FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 2 juli 2009 [1]

1. I förevarande förenade mål har Bundesgerichtshof (Tyskland) och Handelsgericht Wien (Österrike) begärt att domstolen ska bringa klarhet i skillnaden mellan begreppen försenad flygning och inställd flygning i förordning (EG) nr 261/2004 (nedan kallad förordningen). Handelsgericht Wien vill också få klarhet i innebörden av begreppet extraordinära omständigheter i artikel 5.3 i förordningen. [2]

Tillämpliga bestämmelser

Montrealkonventionen [3]

2. Genom Montrealkonventionen, i vilken gemenskapen är en avtalsslutande part, genomfördes en modernisering och konsolidering av Warszawakonventionen. [4] Montrealkonventionen syftar bland annat till att skydda konsumenternas intressen i samband med internationella lufttransporter samt att sörja för rättvis ersättning enligt kompensationsprincipen. [5]

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets förordning av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 (EUT L 46, s. 1).

3 — Konvention om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter, Montreal den 28 maj 1999, godkänd på gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2001/539/EG av den 5 april 2001 om Europeiska gemenskapens ingående av konventionen om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter (Montrealkonventionen) (EGT L 194, s. 38). För gemenskapen trädde konventionen i kraft den 28 juni 2004.

4 — Konvention rörande fastställande av vissa gemensamma bestämmelser i fråga om internationell luftbefordran, Warszawa den 12 oktober 1929, *137 League of Nations Treaty Series*, s. 11.

5 — Se andra och tredje skälen.

3. Artikel 19 i Montrealkonventionen, under rubriken ”Försening”, har följande lydelse:

”Transportören ansvarar för skador till följd av försening vid lufttransporter av passagerare, bagage och gods. Transportören ansvarar dock inte för sådana skador om transportören visar att denne och dennes anställda eller uppdragstagare har vidtagit alla de åtgärder som rimligen kan begäras för att undvika skadorna eller att det var omöjligt att vidta sådana åtgärder.”

EG-fördraget

4. Artikel 3 EG har följande lydelse:

”1. För att uppnå de mål som anges i artikel 2, [6] skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som anges i detta fördrag innefatta

…

(t) bidrag till att stärka konsumentskyddet,

…”

Förordning nr 261/2004

5. I förordningen finns följande skäl:

”…

(2) Nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar skapar allvarliga problem och olägenheter för passagerarna.

6 — ”Gemenskapen skall ha till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja [ett antal mål, inbegripet till exempel en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling] inom gemenskapen som helhet.”

…

(12) Problem och olägenheter för passagerarna som orsakas av inställda flygningar bör också minskas. Detta bör åstadkommas genom att trafikföretagen förmås att före den tidtabellsenliga avgångstiden informera passagerna om inställda flygningar och att de dessutom erbjuder en rimlig ombokning, för att passagerarna skall kunna vidta andra åtgärder. I annat fall bör lufttrafikföretagen kompensera passagerarna om inställningen av flygningen inte beror på extraordinära omständigheter som inte kunde ha undvikits även om alla rimliga åtgärder vidtagits.

…

(17) Passagerare vars flygning är försenad med en angiven tid bör bli omhändertagna på lämpligt sätt och ges möjlighet att avbeställa flygningen med ersättning för biljetten eller fortsätta resan under tillfredsställande villkor.

…”

6. Med ”inställd flygning” avses i förordningen, enligt definitionen i artikel 2 l, ”en flygning som inte genomförs trots att den i förväg planerats och på vilken minst en plats reserverats”. Det finns ingen motsvarande definition av begreppet ”försenad flygning”.

7. Artikel 5, under rubriken ”Inställd flygning”, har följande lydelse:

”1. Vid inställd flygning skall de berörda passagerarna

a) erbjudas assistans i enlighet med artikel 8[7] av det lufttrafikföretag som utför flygningen, och

b) erbjudas assistans i enlighet med artikel 9.1.a och 9.2[8] samt, om omdirigering sker och den nya flygningens rimligen förväntade avgångstid är åtmin-

7 — Se nedan punkt 10.
8 — Se nedan punkt 11.

stone dagen efter den avgång som var planerad för den inställda flygningen, assistans i enlighet med artikel 9.1.b och 9.1.c, och

c) ha rätt till kompensation i enlighet med artikel 7 av det lufttrafikföretag som utför flygningen såvida inte

i) de minst två veckor före den tidtabellsenliga avgångstiden underrättas om att flygningen är inställd, eller

ii) de mellan två veckor och sju dagar före den tidtabellsenliga avgångstiden underrättas om att flygningen är inställd, och erbjuds ombokning så att de kan avresa högst två timmar före den tidtabellsenliga avgångstiden och nå sin slutliga bestämmelseort senast fyra timmar efter den tidtabellsenliga ankomsttiden, eller

iii) de mindre än sju dagar före den tidtabellsenliga avgångstiden underrättas om att flygningen är inställd, och erbjuds ombokning så att de kan avresa högst en timme före den tidtabellsenliga avgångstiden och nå sin slutliga bestämmelseort senast två timmar efter den tidtabellsenliga ankomsttiden.

2. När passagerarna underrättas om att flygningen ställs in, skall en upplysning lämnas om eventuell alternativ transport.

3. Lufttrafikföretaget som utför flygningen skall inte vara skyldigt att betala kompensation enligt artikel 7, om det kan visa att den inställda flygningen beror på extraordinära omständigheter som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits.

4. Bevisbördan för om passageraren har underrättats om den inställda flygningen samt när detta skett skall åvila det lufttrafikföretag som utför flygningen.”

8. Artikel 6, under rubriken ”Försening”, har följande lydelse:

”1. När det lufttrafikföretag som utför flygningen har rimlig anledning att anta att en flygning kommer att försenas i förhållande till den tidtabellsenliga avgångstiden

a) med två timmar eller mer vid alla flygningar på 1 500 kilometer eller mindre, eller

b) med tre timmar eller mer vid alla flygningar inom gemenskapen på mer än 1 500 kilometer och vid alla övriga flygningar på mellan 1 500 och 3 500 kilometer, eller

c) med fyra timmar eller mer vid alla flygningar som inte omfattas av a eller b,

skall lufttrafikföretaget erbjuda passagerarna

i) assistans i enlighet med artikel 9.1 a och artikel 9.2[9],

ii) om den rimligen förväntade avgångstiden är åtminstone dagen efter den tidigare tillkännagivna avgångstiden, assistans i enlighet med artikel 9.1 b och 9.1 c,

iii) om förseningen är åtminstone fem timmar, assistans i enlighet med artikel 8.1 a[10].

2. Under alla omständigheter skall assistansen erbjudas inom de tidsfrister som anges ovan med avseende på varje avståndssegment.”

9. Artikel 7, under rubriken ”Rätt till kompensation”, har följande lydelse:

”1. Vid hänvisning till denna artikel skall passagerare få kompensation som uppgår till

a) 250 euro för alla flygningar på högst 1 500 kilometer,

b) 400 euro för alla flygningar inom gemenskapen på mer än 1 500 kilometer, och för alla övriga flygningar på mellan 1 500 och 3 500 kilometer,

9 — Se nedan punkt 11.

10 — Se nedan punkt 10.

c) 600 euro för alla flygningar som inte omfattas av a och b.

får det lufttrafikföretag som utför flygningen minska den kompensation som föreskrivs i punkt 1 med 50 procent.

När avståndet beräknas skall utgångspunkten vara den sista bestämmelseort där nekad ombordstigning eller inställd flygning kommer att leda till att passagerarens ankomst i förhållande till tidtabell försenas.

…”

10. Artikel 8, under rubriken ”Rätt till återbetalning eller ombokning”, har följande lydelse:

2. När passagerare erbjuds ombokning till den slutliga bestämmelseorten med en alternativ flygning i enlighet med artikel 8, och ankomsttiden för denna inte överstiger den tidtabellsenliga ankomsttiden för den ursprungligen bokade flygningen

”1. Vid hänvisning till denna artikel skall passagerare erbjudas att välja mellan

a) med två timmar för alla flygningar på 1 500 kilometer eller mindre, eller

a) — återbetalning inom sju dagar … av hela inköpspriset för biljetten, för den del eller de delar av resan som inte fullföljts och för den del eller de delar som fullföljts, om flygningen inte längre har något syfte med avseende på passagerarens ursprungliga resplan, samt dessutom, i relevanta fall,

b) med tre timmar för alla flygningar inom gemenskapen på mer än 1 500 kilometer och för alla övriga flygningar mellan 1 500 kilometer och 3 500 kilometer, eller

c) med fyra timmar för alla flygningar som inte omfattas av a eller b,

— en returflygning till den första avgångsorten snarast möjligt,

b) ombokning till den slutliga bestämmelseorten snarast möjligt, under likvärdiga transportvillkor, eller

c) ombokning till den slutliga bestämmelseorten till ett senare datum som passageraren finner lämpligt, under likvärdiga transportvillkor, beroende på platstillgång.

…"

11. I artikel 9, under rubriken "Rätt till service", förtecknas de slag av service passagerarna har rätt till:

"1. I de fall hänvisning görs till denna artikel skall passagerare utan kostnad erbjudas

a) måltider och förfriskningar i skälig proportion till väntetiden,

b) hotellrum i sådana fall

— då övernattning under en eller flera nätter blir nödvändig, eller

— då en längre vistelse än den passageraren planerat blir nödvändig,

c) transport mellan flygplatsen och inkvarteringsorten (hotell eller annan).

2. Passagerare skall dessutom erbjudas att utan kostnad ringa två telefonsamtal eller skicka två telex, fax eller e-postmeddelanden.

3. …"

Målen vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

Mål C-402/07, Sturgeon

12. Christopher Sturgeon och hans fru bokade en flygning för sig och sina två barn med Condor Flugdienst GmbH (nedan kallat Condor) tur och retur från Frankfurt till Toronto. Jag kommer nedan att hänvisa till familjen kollektivt som ”familjen Sturgeon”.

13. Familjen Sturgeon skulle ha återvänt med ett flyg som skulle ha avgått från Toronto klockan 16.20 den 9 juli 2005. Men flyget avgick inte förrän följande dag. De anlände därför inte till Frankfurt förrän klockan 07.00 eller 07.15 den 11 juli 2005, omkring 25 timmar efter den planerade ankomsttiden.

14. Familjen Sturgeon har hävdat att flygkaptenen omkring klockan 23.30 den 9 juli 2005 meddelade att flygningen hade ställts in och samma information visades även på avgångstavlan. Bagaget, som redan hade lastats ombord, lämnades tillbaka till passagerarna, vilka fördes till ett hotell för övernattning, dit de anlände klockan 02.30. Följande dag var passagerarna tvungna att checka in på nytt vid ett annat lufttrafikföretags incheckningsdisk. De tilldelades andra sittplatser och var tvungna att återigen gå igenom säkerhetskontrollen. Flygnumret på returflygningen, som genomfördes en dag senare än planerat, överensstämde dock med flygnumret på bokningen.

15. Familjen Sturgeon anser att det mot bakgrund av ovanstående omständigheter, särskilt fördröjningen på 25 timmar, egentligen inte rörde sig om en försening utan om en inställd flygning, och att de således har rätt till 600 euro per person som kompensation för den inställda flygningen. [11]

16. Condor anser att flygningen enbart var försenad.

17. Amtsgericht Rüsselsheim ansåg att flygningen hade blivit försenad och inte inställd. Den ogillade därför familjen Sturgeons yrkanden om kompensation.

18. Deras överklagande avslogs av Landgericht Darmstadt, som emellertid beviljade dem tillstånd att överklaga till Bundesge-

11 — De har dessutom begärt ersättning för förlorad inkomst, onödiga sittplatsreservationer och tågbiljetter. De har i andra hand yrkat återbetalning av 30 procent av biljettpriset. Ingen av dessa frågor är emellertid relevant med avseende på tolkningsfrågorna.

richtshof, eftersom skillnaden mellan ”inställd flygning” och ”försenad flygning” är oklar trots att den är grundläggande.

19. Bundesgerichtshof anser att utgången av familjen Sturgeons överklagande är beroende av tolkningen av artikel 2.l och eventuellt artikel 5.1 c i förordningen. Bundesgerichtshof har därför beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Är den avgörande omständigheten vid tolkningen av uttrycket inställd flygning huruvida den ursprungliga färdplaneringen har övergetts så att en försenad flygning, oberoende av förseningens längd, inte utgör en inställd flygning med mindre än att flygbolaget har övergett planeringen av den ursprungliga flygningen?

2. Om svaret på fråga 1 är nekande: Under vilka omständigheter ska en försenad planerad flygning inte längre betraktas som sådan utan som en inställd flygning? Är svaret på denna fråga beroende av hur länge förseningen varar?”

Mål C-432/07, Böck och Lepuschitz

20. Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz bokade en flygning från Wien till Mexico City med Air France SA (nedan kallat Air France). Deras resa var indelad i följande delsträckor: den 18 februari 2005 från Wien till Paris och från Paris till Mexico City, den 7 mars 2005 från Cancún till Mexico City och från Mexico City till Paris samt den 8 mars 2005 från Paris till Wien.

21. När Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz skulle checka in till flyg AF439 med avgångstid från Mexico City klockan 21.30 den 7 mars 2005, informerades de, innan de hade hunnit checka in, om att flygningen hade ställts in på grund av ett tekniskt problem. När de frågade om det fanns något annat flyg, erbjöds de platser på Continentals flyg med flygnummer CO1725Y, som skulle avgå från Mexico City klockan 12.20 den 8 mars 2005.

22. Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz accepterade erbjudandet. För att få ut sina biljetter var de först tvungna att få en bekräftelse från Air France kontor i Mexico City så att de kunde hämta ut biljetter vid Continentals biljettdisk. Air France erbjöd dem inkvartering på hotell samt mat och transport till och från hotellet. Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz landade slutligen i Wien 21 timmar efter den planerade ankomsttiden.

23. De övriga passagerare som skulle ha avrest den 7 mars 2005 med flyg AF439, och som inte bokats om till Continentals flyg, tog den 8 mars 2005 ett flyg med registreringsnummer FGSPV från Mexico City till Paris. Det avgick klockan 19.35 med ett något modifierat flygnummer (AF439A) och ankom till Paris klockan 13.09 den 9 mars 2005. Flygningen genomfördes parallellt med den reguljära flygning som Air France tidtabellsenligt utförde den 8 mars.

24. Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz har begärt att Air France, i enlighet med artikel 5 jämförd med artikel 7.1 c i förordningen, ska betala dem 600 euro var som kompensation för den inställda flygningen.

25. Domstolen i första instans, Bezirksgericht für Handelssachen Wien, ogillade talan, eftersom den ansåg att den flygning som enligt tidtabellen skulle ha utförts den 7 mars 2005 hade blivit försenad, och inte inställd i den mening som avses i förordningen, och att man inte har rätt till kompensation när det enbart rör sig om en försening.

26. Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz överklagade till Handelsgericht Wien, som har beslutat att hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Ska artikel 5 jämförd med artiklarna 2 l och 6 i förordning (EG) nr 261/2004 … tolkas så, att det rör sig om en ’försening’ i den mening som avses i artikel 6 när ett flyg startar 22 timmar efter utsatt avgångstid?

2. Ska artikel 2 l i förordning (EG) nr 261/2004 tolkas så att det rör sig om en ’inställd flygning’ och inte om en ’försening’ när passagerare transporteras betydligt senare än planerat (22 timmar) med ett flyg vars linjenummer har kompletterats (det ursprungliga linjenumret med tillägget A), och bara en del – om än en stor del – av de passagerare som hade bokats på den ursprungliga flygningen, jämte ytterligare passagerare som inte hade bokats på den ursprungliga flygningen, transporteras?

För det fall fråga 2 ska besvaras jakande:

3. Ska artikel 5.3 i förordning (EG) nr 261/2004 tolkas så, att tekniska problem med ett flygplan, som medför ändringar i flygplaneringen, utgör extra-

ordinära omständigheter (som inte skulle ha kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits)?"

27. Skriftliga yttranden har inkommit från familjen Sturgeon, Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz, Condor, Air France, den österrikiska regeringen, den franska regeringen, den grekiska regeringen, den italienska regeringen, den polska regeringen, den svenska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen.

28. Familjen Sturgeon, Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz, Condor, den grekiska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen.

Skillnaden mellan "försenad flygning" och "inställd flygning"

29. Den hänskjutande domstolen i målet Sturgeon önskar genom sina två tolkningsfrågor få klarhet i huruvida det för att det ska röra sig om en "inställd flygning" är nödvändigt att den ursprungliga färdplaneringen övergetts och, om inte, huruvida en försenad flygning, efter det att en viss tid har förflutit, kan betraktas som en inställd flygning. Genom den första och den andra av de tolkningsfrågor som har hänskjutits till domstolen i målet Böck och Lepuschitz anmodas domstolen bringa klarhet i huruvida en försening på 22 timmar fortfarande utgör en "försening" i den mening som avses i artikel 6 i förordningen, eller huruvida en sådan försening, när passagerarna transporteras med ett flyg som har ett annat flygnummer och där inte alla de passagerare som var inbokade på den ursprungliga flygningen finns med, inte i stället utgör en inställd flygning.

30. Båda de hänskjutande domstolarna har således i huvudsak frågat hur en "försenad flygning" ska skiljas från en "inställd flygning" i den mening som avses i artikel 2 l i förordningen, och huruvida en "försenad flygning" efter det att en viss tid har förflutit kan anses utgöra en "inställd flygning" i den mening som avses i förordningen.

Inledande anmärkning – förarbetena till förordningen

31. I motiveringen till det ursprungliga förslaget till förordning [12] angav kommissionen, i punkt 20, att "[o]m operatören ställer in en flygning innebär … detta att operatören vägrar tillhandahålla den tjänst som avtalats. Undantaget är dock exceptionella omständig-

12 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om införande av gemensamma regler om kompensation och assistans till flygpassagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar, KOM(2001) 784 slutlig (nedan kallad motiveringen till kommissionens ursprungliga förslag).

heter som operatören inte kan ta ansvar för, till exempel politisk instabilitet, svåra väderförhållanden, bristande säkerhet och oväntade fel som påverkar säkerheten. Inställda flygningar av kommersiella skäl under normala omständigheter orsakar problem och förseningar för passagerarna som inte kan accepteras, i synnerhet när de inte varnas i förväg". I punkt 23 angav kommissionen följande: "Även om passagerarna ställs inför samma problem och blir lika irriterade vid förseningar som vid nekad ombordstigning eller inställd flygning finns det en skillnad – det är operatören som är ansvaring för nekad ombordstigning och inställd flygning (utom för skäl som ligger utanför dennes ansvar) men inte alltid för förseningar. Andra vanliga anledningar är flygledningssystem och begränsningar i flygplatskapaciteten. Kommissionen anser inte att operatörerna i nuläget skall vara skyldiga att kompensera försenade passagerare, vilket också fastslogs i meddelandet om skydd av flygpassagerarnas intressen."

32. Det är inte helt lätt att urskilja logiken bakom den åtskillnad som kommissionen gjorde i motiveringen. Först anges att flygbolagen alltid är ansvariga för inställda flygningar, utom när de på grund av exceptionella omständigheter är befriade från sådant ansvar (en princip som även återspeglas i texten till artikel 5 i den antagna förordningen, där de "exceptionella omständigheter" som kommissionen hänvisade till i stället benämns "extraordinära omständigheter"). [13] Därefter anges ett antal omständigheter under vilka flygbolagen (objektivt sett) inte är ansvariga för förseningar. Dessa – liksom de "exceptionella omständigheter" som tidigare angetts för inställda flygningar – är sådana omständigheter för vilka flygbolaget (objektivt sett) inte är ansvarigt. Det hade varit logiskt om kommissionen i motiveringen därefter hade angett (för inställda såväl som försenade flygningar) att flygbolagen inte bör vara skyldiga att betala ersättning om förseningen eller den inställda flygningen objektivt sett inte var deras fel. Men i stället nöjde sig kommissionen med det torftiga uttalandet att "[k]ommissionen anser inte att operatörerna i nuläget skall vara skyldiga att kompensera försenade passagerare".

33. Kommissionen föreslog i det ursprungliga förslaget samma kompensation vid inställd flygning som vid nekad ombordstigning, och i punkt 11 i motiveringen anges att den bör ligga "på en avskräckande nivå". I punkt 14 förklaras beräkningen mer ingående: "För att avskräcka operatörerna från att neka passagerare ombordstigning, oavsett passagerarens biljettyp, föreslår kommissionen att den fasta kompensationsnivån fastställs till ett belopp som är dubbelt så högt som priset på de flesta biljettpriser i affärsklass."

13 — Se nedan punkterna 98–101.

34. Det är möjligt att den skillnad mellan ”inställd flygning” och ”försenad flygning” som kommissionen hade i åtanke i sitt förslag inte grundade sig på konsekvenserna för passagerarna utan på graden av ansvar för operatören – skillnaden mellan ett avsiktligt beslut att ställa in en flygning av kommersiella skäl (inställd flygning), som bör motverkas genom kompensation på en avskräckande nivå, och ett verkligt försök att få fram passagerarna till deras bestämmelseort, om än sent, i fall av externa svårigheter (försenad flygning), i vilket fall operatörerna endast bör vara skyldiga att tillhandahålla en viss nivå av assistans. Det verkar i så fall som om det föreligger en viss begreppsförvirring avseende ”orsak” och ”fel”. Det är inte svårt att tänka sig situationer där ett verkligt försök att så snabbt som möjligt få fram passagerarna till bestämmelseorten kan innebära att man måste ställa in ett tidtabellsenligt flyg (eftersom det står klart att det aldrig kommer att kunna avgå i tid) och se till att passagerarna kan komma i väg med ett annat flyg. [14] Omvänt kan en försening av ett flyg på vilket endast några få passagerare är inbokade förlängas av skäl som huvudsakligen är kommersiella, eftersom flygbolaget använt första tillgängliga ersättningsflygplan för att först klara av problemen med ett annat flyg, på vilket fler passagerare är inbokade. [15] Om den underliggande principen till kommissionens förslag vore att ”flygbolag bör betala kompensation om felet är deras, men inte annars”, skulle man förvänta sig att kommissionen hade vidtagit åtgärder för att identifiera (och fastställa påföljder för) förseningar som kan anses bero på kommersiella beslut.

35. Det förefaller emellertid inte som om man lade särskilt stort fokus på denna åtskillnad under lagstiftningsprocessen, särskilt inte efter det att kompensationsnivåerna hade satts ner. Det är svårt att på grundval av den text som slutligen antogs sluta sig till kriterierna för att skilja mellan ”inställd flygning” och ”försenad flygning”.

Varför är skillnaden mellan ”försenad flygning” och ”inställd flygning” viktig?

36. I artikel 2 l i förordningen definieras ”inställd flygning” som ” en flygning som inte genomförs trots att den i förväg planerats och på vilken minst en plats reserverats”. Förordningen innehåller ingen motsvarande definition av begreppet försenad flygning. Inte heller definieras ”försenad flygning” i Warszawakonventionen eller Montrealkonventionen. I artikel 19 i Montrealkonventionen anges endast, i ganska allmänna ordalag, att transportören ansvarar för skador som orsakas av ”försening vid lufttransporter av passagerare, bagage och gods”. Denna fras förefaller täcka många av de fall – om inte alla –som faller under ”inställd flygning” och vara mycket bredare än ”försenad flygning” i förordningen.

37. Inom ramen för förordningen är skillnaden mellan ”försenad flygning” och ”inställd flygning” emellertid viktig. Enligt

14 — Eftersom en inställd flygning innebär kompensation till passagerarna enligt artikel 7 i förordningen, får man i det här exemplet det orimliga resultatet att det är ”bättre” för flygbolaget (men inte för passagerarna) om flygningen ”endast” blir försenad.

15 — Se de omständigheter som föranledde begäran om förhandsavgörande i mål C-396/06, Kramme, vilka återges i mitt förslag till avgörande i det målet (som är tillgängligt på domstolens webbplats). Begäran om förhandsavgörande drogs tillbaka före domen.

artikel 5 i förordningen har de passagerare vars flygning har ställts in rätt till en specificerad kompensation. Artikel 6 i förordningen innehåller inga motsvarande bestämmelser om kompensation vid försenad flygning.

38. Förordningen har den avsevärda förtjänsten att den garanterar automatisk kompensation för passagerare vars flygning har ställts in. Emellertid kan den skillnad som genom förordningen införts mellan inställd flygning och försenad flygning, som den polska regeringen har påpekat i sitt skriftliga yttrande, leda till att passagerare som befinner sig i objektivt sett lika situationer behandlas olika.

39. Detta föranleder oundvikligen (den grundläggande) frågan om huruvida förordningen strider mot principen om likabehandling.

Inverkan av principen om likabehandling

40. Enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [16]

41. I målet IATA och ELFAA ifrågasattes giltigheten av artiklarna 5, 6 och 7 i förordningen mot bakgrund av principen om likabehandling, men ur flygbolagens och inte ur passagerarnas perspektiv.

42. I det målet hävdade ELFAA att de lågprisflygbolag som sammanslutningen representerade diskriminerades, eftersom de åtgärder som föreskrivs i nämnda artiklar innebär att samma skyldigheter åligger samtliga lufttrafikföretag utan åtskillnad med hänsyn till deras respektive prispolitik eller utbud av tjänster. ELFAA hävdade vidare att andra transportmedel inte åläggs likadana skyldigheter enligt gemenskapsrätten och underförstått att det därför var diskriminerande att skilja ut lufttransportsektorn på det sättet.

43. Domstolen ansåg att de företag som är verksamma inom sektorerna för olika transportmedel inte befinner sig i likadana situationer och att passagerare som drabbas av att

16 — Se till exempel dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA och ELFAA (REG 2006, s. I-403), punkt 95, och av den 10 juli 2008 i mål C-173/07, Emirates Airlines (REG 2008, s. I-5237), punkt 39.

en flygning ställs in eller är kraftigt försenad befinner sig i en situation som objektivt sett skiljer sig från den situation som andra passagerare befinner sig i vid samma slags incidenter avseende ett annat transportmedel. De skador som lufttrafikföretagens passagerare åsamkas vid inställda eller kraftigt försenade flygningar är dessutom liknande oavsett med vilket flygbolag de slutit avtal och har inte något samband med flygbolagens prispolitik. [17] Domstolen slog fast att ”[m]ed hänsyn till att målsättningen för förordning nr 261/2004 är att förbättra skyddet för alla passagerare hos lufttrafikföretagen var gemenskapslagstiftaren … skyldig att behandla alla flygbolag lika, eftersom likabehandlingsprincipen annars skulle ha åsidosatts”. [18]

44. I domen i det ovannämnda målet IATA och ELFAA bekräftade domstolen uttryckligen att den främsta målsättningen för förordningen är att förbättra skyddet för alla flygpassagerare. Detta konstaterande utgjorde *de facto* grundvalen för domstolens bedömning och förklarar varför den inte godtog ELFAA:s argument. ELFAA hävdade att lufttransport och andra former av transport är likvärdiga. Domstolen ansåg att för passagerare som råkar ut för en inställd flygning eller en kraftig försening är de inte det. ELFAA hävdade att regelbunden lufttrafik och budgetflyg inte är likvärdiga. Domstolen ansåg att för passagerare som råkar ut för en inställd flygning eller en kraftig försening är de det. Kort sagt begärde ELFAA att domstolen skulle pröva förordningen ur flygbolagens perspektiv. Domstolen tillbakavisade detta synsätt och prövade ELFAA:s argument (och förordningen) ur *passagerarnas perspektiv*.

45. Det ska även påpekas att domstolen under hela sin bedömning betraktade passagerare vilkas flyg hade ställts in och passagerare vilkas flyg hade blivit kraftigt försenade som *en och samma kategori*.

46. Såsom domstolen uttryckte det i domen i målet Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. är ”[e]n förutsättning för att likabehandlingsprincipen ska anses ha åsidosatts genom åtskillnad i behandlingen … att de aktuella situationerna är jämförbara med hänsyn till samtliga omständigheter som kännetecknar dem”. Dessa omständigheter och därigenom deras jämförbarhet ”bör bland annat bestämmas och bedömas *utifrån föremålet för och syftet med den gemenskapsrättsakt* som medför den ifrågavarande skillnaden i behandling. Bland annat måste principerna och målsättningarna för det område rättsakten härrör ifrån beaktas”. [19]

17 — När det gäller skadornas art ansåg domstolen i punkt 43 att förseningar vid lufttransporter av passagerare, i synnerhet vid kraftiga förseningar, i allmänhet kan ge upphov till två typer av skador. För det första kan en kraftig försening orsaka skador som är i stort sett identiska för alla passagerare och som kan ersättas genom standardiserad och omedelbar assistans eller service (till exempel i form av förfriskningar, måltider, hotellrum och telefonsamtal). För det andra kan passagerarna individuellt åsamkas skada beroende på skälet för deras resa. Omfattningen av sådana skador kan endast bedömas i varje enskilt fall och ersättning kan därför endast ges individuellt och i efterhand.

18 — Domen i det ovannämnda målet IATA och ELFAA, punkterna 94–98. Se även domen i det ovannämnda målet Emirates Airlines, punkt 35.

19 — Dom av den 16 december 2008 i mål C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (REG 2008, s. I-9895), punkterna 25 och 26 (min kursivering), där det hänvisades till dom av den 27 oktober 1971 i mål 6/71, Rheinmühlen Düsseldorf (REG 1971, s. 823), punkt 14, av den 19 oktober 1977 i de förenade målen 117/76 och 16/77, Ruckdeschel m.fl. (REG 1977, s. 1753; svensk specialutgåva, volym 3, s. 421), punkt 8, av den 5 oktober 1994 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet (REG 1994, s. I-4973; svensk specialutgåva, volym 16, s. 171), punkt 74, och av den 10 mars 1998 i de förenade målen C-364/95 och C-365/95, T. Port (REG 1998, s. I-1023), punkt 83.

47. I domen i det ovannämnda målet IATA och ELFAA angav domstolen entydigt att målsättningen med artiklarna 5 (inställd flygning) och 6 (försenad flygning) i förordningen klart framgår av skälen 1 och 2, där det anges att gemenskapens verksamhet på lufttrafikområdet bland annat bör syfta till att sörja för ett långtgående skydd för passagerarna, varvid hänsyn bör tas till de allmänna konsumentskyddskraven, eftersom inställda eller kraftigt försenade flygningar skapar allvarliga olägenheter för passagerarna. [20]

48. I domen i det ovannämnda målet IATA och ELFAA slog domstolen således uttryckligen fast att skyddet för passagerarna är det ”direkta syfte som gemenskapslagstiftaren uttryckligen har angett”, men medgav även att förordningen underförstått kan ha andra bisyften (till exempel att minska antalet inställda eller kraftigt försenade flygningar). [21]

49. Detta synsätt stöds av den omständigheten att, såsom domstolen påpekade, omfattningen av de åtgärder som gemenskapslagstiftaren har föreskrivit varierar ”beroende på omfattningen av den skada som passagerarna åsamkas. Skadornas omfattning fastställs antingen med utgångspunkt i förseningens längd och väntetiden till nästkommande flyg, eller med utgångspunkt i hur långt i förväg de berörda informerats om att flygningen ställts in”. [22] Även om den referenspunkt som används för att beräkna tiden är olika, utvärderas skadornas omfattning vid inställda flygningar såväl som vid kraftigt försenade flygningar i förhållande till den tid som förflutit.

50. Att stärka konsumentskyddet är dessutom en verksamhet som gemenskapen enligt artikel 3.1 t EG uttryckligen ska ägna sig åt för att uppnå de allmänna mål för gemenskapen som anges i artikel 2 EG. [23]

51. Enligt förordningen ger en inställd flygning emellertid automatisk rätt till kompensation (artikel 7) oavsett hur allvarliga de orsakade olägenheterna är, medan en försenad flygning inte gör det. Som det hävdas i begäran om förhandsavgörande i målet Sturgeon och som kommissionen angav vid förhandlingen förefaller det därför som om förordningen grundar sig på anta-

20 — Domen i det ovan i fotnot 16 nämnda målet IATA och ELFAA, punkt 69, och dom av den 22 december 2008 i mål C-549/07, Wallentin-Hermann (REG 2008, s. I-11061), punkt 18. I skäl 2 i förordningen talas i en och samma mening om ”inställda eller kraftigt försenade flygningar”, utan att det görs någon åtskillnad mellan dem.

21 — Domen i det ovan i fotnot 16 nämnda målet IATA och ELFAA, punkterna 82 och 83, och generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i det målet, punkterna 121 och 122.

22 — Domen i det ovannämnda målet IATA och ELFAA, punkt 85.

23 — Se även generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande i det ovan i fotnot 16 nämnda målet IATA och ELFAA, punkterna 117–119, där generaladvokaten hänvisade till artikel 153.2 EG (som innehåller krav på att gemenskapslagstiftaren ska beakta konsumentskyddskrav även inom övriga politiska områden) och artikel 95.3 EG (som innehåller krav på en hög konsumentskyddsnivå) och drog slutsatsen att konsumentskyddet tveklöst är ett legitimt syfte som uttryckligen nämns i fördraget.

gandet att en inställd flygning nödvändigtvis orsakar större olägenheter för passagerarna och således förtjänar en starkare form av skydd än en ”endast” försenad flygning. [24]

52. Det är för mig fullständigt obegripligt varför det skulle vara så. Kommissionen har också själv i sitt skriftliga yttrande medgett att inställda flygningar inte alltid orsakar större olägenheter än försenade flygningar.

53. Låt oss anta att passagerare A och passagerare B båda har bokat flyg från Bryssel till New York med olika lufttrafikföretag, båda med avgångstid klockan 08.30. När passagerare A anländer till flygplatsen får han veta att hans flyg är inställt. Han erbjuds en plats på ett annat flyg till New York som avgår klockan 08.30 följande dag. Passagerare B får när han anländer till flygplatsen veta att hans flyg är försenat. Hans flyg avgår slutligen samtidigt som passagerare A:s nya flyg, det vill säga en dag efter den tidtabellsenliga avgångstiden. Passagerare A och passagerare B anländer till New York samtidigt. De två passagerarna befinner sig *de facto* i lika situationer. Men ändå har endast passagerare A rätt till automatisk kompensation enligt förordningen.

54. Den skillnad mellan inställd flygning och försenad flygning som för närvarande görs i förordningen förefaller således strida mot dess syfte.

55. Detta är till och med ännu tydligare om man beaktar att förordningen kan leda till det (orimliga) resultatet att passagerare som har utsatts för större olägenheter kan nekas automatisk kompensation, medan passagerare som har utsatts för mindre olägenheter kan erhålla sådan kompensation. Låt oss anta att de ovannämnda passagerarna A och B (som tydligen flyger ofta) båda har bokat en flygning från Bryssel till New York med olika lufttrafikföretag, båda med avgångstid klockan 10.30. När passagerare A anländer till flygplatsen får han veta att hans flyg är inställt. Lufttrafikföretaget föreslår emellertid omedelbart ett annat flyg med ett annat flygbolag som ska avgå klockan 11.00. När passagerare B anländer till flygplatsen får han veta att hans flyg är försenat. Hans flyg lyfter slutligen klockan 22.30, eller 12 timmar efter den tidtabellsenliga avgångstiden. Självklart har passagerare B då utsatts för större olägenheter.

56. Passagerare A (som knappt har påverkats) kan kräva kompensation enligt artiklarna 5.1 c och 7 i förordningen. Passagerare B kan, medan timmarna tickar förbi, endast göra anspråk på måltider och förfriskningar, [25] ett

24 — Jämför skälen 12 (inställd flygning) och 17 (försenad flygning) i förordningen. De olika lösningar som där föreslås är direkt oförenliga med skäl 2, i vilket det sägs att både ”[n]ekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar” skapar ”allvarliga problem och olägenheter för passagerarna”.

25 — Artikel 6.1 c i, med korshänvisning till artikel 9.1 a. Eftersom flygningen i mitt exempel är transatlantisk, måste passagerare B vänta fyra timmar innan han får ”rätt till service” enligt artikel 9.

par kostnadsfria telefonsamtal (eller telex, fax eller e-postmeddelanden), [26] och sedan (efter fem timmar) välja att få återbetalning, om det inte längre verkar vara värt att vänta. [27] Även om rätten till service utan tvekan är värdefull, är den knappast likvärdig med den kompensation som passagerare A kommer att erhålla.

57. I motiveringen till förslaget till förordning gav kommissionen, mot bakgrund av att åtgärden är avsedd att förbättra konsumentskyddet, följande förklaring till skillnaden mellan inställd flygning och försenad flygning:

”Även om passagerarna ställs inför samma problem och blir lika irriterade vid förseningar som vid nekad ombordstigning eller inställd flygning finns det en skillnad – det är operatören som är ansvaring för nekad ombordstigning och inställd flygning (utom för skäl som ligger utanför dennes ansvar) men inte alltid för förseningar.” [28]

58. Denna förklaring håller inte för en granskning.

59. Kommissionen erkänner uttryckligen att olägenheterna för passagerarna är de samma oavsett om deras flyg har blivit kraftigt försenat eller har ställts in. Om detta är riktigt (vilket det förefaller vara), skulle man förvänta sig att de båda kategorierna av passagerare behandlades på samma sätt (men så är inte fallet), eftersom båda är i lika stort behov av skydd och förtjänar det lika mycket. Vidare anger kommissionen att skillnaden mellan inställd flygning och försenad flygning (och, åtminstone underförstått, det som motiverar skillnaden i behandling) är att operatören alltid är ansvarig för inställda flygningar (utom när han inte är det), och att han inte alltid är ansvarig för förseningar (utom förstås när han är det). En sådan åtskillnad är ingen riktig åtskillnad.

60. Det förefaller mig som om den bakomliggande logiken (också här mot bakgrund av ett förbättrat konsumentskydd) måste ha varit att en operatör inte bör vara tvungen att betala kompensation när han *inte är ansvarig* för olägenheterna (oavsett om de orsakats av en inställd flygning eller en kraftig försening), men att han bör betala när han däremot *är* ansvarig. Kriteriet för kompensation är med andra ord inte orsakssammanhanget, utan huruvida operatören har gjort något fel (brett definierat).

26 — Idem, med korshänvisning till artikel 9.2.
27 — Artikel 6.1 c iii, med korshänvisning till artikel 8.1 a.
28 — Motiveringen till kommissionens ursprungliga förslag (ovan fotnot 12), punkt 23.

61. Om detta är riktigt, förklarar det ändå inte varför passagerare som orsakas olägenheter till följd av en inställd flygning och passagerare som orsakas olägenheter till följd av en kraftigt försenad flygning behandlas olika. Såväl kraftigt försenade flygningar som inställda flygningar kan vara operatörens ansvar (eller inte). Skillnaden i behandling enligt förordningen är emellertid inte beroende av huruvida operatören har gjort något fel. Den beror helt enkelt på huruvida det som har hänt klassificeras som en försenad flygning eller som en inställd flygning. Inte heller i förarbetena ges någon annan objektiv förklaring till skillnaden i behandling.

62. Skillnaden i behandling förefaller därför strida mot principen om likabehandling.

63. Detta bekräftas av domen i det ovannämnda målet IATA och ELFAA där domstolen klart och otvetydigt slog fast att förordningens främsta målsättning är att skydda konsumenterna. Sett ur passagerarnas perspektiv behandlas personer som befinner sig i jämförbara situationer olika, så att en kategori gynnas (passagerare vilkas flygning har ställts in) och den andra kategorin missgynnas (passagerare vilkas flygning är kraftigt försenad).

64. Det förefaller även, åtminstone vid första anblicken, som om förordningens främsta målsättning (att förbättra konsumentskyddet) skulle kunna uppnås med åtgärder genom vilka likabehandlingsprincipen faktiskt iakttas. Det ankommer naturligtvis på gemenskapslagstiftaren att utreda och besluta om sådana åtgärder. [29]

65. Bortsett från en kortfattad anmärkning från den polska regeringen har i förevarande mål inga argument lagts fram för domstolen som avser likabehandlingsprincipens potentiella inverkan på tolkningsfrågorna. Möjligheten att en granskning av skillnaden mellan försenad flygning och inställd flygning skulle kunna leda till slutsatsen att det sätt på vilket dessa två begrepp behandlas i förordningen strider mot denna grundläggande gemenskapsrättsliga princip har därför inte utretts tillräckligt. Jag är medveten om att det kan finnas motargument som jag inte har lyckats identifiera. Såväl gemenskapsinstitutionerna som medlemsstaterna bör få möjlighet att kommentera min bedömning och lägga fram argument om huruvida min motivering är objektiv.

29 — Endast som ett exempel: Åtgärder skulle kunna vidtas för att begränsa automatisk kompensation till fall av inställda flygningar där ombokning inte skett inom en fastställd tidsfrist (till exempel två timmar) och erbjuda automatisk kompensation i fall av förseningar som är längre än samma fastställda tidsfrist. Vid inställda flygningar skulle lufttrafikföretaget (liksom för närvarande) inte behöva tillhandahålla ekonomisk ersättning, om det kan visa att den försenade eller inställda flygningen berodde på extraordinära omständigheter, som inte hade kunnat undvikas även om alla rimliga åtgärder hade vidtagits. En motsvarande bestämmelse skulle behövas för att täcka förseningar som flygbolaget kan visa att det inte hade något ansvar för. Om nödvändigt och lämpligt skulle den fastställda tidsfristen kunna variera beroende på flygningens längd (liksom i de nuvarande artiklarna 6.1 och 7.2 i förordningen). Jag anser att ett sådant arrangemang också skulle uppfylla kraven på proportionalitet (som det uttryckligen hänvisades till i domen i det ovan i fotnot 16 nämnda målet IATA och ELFAA, punkt 79).

66. Jag föreslår därför att domstolen återupptar det muntliga förfarandet och anmodar medlemsstaterna, kommissionen, Europaparlamentet och rådet att inkomma med argument som avser denna fråga.

67. För det fall att domstolen inte skulle instämma i detta synsätt, framför jag nedan mina synpunkter på huruvida det är möjligt att tolka förordningen i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen. [30]

Indikationer på att en flygning har ställts in

68. Följande faktorer har i domstolen samt i nationell rättspraxis och doktrin [31] angetts som möjliga indikationer på att en flygning har ställts in: byte av lufttrafikföretag, byte av flygplan, byte av flygnummer, byte av avgångs- eller ankomstflygplats, återlämnande av bagage till passagerare, ny incheckning för passagerare, tilldelning av ny sittplats, ombokning av alla passagerare till ett annat eller flera andra flygplan, utfärdande av nya boardingkort och den omständigheten att piloten (eller någon annan av lufttrafikföretagets anställda) säger att flygningen är ”inställd” eller den anges som inställd på avgångstavlan.

69. Sunt förnuft säger att alla dessa faktorer kan utgöra indikationer på att en flygning har ställts in och inte endast är försenad. Ju fler av dessa faktorer som föreligger samtidigt, desto mer sannolikt är det att det faktiskt rör sig om en inställd flygning. På motsvarande sätt anser jag inte att en enda enskild faktor kan vara avgörande.

70. Att ett flygplan tas ur drift leder till exempel inte automatiskt till att den flygning som flygplanet skulle utföra ställs in. Flygningen kan fortfarande utföras om ett ersättningsflygplan sätts in. [32] Jag anser att det är oväsentligt huruvida passagerarna bokas om till ett enda eller flera ersättningsflygplan. [33]

71. En liknande bedömning kan tillämpas på de flesta av de ovannämnda faktorerna. De är en ofrånkomlig del av att resa med flyg. De kan föreligga i samband med en annars normal

30 — En gemenskapsrättslig bestämmelse ska så långt som möjligt tolkas i överensstämmelse med bestämmelserna i fördraget och gemenskapsrättens allmänna principer. Se till exempel dom av den 10 juli 2008 i mål C-413/06 P, Bertelsmann och Sony Corporation of America mot Impala (REG 2008, s. I-4951), punkt 174 och där angiven rättspraxis.

31 — Se till exempel Schmid, R., ”Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis – Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004”, 2006, *NJW* 26, s. 1843, Gaedtke, E., ”Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004”, 2007, *Verbraucher und Recht*, s. 203 och 204, Wagner, B., ”Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004”, 2006, *VuR*, s. 338 och 339, och den rättspraxis som det hänvisas till i dessa artiklar.

32 — Se mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Kramme (ovan fotnot 15), punkt 39.

33 — En faktor som nämns i begäran om förhandsavgörande i målet Böck och Lepuschitz.

flygning (det behöver inte ens röra sig om en försenad flygning).

72. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande angett att ett ändrat flygnummer [34] är en stark indikation på att en flygning har ställts in. [35] Denna åsikt stöddes vid den muntliga förhandlingen av ombuden för Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz, Condor och den grekiska regeringen. Även jag instämmer i denna åsikt.

73. Ett nytt flygnummer är dock inte en osviklig vägledning när det gäller att skilja mellan försenade flygningar och inställda flygningar. Flygnumret kan behöva ändras av rent tekniska skäl utanför lufttrafikföretagets kontroll, även om ingen av de övriga parametrarna för flygningen ändras. [36] Under sådana omständigheter kan ändringen av flygnumret inte betraktas som ett avgörande bevis på att flygningen har ställts in. Att det ursprungliga flygnumret behålls innebär omvänt inte nödvändigtvis att flygningen inte har ställts in.

74. Det samma gäller uttalanden av lufttrafikföretagens personal eller annan flygplatspersonal om att flygningen har ställts in. Det är inte svårt att föreställa sig ett ändlöst käbbel i nationella domstolar om huruvida en anställd, som under press sagt till en passagerare, som tillsammans med andra passagerare kallade på uppmärksamhet i trängseln framför en incheckningsdisk, att flyget var inställt, hade befogenhet att göra ett sådant uttalande (eller om huruvida den anställde och passageraren ens kunde göra sig tillräckligt förstådda på ett gemensamt språk så att det som sades fick en entydig innebörd). Ett meddelande av piloten eller en officiell listning på avgångstavlan måste anses ha större auktoritet, men är inte nödvändigtvis avgörande.

75. Eftersom ingen av de ovannämnda faktorerna ensam kan vara avgörande, måste de nationella domstolarna i varje enskilt fall bedöma betydelsen av var och en av dem, när flera faktorer föreligger samtidigt. Detta kan leda till avsevärda problem med rättssäkerheten. [37]

76. Det står också klart att lufttrafikföretagen själva har ett betydande inflytande över ett

34 — Även denna faktor nämns i begäran om förhandsavgörande i målet Böck och Lepuschitz.

35 — I sitt informationsdokument om förordningen angav kommissionen likaså att den anser att en flygning i allmänhet kan anses vara inställd när flygnumret ändras för en rutt för vilken passageraren har ett avtal på en viss dag enligt tidtabell, *Information Document of the Directorate-General for Energy and Transport: Answers to Questions on the application of Regulation No. 261/2004*, s. 3, se http://ec.europa.eu/transport/air_portal/passenger_rights/doc/2008/q_and_a_en.pdf.

36 — Till exempel på en rutt där ett lufttrafikföretag utför dagliga tidtabellsenliga flygningar är det ganska sannolikt att måndagens flygning och tisdagens flygning har samma flygnummer. I så fall är det, om måndagens flygning försenas med 24 timmar, nödvändigt att ändra flygnumret för att undvika eventuell förvirring i instruktionerna från kontrolltornet, eftersom piloten på måndagens flygning och piloten på tisdagens flygning skulle komma att göra klart för avgång, anhålla om en slottid för avgång, anhålla om tillstånd att taxa ut (och så vidare) samtidigt eller nästan samtidigt.

37 — Se nedan punkterna 89 och 90.

antal av de faktorer som kan användas för att skilja mellan försenad flygning och inställd flygning. Det ligger i lufttrafikföretagens ekonomiska intresse att vidta åtgärder för att se till att en händelse klassificeras som en försenad flygning och inte som en inställd flygning, oavsett hur lång förseningen är, och att (när så är möjligt) bestrida passagerarnas påståenden om att en flygning egentligen hade ställts in. [38]

Tiden som faktor vid fastställande av huruvida en flygning ställts in

77. Till skillnad från de ovannämnda faktorerna kan den tid som förflyter inte manipuleras. [39] Kan en ”orimligt kraftig” försening betraktas som en *de facto* inställd flygning, som ger rätt till kompensation enligt artikel 5.1 c i förordningen?

78. Familjen Sturgeon, Stefan Böck och Cornelia Lepuschitz, den österrikiska regeringen, den franska regeringen, den grekiska regeringen, den italienska regeringen, den polska regeringen, den svenska regeringen och kommissionen anser att en försenad flygning kan klassificeras som en inställd flygning efter det att en viss tid har förflutit. Förenade kungarikets regering anser emellertid att endast gemenskapslagstiftaren vederbörligen kan införa ”tid som har förflutit” som ett medel att skilja mellan de två händelserna. Condor har hävdat att artikel 19 i Montrealkonventionen ger passagerarna rätt till skadestånd om deras flygning är försenad. För att ta hänsyn till skyddet för passagerarna krävs därför inte att en lång försening tolkas som en inställd flygning i den mening som avses i artikel 5 i förordningen.

79. Jag ska kortfattat behandla det sistnämnda argumentet. Montrealkonventionen är tillämplig i gemenskapen. I konventionen föreskrivs om ersättning enligt kompensationsprincipen. Sådan ersättning kan i ett särskilt fall vara mer förmånlig för en särskild passagerare än den automatiska schablonmässiga kompensation vid inställd flygning som föreskrivs i artikel 7.1 i förordningen och för vilken det inte krävs bevis på att skada uppkommit. Det system som föreskrivs i förordningen skiljer sig från systemet enligt artikel 19 i Montrealkonventionen, vilket det kompletterar. [40] Passagerare vilkas flygning har ställts in erhåller kompensation enligt artikel 7.1 i förordningen ”utan att … behöv[a]

38 — I en rapport om förordningens praktiska konsekvenser angav kommissionen att det finns en oro för att flygbolagen kan klassificera om inställda flygningar som kraftiga förseningar för att undvika krav på kompensationsutbetalningar, även om den inte kunnat finna några tydliga statistiska belägg för detta (en nedgång i antalet inställda flygningar och en motsvarande ökning av antalet försenade flygningar). Se *Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet i enlighet med artikel 17 i förordning (EG) nr 261/2004 om användningen och resultaten av denna förordning om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar*, KOM(2007) 168 slutlig, punkt 4.1.2. Begärandena om förhandsavgöranden i förevarande mål bevisar det potentiella problemet.

39 — Jämför med den skarpa iakttagelsen av Tumskruv (en äldre djävul som instruerar sitt brorsbarn om de bästa metoderna att föra en själ till förtappelse) att människor alltid gör anspråk på att äga ”sin” tid: ”Månskorna kommer alltid med anspråk på äganderätt, vilket ger en lika komisk effekt i Himlen som i helvetet …” (C. S. Lewis, *The Screwtape Letters*, 1942, s. 112 och 113) [i svensk översättning av Alf Ahlberg: *Från helvetets brevskola, C. S. Lewis Klassiker*, Bokförlaget Libris, Örebro, 2003, s. 180].

40 — Av artikel 12.1 i förordningen framgår att den schablonmässiga kompensation som avses i artikel 7.1 inte är avsedd att tillämpas i stället för kompensation enligt Montrealkonventionen.

drabbas av de negativa konsekvenser som naturligt följer av en skadeståndstalan vid domstol". [41] Om en kraftig försening och en inställd flygning skapar likartade olägenheter för passagerarna, bör dessa, med hänsyn till skyddet för passagerare, i båda fallen på samma sätt kunna åtnjuta ett smidigt system för automatisk schablonmässig kompensation. Detta räcker för att tillbakavisa Condors argument.

80. Hur är det då med det centrala argumentet att en försenad flygning efter en viss tid måste anses vara en *de facto* inställd flygning?

81. Enligt sunt förnuft står det klart att tiden utgör en faktor när det gäller att fastställa huruvida en flygning har ställts in. Om ett antal av de ovannämnda faktorerna föreligger samtidigt och/eller flygningen har försenats orimligt länge, är detta en mycket stark indikation på att flygningen egentligen har ställts in.

82. Som kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen finns det, när en passagerare bokar en flygning, ett underförstått avtal med lufttrafikföretaget om transport mellan två punkter på en viss tid. Om avgångstiden för flygningen blir orimligt försenad, är det svårt att hävda att flygningen fortfarande är den "flygning … som i förväg planerats". [42] Om till exempel en flygning regelbundet utförs på samma tid varje dag, är det under normala förhållanden en stark indikation på att den första flygningen har ställts in, om flyget fortfarande inte har lyft när följande dags flyg har avgått. [43]

83. Eftersom det inte finns någon definition, måste begreppet försenad flygning tolkas mot bakgrund av samtliga bestämmelser i förordningen och de syften som eftersträvas med den. [44] Om den tid som förflutit betraktades som en viktig faktor när det gäller att fastställa huruvida en flygning har ställts in, skulle det helt klart bidra till förordningens syfte att förbättra skyddet för passagerarna. Det finns emellertid två svårigheter med detta tillvägagångssätt. För det första: vad menas med "orimlig försening"? För det andra: är det tillåtet att tolka förordningen så, att en orimlig försening klassificeras som en *de facto* inställd flygning?

41 — Se domen i det ovan i fotnot 16 nämnda målet IATA och ELFAA, punkt 45, där domstolen förklarade skillnaden mellan systemet i Montrealkonventionen och den automatiska rätten till assistans vid försenad flygning enligt artikel 6 i förordningen.

42 — Se definitionen av "inställd flygning" i artikel 2 l i förordningen.

43 — Jag menar inte att denna princip ska tillämpas så, att om en flygning utförs en gång i veckan, kan kompensation för inställd flygning krävas först efter det att följande veckas flyg har avgått.

44 — Se, analogt, domen i det ovan i fotnot 16 nämnda målet Emirates Airlines, punkterna 27 och 28.

När är en försening orimlig?

84. Kommissionen har med rätta påpekat att förordningen inte innehåller någon grundval för fastställande av en särskild tidpunkt efter vilken en försenad flygning ska klassificeras som en inställd flygning. Av förordningen framgår tydligt att en försening kan vara längre än fem timmar (artikel 6.1 c iii) och kan utsträcka sig till åtminstone nästa dag, eller kanske ännu längre (artikel 6.1 c ii i kombination med artikel 9.1 b första strecksatsen).

85. Den franska regeringen har påpekat att förordningen innehåller ett antal angivelser som kan fungera som fingervisning. Enligt artikel 6.1 i förordningen varierar den tidsperiod som utlöser skyldigheten att erbjuda särskilda former av assistans med flygningens längd: två timmar eller mer vid flygningar på 1 500 kilometer eller mindre, [45] tre timmar eller mer vid alla flygningar inom gemenskapen på mer än 1 500 kilometer och vid alla övriga flygningar på mellan 1 500 och 3 500 kilometer, [46] samt fyra timmar eller mer vid alla övriga flygningar. [47] Gemenskapslagstiftaren har således gjort rätten till service beroende av flygningens längd – passagerare som reser längre måste vänta längre innan de får rätt till service. [48]

86. Vid bedömningen av när en försening blir ”orimlig” och således ska klassificeras som en inställd flygning skulle de olika tidsperioderna i ovannämnda bestämmelser kunna beaktas. För att en försening ska vara ”orimlig” måste den emellertid vara avsevärt längre än de ovannämnda riktmärkena. Frågan är då: hur mycket längre?

87. Det är omöjligt att med en godtagbar grad av precision ange exakt hur lång tid som måste förflyta innan en försening ska betraktas som ”orimlig”.

88. Det måste därför ankomma på den nationella domstolen att i varje enskilt fall utvärdera omständigheterna och komma fram till en slutsats – på grundval av nationell rättspraxis i förening med sunt förnuft och känsla, och inte på grundval av en särskild gemenskapsrättslig bestämmelse – angående huruvida förseningen i det särskilda fallet var

45 — Punkt 1 a.
46 — Punkt 1 b.
47 — Punkt 1 c.

48 — Se likaledes artikel 7.2 och, analogt, artikel 5.1 c ii och iii i förordningen. Skälen i förordningen ger ingen förklaring till den indelning som gjorts när det gäller rätten till service och som kanske mer beror på en pragmatisk bedömning av den ekonomiska börda som det är godtagbart att ålägga luftrafikföretagen (mot bakgrund av kända mönster för förseningar vid kort-, medel- och långdistansflygningar) än någon djupare logik grundad på passagerarnas relativa behov.

”orimlig” och därför ska betraktas som en *de facto* inställd flygning. Av rättspraxis framgår att de nationella domstolarna ser mycket olika på huruvida tiden ska beaktas vid avgörandet av huruvida det rör sig om en inställd flygning och, i så fall, i vilken utsträckning. [49] Förutom att bekräfta att tiden kan vara en viktig faktor vid fastställandet av huruvida det rör sig om en inställd flygning, och att den planerade flygningens längd ska beaktas vid bedömningen av huruvida en försening är orimlig, kan domstolen inte göra mycket för att hjälpa de nationella domstolarna med särskild vägledning.

89. De varierande resultat som detta kommer att leda till kommer troligtvis att strida mot rättssäkerhetsprincipen.

90. Enligt fast rättspraxis kräver rättssäkerhetsprincipen – som är en av de allmänna gemenskapsrättsliga principerna – bland annat att en reglering ska vara klar och precis samt att tillämpningen av densamma ska vara förutsebar. Detta gäller i synnerhet om regleringen kan få negativa konsekvenser för enskilda och företag. [50] Principerna om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhet utgör en del av gemenskapens rättsordning och ska iakttas av gemenskapsinstitutionerna. [51] Det är naturligtvis viktigt att både passagerare och lufttrafikföretag känner till omfattningen av sina rättigheter och skyldigheter. Om nationella domstolar i medlemsstaterna ska besluta om huruvida en försening är ”orimlig”, kommer deras avgöranden inte att vara klara, tydliga eller förutsägbara för någondera av parterna.

Är det tillåtet att behandla en försenad flygning som en de facto *inställd flygning?*

91. Om det vore möjligt att antingen ange en exakt tidpunkt när en försening blir orimlig, eller fastställa ett antal kriterier som kunde tjäna som effektiv vägledning för den nationella domstolen, skulle man för att kunna besvara denna fråga vara tvungen att välja mellan en väldigt teleologisk syn på konsumentskydd eller att följa förordningens tydliga och klara ordalydelse.

92. Under nuvarande omständigheter förefaller valet vara enklare.

49 — Se till exempel den rättspraxis som anges i den litteratur som det hänvisas till i fotnot 31.

50 — Se dom av den 18 december 2008 i mål C-337/07, Altun (REG 2008, s. I-10323), punkt 60 och där angiven rättspraxis. Om denna princip och om principen om berättigade förväntningar i allmänhet, se till exempel Schønberg, S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, 2000.

51 — Dom av den 19 mars 2009 i mål C-256/07, Mitsui & Co. Deutschland (REG 2009, s. I-1951), punkt 31 och där angiven rättspraxis.

93. Varje numerisk tröskel för att fastställa vem som uppfyller kraven för en rättighet innebär en avgränsning mellan två grupper – de lyckligt lottade och de mindre lyckligt lottade – och lagstiftaren måste när denna tröskel fastställs se till att principen om likabehandling inte åsidosätts. Lagstiftaren har rätt att välja en siffra och sedan försvara den som objektivt motiverad, i den mån som talan väcks mot lagstiftarens val med hänvisning till åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Att välja ut den magiska siffran är gemenskapslagstiftarens befogenhet. I den mån som *varje* siffra i viss grad är godtycklig, omfattas denna godtycklighet av lagstiftarens befogenheter (lagstiftarens handlingsutrymme).

94. Gemenskapslagstiftaren kan således välja en särskild tidsgräns (23 och en halv timme, 24 timmar, 25 timmar eller 48 timmar – vilken som helst) efter vilken rätt till kompensation inträder. Domstolen kan inte göra det. Oavsett vilken siffra domstolen skulle välja, skulle det innebära att den tydde in något i förordningen som den helt enkelt inte innehåller, och att domstolen således inkräktade på lagstiftarens befogenheter.

95. Mer grundläggande är att *oavsett vilken tröskel som valdes* skulle alla passagerare på inställda flygningar, som förordningen nu är utformad, även i fortsättningen ha en automatisk rätt till kompensation, medan endast passagerare på orimligt försenade flygningar skulle ha en sådan rätt (oavsett hur domstolen än valde att definiera det begreppet). En del passagerare som befinner sig i objektivt lika situationer skulle fortfarande behandlas olika. En del passagerare som endast har utsatts för mindre olägenheter skulle fortfarande få automatisk kompensation, medan andra som har utsatts för mycket större olägenheter skulle förbli utan kompensation. [52]

Slutsats när det gäller frågorna om försenad flygning och inställd flygning

96. Det verkar som om man genom att försöka undvika Skylla (uppenbar diskriminering av passagerare vilkas flygning är orimligt försenad jämfört med passagerare som erhåller automatisk kompensation för sin inställda flygning) omedelbart sveps in i Karybdis (rättslig osäkerhet). De grundläggande svårigheter som jag angett ovan avseende principen om likabehandling kan tyvärr inte heller lösas genom en teleologisk syn på ”orimlig försening”. Svårigheterna verkar vara inneboende i förordningens struktur som den nu är utformad.

52 — Se exemplen ovan i punkterna 53, 55 och 56.

97. Eftersom jag inte anser att man kan lösa det bakomliggande problemet genom en tolkning av förordningen, hur konstruktiv den än vore, föreslår jag att domstolen återupptar det muntliga förfarandet enligt artikel 61 i domstolens rättegångsregler och anmodar medlemsstaterna, kommissionen, Europaparlamentet och rådet att inkomma med yttranden om huruvida artiklarna 5 och 7 samt artikel 6 i förordningen, och särskilt den skillnad som genom artiklarna införts mellan inställd flygning och försenad flygning, är ogiltiga mot bakgrund av principen om likabehandling.

Om begreppet extraordinära omständigheter

98. Den hänskjutande domstolen i målet Böck och Lepuschitz vill genom sin tredje tolkningsfråga få klarhet i huruvida tekniska problem med ett flygplan och de ändringar av tidtabellen som de leder till omfattas av definitionen av extraordinära omständigheter.

99. Jag behandlade denna fråga ingående i mitt förslag till avgörande i målet Kramme, [53] men begäran om förhandsavgörande drogs tillbaka innan domstolen hade avkunnat sin dom. En liknande begäran om förhandsavgörande inkom senare i målet Wallentin-Hermann. [54]

100. Domstolen ansåg i sin dom att artikel 5.3 i förordningen ”ska tolkas på ett sådant sätt att ett tekniskt problem med ett flygplan, som leder till att en flygning ställs in, inte omfattas av begreppet ’extraordinära omständigheter’, i den mening som avses i denna bestämmelse, såvida detta problem inte uppkommit till följd av händelser som, till sin art eller sitt ursprung, faller utanför det berörda lufttrafikföretagets normala verksamhet och som ligger utanför dess faktiska kontroll”. [55]

101. Samma svar måste naturligtvis ges på den tredje tolkningsfrågan i målet Böck och Lepuschitz.

53 — Se ovan fotnot 15.
54 — Se ovan fotnot 20.
55 — Se domen i det ovan i fotnot 20 nämnda målet Wallentin-Hermann, punkt 34.

Förslag till avgörande

102. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen

(1) innan den avgör de frågor som ställts av Bundesgerichtshof och den första och den andra av de frågor som ställts av Handelsgericht Wien återupptar det muntliga förfarandet i enlighet med artikel 61 i rättegångsreglerna och anmodar medlemsstaterna, kommissionen, Europaparlamentet och rådet att inkomma med yttranden om huruvida artiklarna 5 och 7 samt artikel 6 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91 är ogiltiga mot bakgrund av principen om likabehandling, eftersom det i dessa artiklar görs åtskillnad mellan inställd flygning och försenad flygning (oavsett flygningens längd),

(2) när den avkunnar sin dom besvarar den tredje av de tolkningsfrågor som ställts av Handelsgericht Wien på följande sätt:

Artikel 5.3 i förordning (EG) nr 261/2004 ska tolkas på ett sådant sätt att ett tekniskt problem med ett flygplan, som leder till att en flygning ställs in, inte omfattas av begreppet ”extraordinära omständigheter”, i den mening som avses i denna bestämmelse, såvida detta problem inte uppkommit till följd av händelser som, till sin art eller sitt ursprung, faller utanför det berörda lufttrafikföretagets normala verksamhet och som ligger utanför dess faktiska kontroll.