

Over vogels, vliegtuigen en verdragingschade

AV&S 2017/22

Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie kan bij vertragung als gevolg van een aanvaring tussen een vliegtuig en een vogel de verplichting vertragungsschade te vergoeden, komen te vervallen. Deze bijdrage betoogt vanuit rechtseconomisch perspectief dat compensatie van vertragungsschade beter via verzekeringen dan via aansprakelijkheid kan plaatsvinden. Voor wat betreft preventie van vertragungsschade wordt te veel voorzorg van de luchtvaartmaatschappij verlangd en wordt de schadevergoeding te hoog vastgesteld. De passagier betaalt via het duurdere vliegticket de prijs voor beide fouten. Dat vertragung door aanvaring met een vogel buiten beschouwing blijft, is een stap in de goede richting, maar de Europese regeling biedt nog steeds te veel schadevergoeding in gevallen waarin aansprakelijkheid onwenselijk is.

1. Inleiding

Op donderdag 4 mei jl. wees het Hof van Justitie van de Europese Unie arrest in zaak C-315/15. Het arrest betreft prejudiciële vragen die rezen naar aanleiding van een zaak die was aangespannen door twee Tsjechische vrouwen die bij een door de luchtvaartmaatschappij Travel Service uitgevoerde vlucht langdurige vertragung opliepen. Bij een eerdere vlucht op die dag had het vliegtuig een vertragung opgelopen van een uur en drie kwartier als gevolg van technische problemen en later die dag kwam het vliegtuig bij de landing in aanvaring met een vogel. Travel Service wilde, na controle door een daartoe op grond van de toepasselijke regelgeving bevoegde deskundige, ook nog een eigen controle uitvoeren. Bij geen van beide controles werd schade geconstateerd, maar de vlucht die de beide Tsjechische vrouwen maakten, kwam door al deze factoren wel vijf uur en twintig minuten te laat aan.

Beide vrouwen dienden een claim in van ongeveer € 250 wegens vertragungsschade, overeenkomstig Verordening (EG) nr. 261/2004. Volgens de verordening en de rechtspraak van het Hof hoeft de luchtvaartmaatschappij geen compensatie te betalen indien de vertragung het gevolg is van buitengewone omstandigheden die ondanks het treffen van alle redelijke maatregelen niet konden worden voorkomen. Relevante vraag in deze zaak is derhalve of de aanvaring met een vogel als zo'n omstandigheid kan worden gezien.

In deze bijdrage geef ik eerst kort de uitspraak van het Hof weer. Daarna bespreek ik vanuit rechtseconomisch perspectief enkele vragen die deze uitspraak oproept en trek ik enkele conclusies.

¹ Prof. mr. dr. L.T. Visscher is bijzonder hoogleraar Legal Economic Analysis of Tort and Damages (EUR). Citeerwijze: L.T. Visscher, 'Over vogels, vliegtuigen en vertragungsschade', AV&S 2017/22, afl. 3.

2. De uitspraak

Volgens het Hof kunnen als buitengewone omstandigheden worden aangemerkt gebeurtenissen die vanwege hun aard of oorsprong niet inherent zijn aan de normale uitoefening van de activiteiten van de betrokken luchtvaartmaatschappij en waarop laatstgenoemde geen daadwerkelijke invloed kan uitoefenen. Hieronder valt niet een voortijdig defect van sommige onderdelen van het luchtvaartuig, omdat zo'n storing wezenlijk verbonden is met het systeem voor de werking van het toestel. De luchtvaartmaatschappij kan hier daadwerkelijke invloed uitoefenen omdat zij moet zorgen voor het onderhoud en het goed functioneren van de luchtvaartuigen die zij gebruikt. De aanvaring tussen een vliegtuig en een vogel zijn volgens het Hof niet vanwege hun aard of oorsprong inherent aan de normale uitoefening van de activiteiten van de betrokken luchtvaartmaatschappij en deze kan hierop geen daadwerkelijke invloed uitoefenen, aangezien zij niet wezenlijk zijn verbonden met het systeem voor de werking van het toestel. Die aanvaring valt derhalve onder het begrip buitengewone omstandigheid.

Zo'n omstandigheid bevrijdt de luchtvaartmaatschappij echter alleen als zij kan aantonen dat zij zelfs met inzet van alle beschikbare materiële, financiële en personeelsmiddelen kennelijk niet had kunnen vermijden – behoudens indien zij op het relevante tijdstip onaanvaardbare offers uit het oogpunt van de mogelijkheden van haar onderneming had gebracht – dat de buitengewone omstandigheden waarmee zij werd geconfronteerd tot annulering van de vlucht of tot een aankomstvertragung van die vlucht van drie uur of meer leidden.

Voor wat betreft de aanvaring op zichzelf overweegt het Hof dat de luchtvaartmaatschappij 'redelijke maatregelen' moet nemen om de risico's van een aanvaring met een vogel te verkleinen of zelfs weg te nemen. Dit kan mede de inzet omvatten van preventieve controlemaatregelen ten aanzien van die vogels, mits de luchtvaartmaatschappij daadwerkelijk in staat is die maatregelen te nemen en deze maatregelen van haar geen onaanvaardbare offers verlangen uit het oogpunt van de mogelijkheden van haar onderneming. Hierbij mag alleen rekening worden gehouden met de maatregelen die de luchtvaartmaatschappij zelf moest nemen, en niet met maatregelen die onder de verantwoordelijkheid van derden vallen, zoals luchthavenexploitanten of luchtverkeersleiders.

Voor wat betreft de tweede controle na de aanvaring overweegt het Hof dat het aan de luchtvaartmaatschappij is om, na een buitengewone omstandigheid, aan de situatie aangepaste maatregelen te nemen. Een tweede controle die onvermijdelijk resulteert in een aankomstvertragung van drie uur of meer, is niet zo'n aan de situatie aangepaste maatregel wanneer er naar aanleiding van de aanvaring al een controle is uitgevoerd door een daartoe op grond van de toepasselijke regelgeving bevoegde deskundige.

Voor het bepalen van de relevante vertraging moet volgens het Hof van de totale vertraging worden afgetrokken de vertraging die is veroorzaakt door een buitengewone omstandigheid die niet kon worden voorkomen met aan de situatie aangepaste maatregelen en ten aanzien waarvan de luchtvaartmaatschappij alle redelijke maatregelen heeft getroffen om de gevolgen ervan te ondervangen.

3. Een korte rechtseconomische evaluatie

3.1 Doelen van aansprakelijkheid – schadespreiding

De uitspraak roept een aantal vragen op die (ook, maar niet alleen) vanuit rechtseconomisch perspectief interessant zijn. Een eerste vraag is wat het doel van de aansprakelijkheid voor vertragingssschade is. Rechtseconomen bestuderen aansprakelijkheid primair als een instrument dat wenselijke gedragsprikkelers kan geven. Dit geldt zowel voor contractuele als voor buitencontractuele aansprakelijkheid. Naast dit preventiedoel zorgt aansprakelijkheid ook voor een bepaalde risicoverdeling.

Laat ik met dat laatste beginnen: aan wie kan het risico voor vertragingssschade het beste worden toegedeeld, de passagier of de luchtvaartmaatschappij? Als de luchtvaartmaatschappij aansprakelijk is, treedt deze als het ware als een soort verzekeraar van de passagier op.² De passagier ontvangt immers een uitkering als de schade intreedt. De luchtvaartmaatschappij zal, voor zover mogelijk, deze aansprakelijkheid in de prijs van de vliegtickets omslaan, zodat de passagier wel voor deze dekking betaalt. Op deze manier vindt een spreiding van de schade plaats: alle passagiers betalen een hogere prijs voor de vliegtickets en de passagiers die daadwerkelijk vertragingssschade lijden, worden voor deze schade gecompenseerd.

Schadespreiding is op zichzelf beschouwd wenselijk.³ Economen veronderstellen dat geld afnemend marginaal nut heeft: met het eerste geld dat iemand vergaart, bevredigt hij de belangrijkste behoeften, zoals voedsel, onderdak en kleding. Deze eerste euro's hebben dus veel waarde. Naarmate iemand echter al meer geld heeft, zal een extra euro aan steeds minder belangrijke behoeften worden uitgegeven. Het extra nut dat een extra euro oplevert (dit is het 'marginale nut') wordt dus steeds lager naarmate iemand al meer geld heeft. Schadespreiding zorgt ervoor dat een schade over een grotere groep mensen wordt verdeeld, zodat iedereen slechts euro's met het laagste marginale nut kwijtraakt. Als diezelfde schade geconcentreerd bij een kleinere groep personen zou liggen, zou het hen ook euro's met een hoger marginaal nut kosten. Gespreide schade kost dus minder nut dan een geconcentreerde schade van dezelfde omvang. De wenselijkheid van schadespreiding betekent echter nog niet dat aansprakelijkheid voor vertragingssschade wense-

lijk is. Zoals gezegd, de aansprakelijkheid fungeert als een soort verzekering en het is de vraag of passagiers wel een verzekering tegen vertragingssschade willen hebben. Het marginaal nut van geld stijgt na het lijden van *vermogensschade* en daarom willen mensen zich daar tegen verzekeren. Immers, de betaalde premie kost euro's met een relatief laag marginaal nut (voor het intreden van de schade) en de eventuele uitkering levert juist euro's met een relatief hoog marginaal nut op (nadat de vermogensschade is geleden).⁴ Die redenering gaat echter niet op bij *niet-vermogensschade*, want daarbij raakt de gelaedeerde geen euro's kwijt. Hij zal daarom ook geen geld willen uitgeven aan een verzekeringspremie.⁵ De aansprakelijkheid voor vertragingssschade kost de passagiers echter wel degelijk geld (het duurdere vliegticket) en voor zover de vertraging niet-vermogensschade oplevert, is dit geld dat ze niet aan deze 'verzekering' hadden willen uitgeven.

Het is dus de vraag of passagiers wel beter af zijn door de Europese regeling. Natuurlijk is het *ex post* voor een passagier die vertraging heeft opgelopen, best fijn om geld te krijgen. Maar *ex ante* is hij slechter af vanwege de duurdere vliegtickets, als de vergoeding niet alleen vermogensschade maar ook immateriële schade beoogt te vergoeden.

Voor zover de vergoeding wél vermogensschade dekt, is het de vraag of dit wel via een aansprakelijkheid voor een vast bedrag per passagier moet worden gedaan. Voor de passagiers die minder schade lijden dan het toegekende bedrag is de regeling als het ware een loterij: de extra prijsstijging van het vliegticket is de prijs van het lot en de 'jackpot' is de uitkering die hoger is dan de vermogensschade. Dit is geen wenselijke situatie, want rationele mensen doen niet mee aan een loterij (tenzij de spanning van het mogelijk winnen van een grote prijs ze het geld van het lot waard is, maar die spanning is hier afwezig). En passagiers die meer vermogensschade lijden dan het toegekende bedrag, zijn ook niet tevreden met deze regeling. Als passagiers al behoefte hebben aan dekking voor vertragingssschade, dan is het veel beter om (indien mogelijk) dit via een eigen *first party* verzekering te doen, bijvoorbeeld via een losse module in de reisverzekering. Op die manier kunnen mensen de dekking kiezen die bij hun situatie past, in plaats van geconfronteerd te worden met een *one size fits all* die in werkelijkheid niemand past. Zo betalen mensen die geen behoefte hebben aan dekking tegen vertragingssschade ook niet mee aan de dekking van mensen die daar wel behoefte aan hebben.

Het is te verwachten dat de verzekeringspremie voor dekking tegen vertragingssschade lager zal zijn dan de prijsstijging van het vliegticket als gevolg van aansprakelijkheid voor vertragingssschade. Enerzijds komt dit omdat de systeemkosten van aansprakelijkheid vele malen hoger zijn dan die van verzekeringen, zodat het aansprakelijkheidsrecht als systeem van schadespreiding kostbaarder is dan verzekeringen.⁶ Daarnaast geldt dat de problemen

2 Zie bijvoorbeeld S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2004, p. 351 e.v.

3 Voor schadespreiding in een contractuele setting, zie bijvoorbeeld S. Shavell, 'The Design of Contracts and Remedies for Breach', (99) *The Quarterly Journal of Economics* 1984, p. 127 e.v. Zie ook L.A. Kornhauser, 'An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies', (57) *University of Colorado Law Review* 1986, p. 706.

4 S.P. Croley en J.D. Hanson, 'The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law', (108) *Harvard Law Review* 1995, p. 1822.

5 S.P. Croley en J.D. Hanson, 1995, p. 1801.

6 Zie bijvoorbeeld G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press 1977, p. 21 en 27.

van averechtse selectie en moreel risico beter bestreden kunnen worden bij *first party* verzekeringen (zoals de reisverzekering van de passagiers) dan bij *third party* verzekeringen (zoals de aansprakelijkheidsverzekering van de luchtvaartmaatschappij).⁷ Dit komt met name omdat de dekking bij *first party* verzekeringen veel beter kan worden afgestemd op de wensen van de verzekerde, zodat iemand die geen of slechts een lage dekking voor vertragingsschade wenst, niet hoeft mee te betalen aan de hogere dekking van iemand anders.

3.2 Doelen van aansprakelijkheid – preventie

Het preventiedoel staat in de rechtseconomische analyse van aansprakelijkheid meestal voorop. Dit doel is niet alleen bij buitencontractuele aansprakelijkheid van belang, maar ook bij contractuele. Aansprakelijkheid voor vertragingsschade beoogt vanuit dat perspectief dus gedragsprikkel aan de luchtvaartmaatschappij te geven om zulke vertraging te vermijden. Bij het beantwoorden van de vraag *hoeveel* zorg een potentiële schadeveroorzaker moet nemen, maken rechtseconomen een afweging tussen de extra kosten die extra voorzorgsmaatregelen met zich meebrengen (de ‘marginale kosten’) en de schade die deze extra maatregelen naar verwachting hadden voorkomen (de ‘marginale baten’). Zolang de marginale kosten lager zijn dan de marginale baten, is extra zorg wenselijk. In deze afweging zijn met name de kans op het intreden van schade, de omvang van de schade, en de kosten van voorzorgsmaatregelen relevant, dus de Kelderluikfactoren.

Bij risicoaansprakelijkheid is de laedens aansprakelijk, ongeacht zijn zorgniveau. Hij maakt dus zelf de afweging tussen de kosten van het treffen van extra voorzorg en de baten daarvan. Bij schuldaansprakelijkheid maakt de rechter (bij het formuleren van de zorgvuldigheidsnorm) of de wetgever (bij het formuleren van de wettelijke norm) die afweging en legt deze vast in een gedragsnorm. Als de laedens aan die norm heeft voldaan, is hij niet aansprakelijk. Als hij zich niet aan de norm heeft gehouden, is hij wel aansprakelijk. Dit impliceert dat bij schuld- en risicoaansprakelijkheid dezelfde afweging tussen de kosten en baten van zorg wordt gemaakt, maar dat de actor die de afweging maakt (laedens, rechter of wetgever) verschilt. De vraag of voor een bepaald type schadevoorvallen schuld- dan wel risicoaansprakelijkheid beter is, hangt dus onder meer af van de vraag wie de beste informatie heeft over de mogelijke kosten en baten van voorzorgsmaatregelen.⁸

Het Hof lijkt in deze zaak een hoger zorgniveau te vereisen dan uit een afweging van marginale kosten en baten zou voortvloeien. Het Hof overweegt namelijk dat de luchtvaartmaatschappij dient aan te tonen dat zij zelfs met inzet van *alle beschikbare materiële, financiële en personeelsmid-*

delen (mijn curs.) kennelijk niet had kunnen vermijden dat de buitengewone omstandigheden waarmee zij werd geconfronteerd tot annulering van de vlucht of tot een aankomstvertraging van die vlucht van drie uur of meer leidde. Hierbij wordt als bovengrens aangegeven dat dit *onaanvaardbare offers* (mijn curs.) zou vergen uit het oogpunt van de mogelijkheden van haar onderneming.

Naar mijn mening brengt dit criterium mee dat de luchtvaartmaatschappij ook voorzorgsmaatregelen dient te treffen die meer kosten dan dat ze opleveren, in de vorm van lagere verwachte vertragingsschade. Dit is een inefficiënte maatstaf. Voor zover de luchtvaartmaatschappijen in staat zijn om hun kosten door te berekenen aan de passagiers in de prijs van een vliegticket, betalen de passagiers uiteindelijk zelf voor deze excessieve zorg. Met andere woorden, vliegtuigpassagiers betalen voor voorzorgsmaatregelen die meer kosten dan ze opleveren. Ze zouden in totaal beter af zijn als de maatschappijen aan een minder strenge gedragsnorm zouden worden gehouden. Weliswaar zou er dan vaker vertraging optreden waarvoor ze onder een regime van schuldaansprakelijkheid niet gecompenseerd worden, maar de daling in de prijs van de vliegtickets weegt hier ruimschoots tegenop.

Onder een regel van risicoaansprakelijkheid zou de luchtvaartmaatschappij geen excessieve zorg nemen. Immers, de luchtvaartmaatschappij draait zelf op voor alle kosten van voorzorgsmaatregelen, maar profiteert ook van die maatregelen door de lagere kans op het moeten vergoeden van vertragingsschade. Als de luchtvaartmaatschappij fouten maakt in het inschatten van die kosten en baten, kan natuurlijk wel een te hoog of te laag zorgniveau resulteren. Hier gaat het dus weer om de factor die hierboven ook werd genoemd: wie kan de afweging tussen de kosten en baten van zorg het beste maken: laedens, rechter of wetgever? Bij de huidige norm van schuldaansprakelijkheid is het zeer wel mogelijk dat de luchtvaartmaatschappij wel probeert aan de excessieve norm te voldoen (zelfs als zij weet dat die norm meer zorg vereist dan optimaal is), omdat de kosten van het nemen van excessieve zorg (waardoor aansprakelijkheid wordt ontlopen) lager kunnen zijn dan de kosten van lagere zorg plus aansprakelijkheid. Alleen als de zorgvuldigheidsnorm zó hoog wordt gelegd dat er nooit aan kan worden voldaan, is er *de facto* sprake van een ‘pseudorisicoaansprakelijkheid’ waarbij de luchtvaartmaatschappij ook weer zou besluiten alleen die maatregelen te treffen die minder kosten dan ze opleveren. De vraag wordt dan natuurlijk wel waarom er in zo’n geval niet voor een ‘echte’ risicoaansprakelijkheid wordt gekozen.

De gedragsprikkel die fout- en risicoaansprakelijkheid geven, zijn mede afhankelijk van de schadevergoeding. Dit is heel duidelijk bij risicoaansprakelijkheid. De laedens maakt daar geen afweging tussen de zorgkosten enerzijds en de reductie in de *verwachte schade* anderzijds, maar tussen die zorgkosten en een reductie in de *verwachte aansprakelijkheid*. Als de schadevergoeding te hoog is, dan weegt de reductie in verwachte aansprakelijkheid zwaarder dan de reductie in verwachte schade en zal de laedens te veel zorg nemen. Bij een te lage schadevergoeding is dit net an-

7 Zie bijvoorbeeld W. Bishop, ‘The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance’, (12) *Journal of Legal Studies* 1983, p. 260 e.v.; en M.G. Faure, ‘The View from Law and Economics’, in: G. Wagner (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Wenen: Springer 2005, p. 245, 261.

8 Zie bijvoorbeeld H.-B. Schäfer & F. Müller-Langer, ‘Strict Liability versus Negligence’, in: M. Faure (red), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, second edition*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 3 e.v.

dersom. Bij schuldaansprakelijkheid kan dit anders zijn: als de rechter of wetgever de gedragsnorm heeft vastgesteld op basis van een juiste afweging tussen de kosten en baten van zorg, en het voor een laedens goedkoper is om zich aan de gedragsnorm te houden dan om aansprakelijk te zijn, dan geeft schuldaansprakelijkheid ook bij een te hoge of te lage schadevergoeding nog steeds de juiste zorgprikkel.

Als de luchtvaartmaatschappij de benodigde voorzorgsmaatregelen heeft getroffen maar er toch een aanvaring met een vogel plaatsvindt doordat de luchthaven bijvoorbeeld onvoldoende gebruik heeft gemaakt van lichtflitsen of geluidskanonnen, en/of doordat de luchtverkeersleiding niet adequaat heeft gewaarschuwd voor of gereageerd op de aanwezigheid van vogels, dan dient aansprakelijkheid niet op de luchtvaartmaatschappij te rusten, maar op die andere partij(en). Zij hadden immers meer voorzorgsmaatregelen moeten treffen. De overweging van het Hof dat alleen rekening moet worden gehouden met de maatregelen die de luchtvaartmaatschappij zelf moest nemen, en niet met maatregelen die onder de verantwoordelijkheid van derden vallen, zoals luchthavenexploitanten of luchtverkeersleiders, is dus wenselijk. Mocht de situatie zich echter voordoen dat de luchtvaartmaatschappij nog wel kan reageren op vogels die vanwege een fout van een derde aanwezig zijn, dan is het wenselijk dat de luchtvaartmaatschappij inderdaad reageert, mits de kosten van die reactie niet hoger zijn dan de baten ervan. Om de derden toch juiste gedragsprikkel te blijven geven, zouden de kosten van die maatregel en de schade die na die maatregel eventueel toch nog ontstaat, vervolgens door de luchtvaartmaatschappij verhaald moeten kunnen worden op die derde.⁹

3.3 De omvang van de schadevergoeding

In het bovenstaande heb ik kort aandacht besteed aan het probleem dat de vaste bedragen waarmee de Europese regeling werkt tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat passagiers een dekking tegen vertragingsschade krijgen opgedrongen die ze niet willen, terwijl ze hiervoor wel een hogere prijs voor hun vliegtickets moeten betalen. Het zou beter zijn dat ze zelf kunnen kiezen voor dekking tegen zulke schade, bijvoorbeeld in hun reisverzekering. Ook is aan de orde gekomen dat een te hoge of te lage schadevergoeding verkeerde zorgprikkel kan geven.

Dit roept de vraag op of de bedragen uit de Europese regeling goed zijn gekozen. In het kader van de onderhavige bijdrage kan ik daar niet heel uitgebreid op ingaan, maar mij bekruipt het gevoel dat een bedrag van € 250 voor een vertraging vanaf drie uur aan de hoge kant is. Veel passagiers zullen bijvoorbeeld geen inkomensschade lijden als gevolg van de vertraging, hetzij omdat ze niet voor hun werk op reis waren, hetzij omdat hun inkomen wordt doorbetaald. En nogmaals, voor passagiers die wel een grote inkomensschade lijden bij vertragingen, ligt het veel meer voor de hand dat zij zich zelf tegen zulke schade verzekeren.

Voor zover de vergoeding niet-vermogensschade beoogt te dekken, is het eveneens de vraag of het bedrag dan niet (veel) te hoog is. In een eerdere bijdrage heb ik de vraag geprobeerd te beantwoorden of verlies van tijd vanuit rechts-economisch perspectief vergoedbare niet-vermogensschade vormt.¹⁰ Ik heb daar betoogd dat de omvang van die vergoeding zou kunnen worden gebaseerd op het bedrag dat mensen gemiddeld genomen zelf bereid zijn te betalen om verlies van tijd te vermijden, omdat dat een goede indicatie geeft van hoe erg ze dat verlies van tijd vinden. Mijn conclusie was dat dit bedrag in de orde van grootte van enkele euro's per uur ligt, zodat de bedragen uit de Europese regeling mijns inziens vele malen te hoog zijn. Mocht de werkelijke vertragingsschade inderdaad slechts zeer beperkt van omvang zijn, dan kan het zelfs wenselijk zijn deze buiten beschouwing te laten, om zo de systeemkosten van het aansprakelijkheidsrecht te vermijden.

3.4 Gevaar van strategisch gedrag?

Een laatste interessante vraag wordt opgeroepen door de overweging van het Hof dat het voor het oordeel of er sprake is van een buitengewone omstandigheid geen verschil maakt of de aanvaring daadwerkelijk schade heeft toegebracht. Immers, zo overweegt het Hof, vanwege de doelstelling om een hoog niveau van bescherming van de passagiers te waarborgen, mogen luchtvaartmaatschappijen er niet toe worden gebracht om ervan af te zien de bij een dergelijk incident vereiste maatregelen te treffen en voorrang te geven aan de handhaving en punctualiteit van hun vluchten boven de nagestreefde veiligheid van die passagiers.

Dit is op zich een begrijpelijke overweging, want als de luchtvaartmaatschappij met het oog op het voorkomen van aansprakelijkheid voor vertragingsschade te terughoudend wordt bij het controleren na aanvaringen met vogels, dan zou de situatie kunnen ontstaan dat er met onveilig materieel wordt gevlogen, met alle gevolgen van dien. Toch wil ik twee kanttekeningen bij de overweging van het Hof plaatsen.

Ten eerste kan de dreiging van aansprakelijkheid (en reputatieschade) bij (bijna-)ongevallen als gevolg van het onvoldoende controleren na een aanvaring met een vogel de luchtvaartmaatschappij prikkels geven om punctualiteit niet boven veiligheid te laten gaan, mits de schadevergoeding bij ongevallen goed geregeld is. Immers, als een luchtvaartmaatschappij na aanvaring met een vogel onvoldoende controleert of het veilig is om verder te vliegen en daardoor moet bij de volgende vlucht een noodlanding worden gemaakt of erger, dan zal de luchtvaartmaatschappij voor de daarbij ontstane schade aansprakelijk kunnen worden gesteld. Wel is het hierbij de vraag of de maximale bedragen die overeenkomstig de diverse luchtvaartverdragen aan schadevergoeding worden uitgekeerd, deze prikkels niet onwenselijk beperken.

Ten tweede moet worden voorkomen dat luchtvaartmaatschappijen een beweerde aanvaring met een vogel die geen

9 Zie bijvoorbeeld D. Wittman, 'Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages, and Related Doctrines in the Law', (10) *Journal of Legal Studies* 1981, p. 74 e.v.

10 L.T. Visscher, 'Vergoeding van 'verlies van tijd' als ander nadeel', *AV&S* 2012/10, afl. 3 (p. 96-101).

schade heeft toegebracht kunnen gebruiken als excuus voor langdurige vertragingen. Met andere woorden, het kan verstandig zijn wel bewijs van de luchtvaartmaatschappij te verlangen voor de beweerde aanvaring met een vogel, om strategisch gedrag te beteugelen.

4. Conclusie

Bovenstaande vragen laten zien dat aanvaringen tussen vogels en vliegtuigen juridisch en economisch interessant zijn. Naar mijn mening legt het Hof een te zware zorgvuldigheidsnorm op door te vereisen dat de luchtvaartmaatschappij dient aan te tonen dat zij zelfs met inzet van alle beschikbare materiële, financiële en personeelsmiddelen kennelijk niet had kunnen vermijden dat de buitengewone omstandigheden waarmee zij werd geconfronteerd tot annulering van de vlucht of tot een aankomstvertraging van die vlucht van drie uur of meer leidde, tenzij dit onaanvaardbare offers zou vergen uit het oogpunt van de mogelijkheden van haar onderneming. Deze norm kan excessieve zorgprikkel aan de luchtvaartmaatschappij geven om te proberen toch aan deze norm te voldoen en zo aansprakelijkheid te ontlopen. Het zou beter zijn als de zorgvuldigheidsnorm zou worden vormgegeven via de Kelderluikcriteria, dus middels een afweging van de marginale kosten en baten van voorzorgsmaatregelen. Ook een norm van risicoaansprakelijkheid (zodat de luchtvaartmaatschappij zelf de afweging maakt) of een zorgvuldigheidsnorm die zo streng zou zijn dat deze niet te halen is, hetgeen in pseudo-risicoaansprakelijkheid resulteert, zou wenselijke zorgprikkel kunnen verstrekken. Ook is het nog maar de vraag of de passagiers blij moeten zijn met de Europese regeling betreffende vertragingsschade. Het geeft ze dekking voor schade waartegen ze zich helemaal niet willen verzekeren (en de prijsstijging van vliegtickets is als het ware de premie die ze voor deze dekking betalen). Zelfs als vertragingsschade vanwege de wenselijke zorgprikkel wel voor vergoeding in aanmerking dient te komen (hetgeen vanwege de systeemkosten die deze aansprakelijkheid meebrengt te betwijfelen valt), dan zijn de bedragen uit de Europese regeling mijns inziens veel te hoog.

Luchtvaartmaatschappijen dienen dus in beginsel wel prikkels te krijgen om vertragingsschade te voorkomen, maar deze prikkels moeten worden gebaseerd op (1) een afweging van de marginale kosten en baten van extra voorzorgsmaatregelen; en (2) een juiste inschatting van de schade. Mijns inziens faalt de huidige regeling op beide aspecten. Mocht de echte vertragingsschade laag zijn, dan kan het zelfs beter zijn deze helemaal buiten beschouwing te laten, omdat de betere zorgprikkel en de betere schadespreiding dan niet opwegen tegen de systeemkosten van het wél afhandelen van deze schade.

De NOS berichtte dat enkele organisaties die opkomen voor de belangen van vliegtuigpassagiers de uitspraak 'verbazingwekkend' noemen.¹¹ Dit mag vanuit rechtseconomisch

perspectief niet verbazen. Zulke organisaties hebben immers een verdienmodel dat gebaseerd is op het verkrijgen van vergoedingen voor vertragingsschade voor passagiers, zodat zij direct belanghebbende zijn bij een ruime vergoedingsregeling. Ze ontvangen bijvoorbeeld een *success fee* van 25% bij winst. Mijns inziens heeft het Hof echter wel degelijk een stap in de goede richting gezet door te bepalen dat de vertraging als gevolg van een aanvaring met een vogel, waar de luchtvaartmaatschappij niets tegen kon doen, niet meeweegt bij het bepalen van het recht op schadevergoeding.

11 <https://nos.nl/artikel/2171448-rechter-geen-schadevergoeding-voor-vertraagde-vlucht-bij-aanvaring-vogel.html>.