

## **Ákvörðun Samgöngustofu nr. 42/2022 vegna kvörtunar um aflýsingu á flugi nr. SK596 þann 2. janúar 2022.**

### **I. Erindi**

Þann 21. mars 2022 barst Samgöngustofu (SGS) kvörtun frá AB (kvartendur). Kvartendur áttu bókað far með flugi Scandinavian Airlines (SAS) SK596 þann 2. janúar 2022 frá Keflavík til Bergen með tengiflugi í gegnum Kaupmannahöfn undir einu bókunarnúmeri.

Flugi nr. SK596 þann 2. janúar 2022 frá Keflavík til Kaupmannahafnar var aflýst vegna útbreiðslu ómíkrón afbrigðis kórónuveirunnar. Fluginu var aflýst þann 2. janúar 2022

Kvartendur fara fram á staðlaðar skaðabætur á grundvelli reglugerðar EB nr. 261/2004 um sameiginlegar reglur um skaðabætur og aðstoð til handa farþegum sem er neitað um far og þegar flugi er aflýst eða mikil seinkun verður, sbr. reglugerð nr. 1048/2012 um skaðabætur og aðstoð til handa farþegum í flugi sem neitað er um far og þegar flugi er aflýst, seinkað eða flýtt eða vegna tapaðs farangurs eða tjóns á honum.

### **II. Málavextir og bréfaskipti**

SGS sendi SAS kvörtunina til umsagnar með tölvupósti þann 21. mars 2022. Í svari SAS sem barst SGS þann 22. apríl 2022 kom eftirfarandi fram:

#### **Legal ground**

The flight disruption related this claim was caused by the outbreak of the new mutant of Covid-19, which falls under the definition of extraordinary circumstances in Article 5(3) of Regulation EC 261/2004 („the Regulation). SAS has taken all reasonable measures to avoid the extraordinary circumstance and should accordingly be exempted from liability.

#### **Statement of the Case**

Flight SK5969, with a scheduled time of departure the 2nd of January, was cancelled due to lack of crew at Keflavik airport.

The Covid-19 pandemic has had a devastating effect on the air transport industry as a whole. Since March 2020 airlines have been forced to adjust their flight operations drastically according to the global travel restrictions.

In September 2021, most countries seemed to have managed to control the virus to the extent which made it possible to open up borders again, and the demand for air travel started to rise. On 26 November 2021, WHO designated the variant B.1.1.529 of the virus a variant of concern, named Omicron. The new mutant of the virus appeared to be extremely contagious and the numbers of infected people once again started to increase. As the infection began to take speed in all Scandinavian countries by the middle of November 2021, the National Health Authorities decided to take new actions to

minimize the spread of the virus. The new restrictions included among other rules that not only people who was confirmed infected, but also everyone sharing the same household, had to put themselves in quarantine for at least 7 days regardless of symptoms.

The Omicron continued to spread in a fast pace and the number of infected people in Scandinavia rose drastically week by week during December 2021 through January 2022. This obviously also affected SAS staff. The new guidelines regarding household quarantine unevitably increased the procentage of sick leave in all sectors. Between the 1<sup>st</sup> and 12<sup>th</sup> of January 2022 the average procentage of sick leave among cabin crew and cabin deck crew in Sweden, Norway and Denmark ranged between 3.9-6.3%, which is considerably higher than normal. Even though SAS proactively managed to arrange for a larger float of standby crew than usual during this period, with an extra stand by crew stab of in total about 20% of the ordinary crew number, situations like these inevitably give rise to disruptions in the flight schedule. As an extra crew load operates a flight that originally was to be operated by staff on a sick leave, the amount of standby crew naturally decreases and the possibility for the air carrier to operate all other flights, also in need of more crew at the same airport and the same day, is almost non-existent.

### **Extraordinary circumstances**

According to Article 5(3) of the Regulation, the carrier must demonstrate that the flight disruption was caused by an extraordinary circumstance which could not have been avoided even if all reasonable measures were taken in order to avoid to pay the compensation. The concept of extraordinary circumstances has been chisled out by case law meaning 'an event which is not inherent in the normal exercise of the activity of the carrier' and which is 'beyond its actual control'.

In order to determine whether the outbreak of the Omicron virus can be considered as an extraordinary circumstance, several tool might be used in addition to the jurisprudence, such as the draft proposal to amend the Regulation (2013 Proposal) the 2016 Guidelines, and the 2020 Guidelines. The latter confirms the exceptional situation as they considered that public authorities' measures to limit the dissemination of the pandemic are extraordinary circumstances:

*“where public authorities take measures intended to contain the Covid-19 pandemic, such measures are by their nature and origin not inherent in the normal exercise of the activity of carriers and are outside their actual control.”*

To be considered as acceptable means of defence, Article 5(3) of the Regulation further requires that the cancellation must be 'caused by' extraordinary circumstances. Based on the time line presented above – with the new restrictions, the spread of the virus and the procentage of sick leave among SAS staff – there is no doubt of the direct link between the outbreak of the new mutant of the virus and the flight disruptions seen in December 2021 through January 2022.

### **Reasonable measures**

To avoid liabiltiy, the air carrier also must prove that the extraordinary circumstance could not have been avoided even if all reasonable measures were taken. The Court of Justice of the European Union held that such measures should not lead the carrier to make 'intolerable sacrifices seen in the light of its capacity at the relevant time'.

An outbreak of a virus is by its definition something which airlines are unable to avoid by any possible measures. Airlines cannot either influence decision maker as they are not consulted when authorities abruptly enact new restrictions and guidelines about quarantine. Even if airlines would be able to affect such decisions, there is no reasonable action which in light of the protection of the global health could be made in order to perform a planned flight schedule. By minimizing the risk of flight disruptions by remarkably increasing the number of standby flight crew, SAS has taken all reasonable measures to avoid the effect of the virus outbreak in light of the capacity of the airline at the relevant time. Thus, there are no other reasonable measures that SAS could have taken to avoid the event or its effects on the air passengers in the actual case.

### **Summary**

Based on what has been stated above, SAS argues that the flight disruption was caused by an extraordinary circumstance that could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. The claim should therefore be dismissed.

SGS sendi kvartendum svar SAS til umsagnar þann 22. apríl 2022. Í svári kvartenda sem barst þann 10. maí 2022 kom eftirfarandi fram:

My comments to SAS reply are as follows:

1. Covid-19 is at the time of the flight 02. Jan 2022, not anything new, or extraordinary event.

Covid-19 had at that point been active for almost two years. Of course during this period of active covid, infection waves occur, and sick leave may go up and down. However, since SAS Flight program was also heavily reduced during covid, and correspondingly, they should have more available flight crew than normal. Unless SAS reduced number of flight crew, to a level that was not taking into account that infection rates can fluctuate. Thus, I believe it was still under SAS possible control, to ensure enough flight crew was available, and it cannot be considered an extraordinary event.

2. SAS Claim that sick leave was extraordinary high, at the time of scheduled departure, 2nd January 2022. This is however not easy for me to consider, due to the following:

a. What is the average sick leave in SAS? Without knowing this, how can one know if this is extraordinary or not? I ask that ICETRA request this information from SAS, to truly be able to verify if SAS statement is true.

b. In attachment 7 that SAS refer to, the leftmost column refer to dates in January 2020, not 2022! Is this data really correct? I ask that ICETRA verify this information from SAS, as other attachments are referring to 2022 dates.

### **III. Forsendur og niðurstaða Samgöngustofu**

Neytendur flugþjónustu eða aðrir sem hagsmuna hafa að gæta sem telja að flugrekandi, flytjandi, ferðaskrifstofa eða umboðsmaður framangreindra aðila hafi brotið gegn skyldum sínum samkvæmt lögum um loftferðir nr. 60/1998 eða reglugerðum settum á grundvelli þeirra geta beint kvörtun til Samgöngustofu, sbr. 1. mgr. 126. gr. c. loftferðalaga. Stofnunin tekur málið til skoðunar í samræmi við ákvæði laganna og stjórnslulaga nr. 37/1993 og sker úr

ágreiningsi með ákvörðun, sbr. 3. mgr. 126. gr. c og 140. gr. loftferðalaga, ef hann verður ekki jafnaður með öðrum hætti. Sú ákvörðun er bindandi.

Um réttindi flugfarþega er fjallað í reglugerð EB nr. 261/2004 um sameiginlegar reglur um skaðabætur og aðstoð til handa farþegum sem neitað er um far og þegar flugi er aflýst eða mikil seinkun verður, sem var innleidd hér á landi með reglugerð nr. 1048/2012. Samkvæmt 3. gr. reglugerðar nr. 1048/2012 er Samgöngustofa sá aðili sem ber ábyrgð á framkvæmd reglugerðarinnar samanber 16. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004.

Um aflýsingu flugs og þá aðstoð sem flugrekandi skal veita í slíkum tilvikum er fjallað um í 5. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004. Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. skal farþegum ef flugi er aflýst, boðin aðstoð af hálfu flugrekandans í samræmi við 8. gr. og a-lið 1. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 9. gr. Ef flugleið farþega er breytt og brottför nýja flugsins er a.m.k. degi eftir áætlaða brottför flugsins sem var aflýst eiga farþegar einnig rétt á aðstoð sem tilgreind er í b- og c-lið 1. mgr. 9. gr. Sé flugi aflýst eiga farþegar rétt á skaðabótum frá flugrekanda í samræmi við 7. gr., hafi ekki verið tilkynnt um aflýsingu á þann hátt sem mælt er um í i) – iii) liðum c-liðar 1. mgr. 5. gr., nema flugrekandi geti sýnt fram á að flugi hafi verið aflýst af völdum óviðráðanlegra aðstæðna sem ekki hefði verið hægt að afstýra jafnvel þótt gerðar hefðu verið allar nauðsynlegar ráðstafanir, sbr. 3. mgr. 5 gr. reglugerðarinnar.

Um aflýsingu flugs og þá aðstoð sem flugrekandi skal veita í slíkum tilvikum er fjallað um í 5. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004. Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. skal farþegum ef flugi er aflýst, boðin aðstoð af hálfu flugrekandans í samræmi við 8. gr. og a-lið 1. mgr. 9. gr. og 2. mgr. 9. gr. Ef flugleið farþega er breytt og brottför nýja flugsins er a.m.k. degi eftir áætlaða brottför flugsins sem var aflýst eiga farþegar einnig rétt á aðstoð sem tilgreind er í b- og c-lið 1. mgr. 9. gr. Sé flugi aflýst eiga farþegar rétt á skaðabótum frá flugrekanda í samræmi við 7. gr., hafi ekki verið tilkynnt um aflýsingu á þann hátt sem mælt er um í i) – iii) liðum c-liðar 1. mgr. 5. gr., nema flugrekandi geti sýnt fram á að flugi hafi verið aflýst af völdum óviðráðanlegra aðstæðna sem ekki hefði verið hægt að afstýra jafnvel þótt gerðar hefðu verið allar nauðsynlegar ráðstafanir, sbr. 3. mgr. 5 gr. reglugerðarinnar.

Fyrir liggur í málinu að kvartendur áttu bókað far með flugi nr. SK596 frá Keflavík til Kaupmannahafnar þann 2. janúar 2022 og að fluginu var aflýst þann 2. janúar 2022. Álitafni þessa máls er hvort að umrædd aflýsing sé bótaskyld á grundvelli EB reglugerðar nr. 261/2004. Í því samhengi kemur til skoðunar hvort að aflýsing á flugi kvartenda megi rekja til óviðráðanlegra aðstæðna í skilningi 3. mgr. 5. gr. reglugerðar sömu reglugerðar.

Af hálfu SAS er því haldið fram að flugi nr. SK596 þann 2. janúar 2022 hafi verið aflýst vegna skorts á flugáhöfn sem hafi mátt rekja til þess að hlutfall veikindaleyfa meðal starfsmanna SAS hafi verið óeðlilega hátt fyrir tímabilið 1. – 12. janúar 2022, vegna útbreiðslu kórónuveirunnar eða nánar tiltekið útbreiðslu ómíkrón afbrigðisins.

Í því samhengi vísar SAS til 3. mgr. 5. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004 sem undanskilur flugrekandann frá bótaskyldu þegar aðstæður eru óviðráðanlegar. Að mati SAS var ekkert sem

flugrekandinn gat gert til að koma í veg fyrir aflýsingu flugsins og gerði flugrekandinn allt sem í hans valdi stóð til að leysa úr þeim aðstæðum sem upp voru komnar og því eigi SAS ekki að bera bótaábyrgð í málinu.

Við mat á því hvort að hægt sé að beita undanþáguákvæði 3. mgr. 5. gr. í reglugerð EB nr. 261/2004 vísar SGS til leiðbeinandi umfjöllunar í dómum og skipunum Evrópudómstólsins um ákvæðið í málunum C-549/07 Wallentin-Hermann g. Alitalia, C-394/14 Siewert g. Condor og C-315/15 Peskova og Peska g. Travel Services. Í þessum málum kemur skýrt fram að tvö skilyrði þurfa að vera til staðar svo að flugrekendur geti beitt 3. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar til undanþágu frá bótaskyldu og þurfa bæði skilyrðin að vera uppfyllt. Skilyrðin eru:

- A) Að umrætt atvik sem veldur töf sé óviðráðanlegt af hálfu flugrekanda.
- B) Að umrætt atvik sem veldur seinkun eða aflýsingu sé að eðli og uppruna utan venjulegrar flugrekstrarstarfsemi viðkomandi flugrekanda.

Í C-549/07 Wallentin-Hermann g. Alitalia má sjá að óviðráðanleg vélarbilun fellur ekki undir undanþágu í 3. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar þar sem vélarbilanir eru eðlilegur þáttur í flugrekstrarstarfsemi flugfélaga. Þá má sjá í C-394/14 Siewert g. Condor að árekstur stigabifreiðar á flugvelli við flugvél fellur ekki undir undanþágu 3. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar þar sem notkun slíkra tækja telst nauðsynlegur og eðlilegur þáttur í rekstrarumhverfi flugvalla þó svo að flugfélagið hefði ekkert getað gert til að koma í veg fyrir slíkt atvik. Í C-315/15 Peskova og Peska g. Travel Services mátti hinsvegar sjá að árekstur fugls við hreyfil flugvélar teldist hvorki viðráðanlegt atvik né þáttur í eðlilegri flugrekstrarstarfsemi og því átti undanþágan í 3. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar við.

Við meðferð málsins lagði SAS fram gögn máli sínu til stuðnings, þ. á m. yfirlit sem sýnir hlutfall veikindaleyfa flugáhafnar meðlima flugrekandans fyrir janúar 2020 og fyrir janúar 2022. Á móti kemur þá hefur SAS ekki lagt fram gögn við meðferð málsins sem sýna fram á að umrædd veikindaleyfi víki frá meðaltíðni veikindaleyfa almennt á meðal flugáhafnar meðlima SAS og ástæðu þess að viðkomandi veikindaleyfi hafi haft þau áhrif að flugi nr. SK596 þann 2. janúar 2022 var aflýst. Frekar en einhverju öðru flugi af þeim fjölda fluga sem voru flogin á vegum SAS þann 2. janúar 2022. Í því samhengi ber að nefna úrskurð innviðaráðuneytisins í máli nr. IRN22010976 frá 19. júlí 2022. Í úrskurðinum bendir ráðuneytið á að óviðráðanlegar aðstæður geta ekki ráðist af rekstrarlegum grundvelli. Markmið með reglum um skaðabætur til handa farþegum vegna aflýsingar flugferða er neytendavernd. Að mati SGS var það rekstarleg ákvörðun SAS að aflýsa bæði flugi kvartenda nr. SK596 og flugi nr. SK595 þann 2. janúar 2022 frá Kaupmannahöfn til Keflavíkur, þ.e. fyrra flugi sömu vélar sem síðar átti að framkvæma flug kvartenda. Að því virtu er það mat SGS að ekki er um óviðráðanlegt atvik um að ræða og því sé fyrrnefnda skilyrðið ekki uppfyllt í máli þessu.

SGS skoðaði einnig síðarnefnda skilyrðið, þ.e. hvort að skortur á flugáhöfn vegna hás hlutfalls veikindaleyfa á meðal flugáhafnarmedlima SAS sökum útbreiðslu ómíkrón afbrigðis kórónuveirunnar, geti talist að eðli og uppruna utan venjulegrar flugrekstrarstarfsemi viðkomandi flugrekanda

SGS telur rétt að líta til þess að flugrekandi má ávallt gera ráð fyrir því að flugáhafnarmedlimir kunni að verða skráðir í veikindaleyfi á tímum heimsfaraldurs, þó svo að flugrekandi geti auðvitað ekki séð fyrir hvenær það gerist. Veikindaleyfi starfsmanna SAS vegna heimsfaraldurs kórónuveiru megi því rekja uppruna sinn og eðli til venjulegrar flugrekstrarstarfsemi flugrekanda. Að því sögðu og með hliðsjón af leiðbeinandi sjónarmiðum Evrópudómstólsins í málum nr. C-549/07, C-394/14 og C-315/15 telur SGS að veikindaleyfi flugáhafnarmedlima SAS, þótt skyndileg séu, falli fremur í þá átt að teljast atvik sem falli innan venjulegrar flugrekstrarstarfsemi og að síðara skilyrði fyrir beitingu 3. mgr. 5. gr. sé ekki uppfyllt. Enn fremur verður að líta til þess að 3. mgr. 5. gr. er undantekningarákvæði sem bera að skýra þröngt sbr. fyrrgreinda umfjöllun.

Að lokum ber að fjalla um tilvísun SAS til leiðbeinandi tilmæla framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins sem birt voru þann 18. mars 2020. Í leiðbeinandi tilmælunum er að finna leiðbeiningar varðandi túlkun á ákvæðum EB reglugerðar nr. 261/2004 vegna áhrifa Covid-19 á flugrekendur og farþega, aðallega með hliðsjón af aflýsingu á flugi, sbr. 5. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004. Í kafla 3.4 í leiðbeinandi tilmælunum segir:

The Commission considers that, where public authorities take measures intended to contain the Covid-19 pandemic, such measures are by their nature and origin not inherent in the normal exercise of the activity of carriers and are outside their actual control.

Article 5(3) waives the right to compensation on condition that the cancellation in question 'is caused' by extraordinary circumstances, which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken.

This condition should be considered fulfilled, where public authorities either outright prohibit certain flights or ban the movement of persons in a manner that excludes, *de facto*, the flight in question to be operated.

Í þessu máli verður að líta til þröngjandi lögskýringar Evrópudómstólsins á hugtakinu óviðráðanlegar aðstæður í skilningi 3. mgr. 5. gr. EB reglugerðar nr. 261/2004 og til útgefna leiðbeininga framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um að til þess að óviðráðanlegur aðstæður skapist verði að vera um að ræða slíka takmörkun á för manna að hún sé bann í raun. Óumdeilt er að slíkar aðstæður voru ekki fyrir hendi í máli þessu.

Með vísan til þess sem að framan er ritað og með hliðsjón af venjubundinni túlkun Evrópudómstólsins á hugtakinu óviðráðanlegar aðstæður, sbr. 3. mgr. 5. gr. EB reglugerðar 261/2004, fellur aflýsing flugsins undir bótaskyld atvik samkvæmt reglugerðinni.

Er það því mat SGS að fjarvera áhafnarmeðlima í flugi nr. SK596 þann 2. janúar 2022 vegna veikindaleyfa sem rekja má til útbreiðslu ómíkrón afbrigðis kórónuveirunnar, þótt skyndilegt sé, falli ekki undir að vera óviðráðanlegt atvik í skilningi 3. mgr. 5. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004. Ber SAS því að greiða kvartendum bætur samkvæmt b-lið 1. mgr. 7. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004, vegna aflýsingar á flugi nr. SK596 þann 2. janúar 2022.

### *Ákvörðunarorð*

Scandinavian Airlines ber að greiða hvorum kvartanda fyrir bætur fyrir sig að upphæð 400 evrur skv. b-lið 1. mgr. 7. gr. reglugerðar EB nr. 261/2004 sbr. reglugerð nr. 1048/2012.

Ákvörðun þessi er kæránleg til innviðaráðuneytisins skv. 3. mgr. 126. gr. c. loftferðalaga nr. 60/1998 og 18. gr. laga nr. 119/2012 um Samgöngustofu, stjórnslustofnun samgöngumála. Kæra skal berast ráðuneytinu innan þriggja mánaða frá því að viðkomandi var tilkynnt um ákvörðun þessa.

Reykjavík, 19. september 2022

Ómar Sveinsson

Andri Rúnar Gunnarsson