a., veronderstelt een „[s]chending van het beginsel van gelijke behandeling door een verschil in behandeling […] dat de betrokken situaties gelet op alle kenmerken daarvan vergelijkbaar zijn". Deze kenmerken, en daarmee hun vergelijkbaarheid, „moeten met name worden bepaald en beoordeeld *tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de gemeenschapshandeling* die het betrokken onderscheid invoert. Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken handeling valt." [19]

17 — Wat de aard van de schade betreft, heeft het Hof in punt 43 uitgemaakt dat elke vertraging in het vervoer van passagiers door de lucht, in het bijzonder langdurige vertraging, over het algemeen twee soorten schade kan veroorzaken. Enerzijds zal een te grote vertraging schade veroorzaken die voor alle passagiers vrijwel identiek is en die kan worden gecompenseerd door onmiddellijk gestandaardiseerde bijstand of verzorging aan alle belanghebbenden te verlenen, bijvoorbeeld de verstrekking van verfrissingen, maaltijden, accommodatie en de gelegenheid tot het voeren van telefoongesprekken. Anderzijds kunnen passagiers individuele schade lijden die aan de reden van hun verplaatsing inherent is, en waarvan de vergoeding van geval tot geval moet worden beoordeeld naargelang van de omvang van de veroorzaakte schade. Deze schade kan derhalve slechts achteraf en op individuele basis worden vergoed.

18 — IATA en ELFAA, aangehaald in voetnoot 16, punten 94-98; zie ook Emirates Airlines, punt 35.

19 — Arrest van 16 december 2008, Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, Jurispr. blz. I-9895, punten 25 en 26) (cursivering van mij), waarin wordt verwezen naar de arresten van 27 oktober 1971, Rheinmühlen Düsseldorf (6/71, Jurispr. blz. 823, punt 14); 19 oktober 1977, Ruckdeschel e.a. (117/76 en 16/77, Jurispr. blz. 1753, punt 8); 5 oktober 1994, Duitsland/Raad (C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punt 74), en 10 maart 1998, T. Port (C-364/95 en C-365/95, Jurispr. blz. I-1023, punt 83).

47. In het arrest IATA en ELFAA stelt het Hof ondubbelzinnig dat het doel van artikel 5 (annulering) en artikel 6 (vertraging) van de verordening duidelijk blijkt uit de eerst twee punten van de considerans, waarin staat dat het optreden van de Gemeenschap onder meer gericht moet zijn op waarborging van een hoog niveau van bescherming van de passagiers en de eisen op het gebied van consumentenbescherming in het algemeen in acht moet nemen, aangezien annulering of langdurige vertraging van vluchten voor passagiers ernstig ongemak met zich meebrengt. [20]

48. Het Hof identificeerde de bescherming van passagiers in het arrest IATA en ELFAA duidelijk als „het onmiddellijke doel" of het „onmiddellijke doel, dat door de communautaire wetgever expliciet wordt uiteengezet", hoewel het aanvaardde dat de verordening impliciet andere, secundaire doelstellingen kan hebben (bijvoorbeeld het aantal annuleringen en langdurige vertragingen van vluchten door preventieve maatregelen terugdringen). [21]

49. Deze benadering wordt ondersteund door het feit dat de reikwijdte van de verschillende door de communautaire wetgever voorziene maatregelen, zoals het Hof opmerkte, varieert „naargelang van de omvang van de door de passagiers geleden schade, die wordt beoordeeld aan de hand van hetzij de duur van de vertraging en het wachten op de volgende vlucht, hetzij de tijd die is verlopen totdat de belanghebbenden in kennis zijn gesteld van de annulering van de vlucht". [22] Hoewel het referentiepunt dat wordt gebruikt voor het berekenen van de tijdsduur uiteenloopt, wordt zowel bij annulering als bij langdurige vertraging de omvang van de schade geëvalueerd aan de hand van de verlopen tijd.

50. Versterking van de consumentenbescherming is bovendien een van de in artikel 3, lid 1, sub t, EG uitdrukkelijk genoemde taken die de Gemeenschap moet uitvoeren teneinde de in artikel 2 EG genoemde algemene doelstellingen te bereiken. [23]

51. Ongeacht de ernst van het veroorzaakte ongemak bepaalt de verordening echter dat de annulering van een vlucht automatisch een recht op compensatie oplevert (artikel 7), maar een vertraging nooit. Zoals gesuggereerd wordt in de verwijzingsbeschikking in de zaak Sturgeon en de Commissie ter terechtzitting heeft aangegeven, lijkt de veror-

20 — Arrest IATA en ELFAA, aangehaald in voetnoot 16, punt 69; arrest van 22 december 2008, Wallentin-Hermann (C-549/07, Jurispr. blz. I-11061, punt 18). Punt 2 van de considerans van de verordening noemt „annulering of langdurige vertraging van vluchten" in één adem, zonder onderscheid te maken.

21 — Arrest IATA en ELFAA, aangehaald in voetnoot 16, punten 82 en 83, en de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed, punten 121 en 122.

22 — Arrest IATA en ELFAA, aangehaald in voetnoot 16, punt 85.

23 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak IATA en ELFAA, punten 117-119, waar hij verwijst naar artikel 153, lid 2, EG (waarin de gemeenschapswetgever wordt opgedragen op andere gebieden rekening te houden met de eisen van consumentenbescherming) en artikel 95, lid 3, EG (waarin een hoog niveau van consumentenbescherming wordt geëist) en concludeert dat consumentenbescherming ongetwijfeld een in het Verdrag uitdrukkelijk gesteld, legitiem doel is.

dening gebaseerd op de aanname dat een annulering noodzakelijkerwijs meer ongemak meebrengt voor de passagiers en dus een hoger niveau van bescherming verdient dan een „gewone" vertraging. [24]

52. Het is mij volstrekt niet duidelijk waarom dat zo zou zijn. De Commissie erkent in haar opmerkingen ook dat annuleringen in feite niet altijd meer ongemak veroorzaken dan vertragingen.

53. Stel dat passagier A en passagier B beiden een vlucht van Brussel naar New York hebben geboekt bij verschillende luchtvaartmaatschappijen, die beide om 8.30 uur vertrekken. Wanneer passagier A op de luchthaven arriveert, wordt hem gezegd dat zijn vlucht is geannuleerd. Hem wordt een plaats aangeboden op een andere vlucht naar New York, die een dag later om 8.30 uur vertrekt. Passagier B wordt bij aankomst op de luchthaven gezegd dat zijn vlucht is vertraagd. Zijn vlucht vertrekt uiteindelijk tegelijkertijd met de nieuwe vlucht van passagier A, namelijk een dag na de geplande vertrektijd. Passagier A en passagier B arriveren tegelijkertijd in New York. De situatie van de twee passagiers is in feite identiek, maar krachtens de verordening heeft alleen passagier A recht op automatische compensatie.

54. Het onderscheid tussen annulering en vertraging dat de verordening nu maakt, lijkt dus in strijd met het doel ervan.

55. Dat wordt nog duidelijker als wordt bedacht dat de verordening het (perverse) resultaat kan hebben dat passagiers die groter ongemak hebben ondervonden, geen recht hebben op automatische compensatie, en zij die een kleiner ongemak hebben ondervonden wel. Laten we veronderstellen dat dezelfde passagiers A en B (duidelijk „frequent flyers") beiden een vlucht van Brussel naar New York hebben geboekt bij verschillende luchtvaartmaatschappijen, die beide om 10.30 uur vertrekken. Wanneer passagier A op de luchthaven arriveert, ontdekt hij dat zijn vlucht is geannuleerd. De luchtvaartmaatschappij biedt hem echter meteen een alternatieve vlucht aan met een andere luchtvaartmaatschappij die om 11.00 uur vertrekt. Wanneer passagier B op de luchthaven aankomt, wordt hij ervan op de hoogte gesteld dat zijn vlucht vertraagd is. Zijn vlucht vertrekt uiteindelijk om 22.30 uur, ofwel 12 uur na de geplande vertrektijd. Het spreekt voor zich dat het ongemak voor passagier B groter was.

56. Passagier A (die nauwelijks tegenslag heeft ondervonden) kan krachtens de artikelen 5, lid 1, sub c, en 7 van de verordening compensatie vorderen. Passagier B heeft, terwijl de uren voorbijtikken, enkel recht op maaltijden en verfrissingen [25], twee gratis telefoongesprekken (of telex-, fax- of e-mail-

24 — Vergelijk de punten 12 (annulering) en 17 (vertraging) van de considerans van de verordening. De uiteenlopende oplossingen die daarin worden voorgesteld, zijn in tegenspraak met punt 2 van deze considerans, waarin wordt erkend dat „[i]nstapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten […] voor passagiers ernstige moeilijkheden en ongemak met zich" brengen.

25 — Artikel 6, lid 1, sub c-i, juncto artikel 9, lid 1, sub a. Omdat de vlucht in mijn voorbeeld een trans-Atlantische is, moet passagier B vier uur wachten voordat hij krachtens artikel 9 een „recht op verzorging" heeft.

berichten) [26], en dan (na vijf uur) het recht te kiezen voor terugbetaling van het ticket als wachten geen zin meer heeft. [27] Het recht op verzorging is ongetwijfeld waardevol, maar het is beslist niet gelijk te stellen met de compensatie die passagier A ontvangt.

57. In de toelichting bij het voorstel voor de verordening becommentarieert de Commissie het onderscheid tussen annulering en vertraging tegen de achtergrond van de doelstelling van vergroting van de bescherming van consumenten als volgt: „Hoewel de passagiers dezelfde ongemakken en frustratie ondervinden van vertragingen als van instapweigering of annulering, is de situatie hier in zoverre verschillend dat een luchtvaartmaatschappij verantwoordelijk is voor instapweigering of annuleringen (behalve in gevallen waarin de maatschappij niet verantwoordelijk kan worden gehouden), maar niet altijd voor vertragingen." [28]

26 — Idem, in samenhang met artikel 9, lid 2.
27 — Artikel 6, lid 1, sub c-iii, juncto artikel 8, lid 1, sub a.
28 — Toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van de Commissie, aangehaald in voetnoot 12, punt 23.

58. Deze verklaring blijkt bij toetsing niet houdbaar.

59. De Commissie erkent expliciet dat het ongemak dat passagiers ondervinden vergelijkbaar is, of hun vlucht nu langdurig vertraagd is of geannuleerd. Als dat klopt (en daar lijkt het wel op), ligt het in de lijn der verwachting dat de twee categorieën passagiers op dezelfde manier worden behandeld, omdat beide evenveel bescherming nodig hebben en verdienen (maar dat is niet het geval). De Commissie zegt vervolgens dat het verschil tussen annulering en vertraging (en, ten minste impliciet, de rechtvaardiging voor het verschil in behandeling) is dat de luchtvaartmaatschappij altijd verantwoordelijk is voor annuleringen (behalve wanneer ze dat niet is) en niet altijd verantwoordelijk is voor vertragingen (behalve, vermoedelijk, wanneer ze dat wel is). Dat is een onderscheid zonder verschil.

60. De achterliggende reden (opnieuw, tegen de achtergrond van een vergroting van de consumentenbescherming) moet zijn geweest dat de luchtvaartmaatschappij, als zij niet *verantwoordelijk* is voor het ongemak (of dat nu veroorzaakt is door annulering of langdurige vertraging), geen compensatie zou hoeven betalen, en dat ze, als ze *wel* verantwoordelijk is, wel moet betalen. Anders gezegd, het criterium voor compensatie is niet causaliteit, maar schuld (in de ruime zin) van de luchtvaartmaatschappij.

61. Als dat juist is, is daarmee nog niet verklaard waarom passagiers die ongemak ondervinden van een annulering en passagiers die ongemak ondervinden van een langdurige vertraging anders worden behandeld. Zowel langdurige vertraging als annulering kan de verantwoordelijkheid van de luchtvaartmaatschappij zijn (of niet). Het verschil in behandeling uit hoofde van de verordening hangt echter niet af van de vraag of de luchtvaartmaatschappij verwijtbaar heeft gehandeld; het hangt er enkel van af of het gebeurde wordt geclassificeerd als een vertraging of als een annulering. In de totstandkomingsgeschiedenis van de verordening kan geen andere, objectieve verklaring voor de verschillende behandeling worden gevonden.

62. De verschillende behandeling lijkt dus niet te stroken met het beginsel van gelijke behandeling.

63. Dat wordt bevestigd door het feit dat het Hof in het arrest IATA en ELFAA duidelijk en ondubbelzinnig heeft uitgemaakt dat consumentenbescherming het primaire doel van de verordening is. Vanuit het gezichtspunt van de passagiers worden personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, verschillend behandeld, ten voordele van de ene categorie (passagiers wier vlucht is geannuleerd) en ten nadele van de andere (passagiers wier vlucht langdurig vertraagd is).

64. Op het eerste gezicht lijkt het er ook op dat het primaire doel van de verordening (vergroting van de consumentenbescherming) kan worden verwezenlijkt met maatregelen die het gelijkheidsbeginsel wel degelijk in acht nemen. Het is natuurlijk aan de gemeenschapswetgever om dergelijke maatregelen te onderzoeken en vast te stellen. [29]

65. Afgezien van een korte vermelding door de Poolse regering zijn in de onderhavige zaak geen argumenten aangedragen over de potentiële impact van het beginsel van gelijke behandeling op de voorgelegde vragen. De mogelijkheid dat een onderzoek naar het onderscheid tussen vertraging en annulering zou kunnen leiden tot de conclusie dat de verordening deze begrippen gebruikt op een manier die dit fundamentele beginsel van EG-recht schendt, is derhalve in generlei opzicht toereikend behandeld. Ik ben me ervan bewust dat er misschien tegenargumenten zijn die ik over het hoofd heb gezien. Zowel de instellingen als de lidstaten moeten de gelegenheid hebben om mijn analyse te becommentariëren en te argumenteren dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

29 — Bij wijze van voorbeeld: automatische compensatie zou beperkt kunnen worden tot gevallen van annulering zonder dat binnen een bepaalde periode (bijvoorbeeld twee uur) een alternatieve vlucht wordt aangeboden, en automatische compensatie zou geboden kunnen worden bij vertragingen die langer duren dan dezelfde periode. Bij annulering zou de luchtvaartmaatschappij (net als nu) niet verplicht zijn financiële compensatie te verstrekken als ze kan bewijzen dat de vertraging of annulering veroorzaakt werd door buitengewone omstandigheden die niet voorkomen hadden kunnen worden, zelfs niet als alle redelijke maatregelen waren genomen. Een vergelijkbare bepaling zou nodig zijn voor vertragingen waarvoor de luchtvaartmaatschappij aantoonbaar niet verantwoordelijk is. Indien noodzakelijk en passend kan de periode naargelang van de afstand van de vlucht variëren (zoals in de vigerende artikelen 6, lid 1, en 7, lid 2, van de verordening). Een dergelijke regeling zou volgens mij ook voldoen aan de vereisten van proportionaliteit (uitdrukkelijk genoemd in het arrest IATA en ELFAA, aangehaald in voetnoot 16, punt 79).

66. Ik geef het Hof daarom in overweging de mondelinge behandeling te heropenen en de lidstaten, de Commissie, het Europees Parlement en de Raad uit te nodigen opmerkingen te maken.

67. Mocht het Hof dit voorstel afwijzen, dan merk ik het volgende op over de mogelijkheid de verordening in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel uit te leggen. [30]

Aanwijzingen dat een vlucht is geannuleerd

68. Factoren die voor het Hof, in de nationale rechtspraak en in de doctrine [31] zijn aangevoerd als aanwijzingen dat een vlucht mogelijk is geannuleerd zijn: verandering van luchtvaartmaatschappij, verandering van vliegtuig, verandering van vluchtnummer, verandering van luchthaven van vertrek of bestemming, teruggave van bagage aan de passagiers, nieuwe check-in voor passagiers, nieuwe zitplaatsen, overboeking van alle passagiers op een of meer andere vliegtuigen, uitgifte van nieuwe instapkaarten en het feit dat de vlucht volgens de piloot (of ander personeel van de luchtvaartmaatschappij) of het vertrekbord is „geannuleerd".

69. Al deze factoren kunnen logisch gesproken aanwijzigingen opleveren dat een vlucht is geannuleerd in plaats van enkel vertraagd. Hoe meer van deze factoren zich tegelijk voordoen, hoe waarschijnlijker het is dat de vlucht inderdaad is geannuleerd. Ik denk echter niet dat één van deze factoren op zichzelf doorslaggevend kan zijn.

70. Wanneer een vliegtuig bijvoorbeeld aan de grond wordt gehouden, leidt dit niet automatisch tot annulering van de vlucht waarvoor het vliegtuig bestemd was. Een vervangend vliegtuig kan de vlucht nog altijd uitvoeren. [32] Of de passagiers met een enkel vervangend vliegtuig worden vervoerd of met meerdere lijkt mij geen factor van belang. [33]

71. De meeste andere aangevoerde factoren kunnen op dezelfde manier worden geanalyseerd. Ze zijn gangbaar in het luchtvervoer en komen ook voor bij vluchten die voor het

30 — Een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht moet voor zover mogelijk worden uitgelegd in overeenstemming met de bepalingen van het EG-Verdrag en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Zie bijvoorbeeld arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann e.a./Commissie (C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 174 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 — Zie bijvoorbeeld R. Schmid, „Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis — Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004", *NJW* 2006, blz. 1843; E. Gaedtke, „Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004", *Verbraucher und Recht* 2007, blz. 203 en 204; B. Wagner, „Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004", *VuR* 2006, blz. 338 en 339, en de in deze artikelen aangehaalde rechtspraak.

32 — Zie mijn conclusie in de zaak Kramme, aangehaald in voetnoot 15, punt 39.

33 — Deze factor wordt genoemd in de verwijzingsbeschikking van de zaak Böck en Lepuschitz.

overige normaal verlopen (zelfs bij niet-vertraagde vluchten).

72. De Commissie, ter terechtzitting gesteund door de raadslieden van Böck en Lepuschitz, Condor en de Griekse regering, stelt in haar schriftelijke opmerkingen dat een gewijzigd vluchtnummer [34] een sterke aanwijzing is dat een vlucht is geannuleerd. [35] Daar ben ik het mee eens.

73. Een nieuw vluchtnummer is echter geen onfeilbaar criterium om vertraagde van geannuleerde vluchten te onderscheiden. Het vluchtnummer kan ook worden veranderd om zuiver technische redenen waarop de luchtvaartmaatschappij geen invloed heeft, terwijl geen van de andere parameters van de vlucht verandert. [36] Onder dergelijke omstandigheden kan een ander vluchtnummer geen afdoende bewijs zijn voor een annulering. Omgekeerd wijst handhaving van hetzelfde vluchtnummer er niet noodzakelijkerwijs op dat de vlucht niet is geannuleerd.

74. Datzelfde geldt voor verklaringen van het personeel van de luchtvaartmaatschappij of de luchthaven dat de vlucht is geannuleerd. Ik kan me het eindeloze geruzie voor de nationale rechter al voorstellen over de vraag of het gekwelde personeelslid dat een passagier in het gedrang voor een bestormde balie heeft gezegd dat de vlucht was geannuleerd, bevoegd was een dergelijke uitspraak te doen (en of het personeelslid en de passagier een gemeenschappelijke taal hadden die zij beiden voldoende beheersten om misverstanden te voorkomen). Een aankondiging van de piloot of officiële vermelding op het vertrekbord is gezaghebbender, maar niet per se beslissend.

75. Aangezien geen van de genoemde factoren op zichzelf doorslaggevend is, moeten nationale rechters deze factoren, als er zich meerdere voordoen, in elk afzonderlijk geval wegen. Dat kan leiden tot aanzienlijke problemen met de rechtszekerheid. [37]

76. Het is ook duidelijk dat luchtvaartmaatschappijen zelf een aanzienlijke invloed hebben op een aantal van de factoren die

34 — Deze factor wordt eveneens genoemd in de verwijzingsbeschikking van de zaak Böck en Lepuschitz.

35 — In haar informatiedocument over de verordening stelt de Commissie eveneens dat een vlucht naar haar mening in het algemeen als geannuleerd kan worden beschouwd wanneer het vluchtnummer wordt veranderd voor het traject waarvoor de passagier een overeenkomst voor een specifieke dag en tijd heeft (Information Document of the Directorate-General for Energy and Transport: Answers to Questions on the application of Regulation n° 261/2004, p. 3, beschikbaar op http://ec.europa.eu/transport/air_portal/passenger_rights/doc/2008/q_and_a_en.pdf).

36 — Op een traject waarop een geregelde luchtvaartmaatschappij een dagelijkse dienst uitvoert is het bijvoorbeeld vrij waarschijnlijk dat de vluchten van maandag en dinsdag hetzelfde vluchtnummer hebben. Als dat zo is en de vlucht van maandag 24 uur vertraagd is, moet het vluchtnummer wel worden veranderd om verwarring bij de instructies van de luchtverkeersleiding te voorkomen, want de piloten van de vluchten van maandag en dinsdag zouden bijna tegelijkertijd het vertrek voorbereiden, een vertrekslot aanvragen, toestemming vragen om naar de startbaan te rijden enzovoort.

37 — Zie de punten 89 en 90 hierna.

kunnen worden gebruikt om vertraging van annulering te onderscheiden. Het is in hun economische belang stappen te nemen om ervoor te zorgen dat een incident wordt geclassificeerd als vertraging in plaats van als annulering, hoe lang de vertraging ook was, en (waar mogelijk) stellingen van passagiers dat de vlucht in werkelijkheid was geannuleerd, te betwisten. [38]

Tijd als factor bij het vaststellen van een annulering

77. In tegenstelling tot de hierboven genoemde factoren kan het verstrijken van de tijd niet gemanipuleerd worden. [39] Kan een „onredelijk lange" vertraging een de facto-annulering worden en zo het recht op compensatie van artikel 5, lid 1, sub c, van de verordening doen ontstaan?

78. De Sturgeons, Böck en Lepuschitz, de Oostenrijkse, de Franse, de Griekse, de Italiaanse, de Poolse en de Zweedse regering en de Commissie zijn van oordeel dat een vertraging na verloop van een bepaalde tijd als annulering mag worden geclassificeerd. De regering van het Verenigd Koninkrijk meent echter dat tijdsverloop als criterium voor het onderscheid tussen deze twee verschijnselen enkel bij gemeenschapswetgeving kan worden ingevoerd. Condor betoogt dat artikel 19 van het Verdrag van Montreal passagiers recht op schadevergoeding verleent als hun vlucht vertraagd is. De bescherming van passagiers vergt dus niet dat een langdurige vertraging als annulering in de zin van artikel 5 van de verordening wordt uitgelegd.

79. Over dit laatste argument kan ik kort zijn. Het Verdrag van Montreal is inderdaad van toepassing in de Gemeenschap. Het biedt compensatie op basis van het herstelbeginsel. Deze compensatie kan in individuele gevallen voordeliger zijn voor een passagier dan de automatische forfaitaire compensatie, zonder bewijs van werkelijke schade, waarin artikel 7, lid 1, van de verordening bij annulering van een vlucht voorziet. De regeling van de verordening wijkt af van het stelsel van artikel 19 van het Verdrag van Montreal en vult dat aan. [40] Passagiers wier vlucht is geannuleerd krijgen compensatie krachtens artikel 7, lid 1, van de verordening „zonder dat

38 — In een verslag over de praktische impact van de verordening merkte de Commissie op dat er bezorgdheid gerezen was over het feit dat luchtvaartmaatschappijen annuleringen herclassificeren als langdurige vertragingen om compensatieclaims te vermijden, hoewel zij hiervoor geen duidelijk statistisch bewijs kon vinden (een daling van het aantal annuleringen en een evenredige stijging van het aantal vertragingen): zie de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad overeenkomstig artikel 17 van Verordening (EG) nr. 261/2004 betreffende de werking en de resultaten van deze verordening tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten, COM(2007) 168 def., punt 4.1.2. De onderhavige verwijzingsbeschikkingen zijn een aanwijzing van het probleem.

39 — Vergelijk de scherpe observatie van Screwtape (een doorgewinterde duivel die zijn neef in de kunst van het bekoren invoert) dat mensen altijd claimen dat zij tijd „hebben": „Mensen komen altijd met eigendomsclaims die in hemel en hel even grappig klinken" (C. S. Lewis, *The Screwtape Letters* [1942], blz. 112 en 113).

40 — Artikel 12, lid 1, van de verordening maakt duidelijk dat de forfaitaire compensatie van artikel 7, lid 1, niet bedoeld is om de compensatie krachtens het Verdrag van Montreal te vervangen.

deze passagiers de moeite hoeven nemen, een schadevergoedingsvordering in te stellen bij de rechter". [41] Als langdurige vertragingen en annuleringen passagiers soortgelijk ongemak bezorgen, zou de ratio van bescherming van passagiers ertoe moeten leiden dat beide groepen op gelijke wijze profiteren van een eenvoudig stelsel van automatische forfaitaire compensatie. Daarmee is Condors betoog afdoende weerlegd.

80. Wat te denken van het centrale argument dat een vertraging na een bepaalde tijd de facto een annulering wordt?

81. Vanzelfsprekend is tijd een factor bij de vaststelling of een vlucht is geannuleerd. Als meerdere van de hierboven genoemde factoren aanwezig zijn en/of de vlucht onredelijk lang vertraagd is, is dat een sterke aanwijzing dat de vlucht in feite is geannuleerd.

82. Bovendien komt, wanneer een passagier een vlucht boekt, een stilzwijgende overeenkomst met de luchtvaartmaatschappij tot stand voor vervoer op een bepaald tijdstip tussen twee plaatsen, zoals de Commissie ter terechtzitting aanvoerde. Als de vertrektijd van de vlucht onredelijk is vertraagd, kan bezwaarlijk worden volgehouden dat de vlucht nog steeds „de geplande vlucht" [42] is. Als bijvoorbeeld een geregelde vlucht dagelijks op dezelfde tijd wordt uitgevoerd, is het feit dat de vlucht na vertrek van de vlucht van de volgende dag nog steeds niet is vertrokken onder normale omstandigheden een sterke aanwijzing dat de eerste vlucht is geannuleerd. [43]

83. Bij gebrek aan een definitie moet de term vertraging worden uitgelegd in het licht van de bepalingen van de verordening als geheel en in dat van haar doelstellingen. [44] Het verstrijken van de tijd behandelen als een belangrijke factor bij het identificeren van een annulering zou natuurlijk de doelstelling van de verordening, een betere passagiersbescherming, versterken. Er zijn echter twee problemen bij deze aanpak. In de eerste plaats, wat wordt er bedoeld met „onredelijke vertraging"? In de tweede plaats, mag de verordening aldus worden uitgelegd dat een onredelijke vertraging als een de facto-annulering wordt geclassificeerd?

41 — Zie arrest IATA en ELFAA, aangehaald in voetnoot 16, punt 45, waarin het Hof het verschil tussen het stelsel van het Verdrag van Montreal en het automatische recht op bijstand bij vertragingen krachtens artikel 6 van de verordening heeft uitgelegd.

42 — Zie de definitie van annulering in artikel 2, lid 1, van de verordening.

43 — Daarmee wil ik niet zeggen dat de toepassing van dit richtsnoer er bij een wekelijkse vlucht toe moet leiden dat compensatie voor annulering enkel kan worden gevorderd nadat de vlucht van de week daarop is vertrokken.

44 — Zie naar analogie het arrest Emirates Airlines, aangehaald in voetnoot 16, punten 27 en 28.

Wanneer is een vertraging „onredelijk"?

84. Terecht wijst de Commissie erop dat de verordening geen steun biedt voor de aanwijzing van een bepaald tijdstip waarna een vertraging als annulering kan gelden. De verordening maakt duidelijk dat een vertraging langer dan vijf uur kan duren (artikel 6, lid 1, sub [c-]iii) en ten minste tot de volgende dag kan oplopen en misschien langer (artikel 6, lid 1, sub [c-]ii in samenhang met artikel 9, lid 1, sub b, eerste streepje).

85. De Franse regering merkt op dat de verordening een aantal elementen bevat die als richtsnoer kunnen dienen. Krachtens artikel 6, lid 1, van de verordening varieert de periode waarna de luchtvaartmaatschappij verplicht is bepaalde vormen van bijstand aan te bieden al naargelang de afstand van de vlucht: twee uur of meer voor alle vluchten van 1 500 km of minder [45], drie uur of meer voor alle vluchten binnen de Gemeenschap van meer dan 1 500 km en voor alle andere vluchten tussen 1 500 en 3 500 km [46], en vier uur of meer voor alle andere vluchten [47]. Zodoende heeft de gemeenschapswetgever het recht op verzorging afhankelijk gemaakt van de afstand van de vlucht — passagiers die verder reizen, moeten langer wachten voordat zij recht hebben op verzorging. [48]

86. Bij de beoordeling, wanneer een vertraging „onredelijk" wordt en dus als annulering kan worden geclassificeerd, kan rekening worden gehouden met de perioden die in deze bepalingen worden aangegeven. Voor het label „onredelijk" moet een vertraging noodzakelijkerwijs aanmerkelijk langer zijn dan deze referentienormen. De vraag wordt dan: hoeveel langer?

87. Volgens mij is het onmogelijk met een aanvaardbare mate van nauwkeurigheid te zeggen hoeveel tijd precies moet zijn verstreken voordat een vertraging „onredelijk" wordt.

88. Het zou daarom in individuele gevallen aan de nationale rechter zijn om de feiten te wegen en tot een oordeel te komen — meer op basis van een mengeling van nationale juridische traditie, gezond verstand en instinct dan op een nauwkeurig voorschrift van gemeenschapsrecht — over de vraag of de

45 — Sub a.
46 — Sub b.
47 — Sub c.

48 — Zie in dezelfde zin artikel 7, lid 2, en naar analogie artikel 5, lid 1, sub c-ii en c-iii, van de verordening. De overwegingen van de considerans van de verordening bieden geen verklaring voor het getrapte recht op verzorging, dat misschien eerder voortkomt uit een pragmatische beoordeling van de aanvaardbare economische last voor luchtvaartmaatschappijen (gegeven bekende vertragingspatronen op korte, middellange en lange vluchten) dan uit een diepere gedachte over de relatieve behoeften van passagiers.

vertraging in dat geval „onredelijk" was en daarom moet worden gezien als een de facto-annulering. De rechtspraak van de nationale rechters over de vraag of tijd moet worden meegewogen bij de beslissing of er sprake was van een annulering en zo ja in hoeverre, loopt tot dusver sterk uiteen. [49] Afgezien van de bevestiging dat tijd een belangrijke factor kan vormen bij de identificatie van een annulering en dat de geplande afstand van een vlucht in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling of een vertraging onredelijk is, kan het Hof weinig specifieke, zinvolle richtsnoeren bieden aan de nationale rechters.

89. De uiteenlopende resultaten die daarvan het gevolg zijn, druisen waarschijnlijk in tegen het rechtszekerheidsbeginsel.

90. Volgens vaste rechtspraak verlangt het rechtszekerheidsbeginsel — een van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht — onder meer dat de gevolgen van rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelig kunnen werken voor particulieren en ondernemingen. [50] Het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel maken deel uit van de communautaire rechtsorde en moeten uit dien hoofde door de instellingen van de Gemeenschap worden geëerbiedigd. [51] Het is natuurlijk van belang dat zowel passagiers als luchtvaartmaatschappijen hun rechten en verplichtingen kennen. Als het aan nationale rechters in de lidstaten wordt overgelaten te beslissen wanneer een vertraging „onredelijk" is, zal de uitspraak voor beide partijen weinig duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn.

Kan een vertraging als een de-factoannulering worden behandeld?

91. Als het mogelijk was een precies tijdstip te identificeren waarop een vertraging onredelijk wordt, of een reeks criteria op te stellen die als doeltreffend richtsnoer voor de nationale rechter kunnen dienen, dan zou het antwoord op deze vraag neerkomen op de keuze tussen een zeer teleologische benadering van consumentenbescherming en de kale, letterlijke bewoordingen van de verordening.

92. In dit geval lijkt mij de keuze eenvoudiger.

49 — Zie bijvoorbeeld de rechtspraak in de hierboven in voetnoot 31 aangehaalde literatuur.

50 — Zie arrest van 18 december 2008, Altun (C-337/07, Jurispr. blz. I-10323, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie over dat beginsel en het vertrouwensbeginsel in het algemeen bijvoorbeeld S. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (2000).

51 — Zie arrest van 19 maart 2009, Mitsui & Co. Deutschland (C-256/07, Jurispr. blz. I-1951, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

93. Een numerieke grens voor de toekenning van een recht schept twee groepen — de bofkonten en de pechvogels — en bij het trekken van die grens moet de wetgever behoedzaam te werk gaan om het beginsel van gelijke behandeling niet te schenden. De wetgever heeft het recht een grens te trekken en die te verdedigen als objectief gerechtvaardigd wanneer zijn keuze ter discussie wordt gesteld als een schending van dat beginsel. De selectie van het magische cijfer is een voorrecht van de wetgever. In zoverre dat *elk* cijfer tot op zekere hoogte arbitrair is, wordt die willekeur gedekt door het voorrecht (de discretionaire marge) van de wetgever.

94. De gemeenschapswetgever kan dus een bepaald tijdsbestek selecteren (onverschillig of het 231/2 uur, 24 uur, 25 uur of 48 uur is) bij het verstrijken waarvan recht op compensatie ontstaat. Het Hof kan dat niet. Voor elk cijfer dat het kiest, zou het iets in de verordening lezen dat er gewoonweg niet in staat en zich het voorrecht van de wetgever aanmatigen.

95. Fundamenteler nog, *welke grenswaarde ook geselecteerd zou worden*, volgens het stelsel van de geldende verordening zouden alle passagiers van geannuleerde vluchten automatisch recht hebben op compensatie, maar passagiers van vertraagde vluchten alleen als de vertraging onredelijk is (hoe het Hof dat begrip ook omschrijft). Sommige passagiers in objectief gezien vergelijkbare situaties zouden nog steeds verschillend behandeld worden. Sommige passagiers die enkel klein ongemak ondervinden, zouden nog steeds automatisch compensatie krijgen, terwijl anderen, met veel groter ongemak, niet gecompenseerd zouden worden. [52]

Conclusie over de vragen met betrekking tot vertraging en annulering

96. Ik heb de indruk dat we door Scylla (evidente discriminatie van passagiers van onredelijk vertraagde vluchten vergeleken met passagiers die automatisch compensatie krijgen voor hun geannuleerde vlucht) te vermijden onmiddellijk op de klip van Charybdis (rechtsonzekerheid) lopen. Bovendien worden de onderliggende moeilijkheden die ik hiervóór in verband met het beginsel van gelijke behandeling heb besproken, helaas niet opgelost door een teleologische benadering van „onredelijke vertraging". Ze lijken mij inherent aan het stelsel van de verordening zoals het momenteel is.

52 — Zie de voorbeelden in de punten 53, 55 en 56 hierboven.

97. Omdat ik meen dat het onderliggende probleem niet door uitlegging, hoe constructief ook, kan worden opgelost, geef ik het Hof in overweging de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 61 van het Reglement voor de procesvoering te heropenen en de lidstaten, de Commissie, het Europees Parlement en de Raad uit te nodigen opmerkingen in te dienen over de vraag of de artikelen 5 en 7 van de verordening en artikel 6 van de verordening, in het bijzonder het onderscheid dat daarin wordt gemaakt tussen annulering en vertraging, ongeldig zijn in het licht van het beginsel van gelijke behandeling.

Het begrip „buitengewone omstandigheden"

98. Met de derde vraag in de zaak Böck en Lepuschitz wenst de verwijzende rechter te vernemen of een technisch gebrek aan een vliegtuig en de daardoor veroorzaakte wijzigingen in de dienstregeling van de vlucht onder de definitie van buitengewone omstandigheden vallen.

99. In mijn conclusie in de zaak Kramme [53] heb ik deze vraag uitvoerig besproken, maar de vragen werden ingetrokken voordat het Hof arrest kon wijzen. Vervolgens werd in de zaak Wallentin-Hermann een vergelijkbare vraag gesteld. [54]

100. In zijn arrest oordeelde het Hof dat artikel 5, lid 3, van de verordening „aldus moet worden uitgelegd dat een technisch probleem bij een luchtvaartuig dat annulering van een vlucht tot gevolg heeft, niet valt onder het begrip ‚buitengewone omstandigheden' in de zin van deze bepaling, behoudens indien dit probleem voortvloeit uit gebeurtenissen die wegens hun aard of hun oorsprong niet inherent zijn aan de normale uitoefening van de activiteit van de betrokken luchtvaartmaatschappij, en waarop deze geen daadwerkelijke invloed kan uitoefenen". [55]

101. Hetzelfde antwoord moet natuurlijk worden gegeven op de derde vraag in de verwijzingsbeschikking van de zaak Böck en Lepuschitz.

53 — Aangehaald in voetnoot 15.

54 — Aangehaald in voetnoot 20.

55 — Arrest Wallentin-Hermann, aangehaald in voetnoot 20, punt 34.

Conclusie

102. Derhalve geef ik het Hof in overweging:

1) Alvorens de vragen van het Bundesgerichtshof en de eerste en tweede vraag van het Handelsgericht Wien te beantwoorden, zou het Hof de mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 61 van het Reglement voor de procesvoering moeten heropenen en de lidstaten, de Commissie, het Europees Parlement en de Raad moeten uitnodigen opmerkingen in te dienen over de vraag of de artikelen 5 en 7 en artikel 6 van verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 295/91, voor zover zij een onderscheid maken tussen annulering en vertraging (ongeacht de duur), ongeldig zijn in het licht van het beginsel van gelijke behandeling.

2) Wanneer deze vraag is beantwoord, geef ik het Hof in overweging de derde vraag van het Handelsgericht Wien als volgt te beantwoorden:

„Artikel 5, lid 3, van verordening (EG) nr. 261/2004 moet aldus worden uitgelegd dat een technisch probleem bij een luchtvaartuig dat annulering van een vlucht tot gevolg heeft, niet valt onder het begrip ‚buitengewone omstandigheden' in de zin van deze bepaling, behoudens indien dit probleem voortvloeit uit gebeurtenissen die wegens hun aard of hun oorsprong niet inherent zijn aan de normale uitoefening van de activiteit van de betrokken luchtvaartmaatschappij, en waarop deze geen daadwerkelijke invloed kan uitoefenen."