

# Turkish Airlines de primeur?

## Een beschouwing van de aansprakelijkheid van de luchtvervoerder naar aanleiding van de Turkish Airlines crash.

### Inleiding

De crash van de Boeing 737-800 van Turkish Airlines op 25 februari 2009 is het eerste luchtvaartongeval in Nederland sinds de totstandkoming en inwerkingtreding van het Verdrag van Montreal in 2003. Negen inzittenden kwamen om en een groot aantal passagiers raakte gewond.<sup>1</sup> Over de oorzaak van het ongeval wordt nog druk gespeculeerd. Nauwgezet onderzoek van de Onderzoeksraad Voor Veiligheid (OVV) zal uiteindelijk uitsluitsel moeten geven.<sup>2</sup>

Vanuit het perspectief van het internationale luchtrecht rijst de vraag in hoeverre Turkish Airlines aansprakelijk is jegens de passagiers en jegens de nabestaanden van de dodelijke slachtoffers.

Nu sprake is van partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, rijst allereerst de vraag welk recht van toepassing is op deze rechtsverhoudingen. Zal de Turkish Airlines crash de primeur zijn voor de toepassing van het Verdrag van Montreal in de Nederlandse rechtspraak of moet toch weer de uit 1929 stammende 'Warschau-lappendeken' uit de mottenballen worden gehaald? Deze vraag vormt – samen met de vraag welke rechter bevoegd is – de opmaat voor de uiteindelijke hoofdmoot van deze bijdrage: een beschouwing over de (omvang van de) aansprakelijkheid van Turkish Airlines.

### Verlost van Warschau?

Een van de eerste vragen waarmee de passagiers, de piloten<sup>3</sup> de nabestaanden en hun juridisch adviseurs waarschijnlijk geconfronteerd zullen worden, is de vraag welk recht van toepassing is. Dat is niet per definitie het Verdrag van

Montreal 1999 (hierna: VvM)<sup>4</sup>, dat in 2003 in werking is getreden en daarmee het oude 'Warschau-systeem' verving.

Dat Warschau-systeem bestaat uit het uit 1929 stammende Verdrag van Warschau (hierna: VvW)<sup>5</sup>, dat door de jaren heen werd aangevuld en gewijzigd door maar liefst vijf protocollen<sup>6</sup>, een aanvullend verdrag<sup>7</sup>, diverse privaatrechtelijke overeenkomsten<sup>8</sup> en communautaire regelgeving<sup>9</sup>. Omdat niet alle protocollen even wijdverbreid geratificeerd zijn en de privaatrechtelijke overeenkomsten meestal van regionale aard waren, was het onder het Warschau-systeem nogal ingewikkeld om vast te stellen wat de juiste toepasselijke versie van het verdrag was. Toen dit hele systeem in 1999 werd vervangen door één allesomvattend Verdrag van Montreal, leken daarmee de problemen opgelost. Dit is echter een misvatting. In veel gevallen blijkt dat het Warschau-systeem nog steeds een belangrijke rol speelt.

### Plaats van vertrek en plaats van bestemming

Het Verdrag van Montreal is alleen dwingendrechtelijk en rechtstreeks toepasselijk als aan de eisen van art. 1 VvM is voldaan. De hoofdregel is dat *zowel* de plaats van vertrek als de plaats van bestemming gelegen moeten zijn in een verdragsluitende staat. Turkije is echter geen lidstaat.<sup>10</sup> Op basis van de hoofdregel is het Verdrag van Montreal dus niet toepasselijk in de onderhavige situatie. In plaats daarvan moet men zoeken naar die versie van het Verdrag van Warschau die Nederland en Turkije gemeen hebben. Dit is het Verdrag van Warschau 1929 zoals gewijzigd door het Haags Protocol 1955. Eventueel wordt deze regeling aangevuld of gewijzigd door een privaatrechtelijke overeenkomst of communautaire regeling.

\* Mw. mr. I. Koning is als universitair docent/onderzoeker werkzaam bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift.

1. Zie <www.nrc.nl/crash>.
2. De eerste bevindingen van de onderzoeksraad zijn te vinden op <www.onderzoeksraad.nl>.
3. De aansprakelijkheid van Turkish Airlines jegens de nabestaanden van de piloten wordt in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten. Overigens is het Verdrag van Montreal niet van toepassing op deze rechtsverhoudingen. Hoewel art. 1 VvM de eis niet uitdrukkelijk stelt, wordt vrij algemeen aangenomen dat het verdrag uitsluitend aansprakelijk is indien tussen partijen een vervoerovereenkomst is gesloten. (Zie I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal*, (diss. Rotterdam) 2007, p. 53). De piloten (en ook het cabinepersoneel) bevonden zich aan boord in het kader van de uitoefening van hun dienstbetrekking, niet op grond van een vervoerovereenkomst.
4. Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Montreal 28 mei 1999, *Trb.* 2000, 32, Nederlandse vertaling in *Trb.* 2001, 91.
5. Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Verdrag van Warschau 12 oktober 1929, *Stb.* 1933, 365. Nederland heeft het Verdrag van Warschau op 6 april 1933 bekrachtigd.
6. Het Haags Protocol 1955 (HP), het Montreal Protocol nr. 1 (MP1), het Montreal Protocol nr. 2 (MP2) en het Montreal Protocol nr. 4 (MP4).
7. Het Aanvullend Verdrag van Guadalajara (AVG).
8. De Montreal Agreement 1966, de Malta Agreements, het Japanese Initiative 1992, de IATA Inter-carrier Agreement 1995 (IIA) en de Agreement on Measures to Implement the IATA Inter-carrier Agreement (MIA).
9. Verordening (EG) nr. 2027/97 van de Raad van 9 oktober 1997 betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen (*PbEG* 1997, L 285/1). Verordening (EG) nr. 889/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 13 mei 2002 houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2027/97 van de Raad betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen (*PbEG* 2002, L140/2).
10. Zie de ratificatiestanden op <www.icao.org>. Nederland is sinds 2004 partij bij het Verdrag van Montreal, dat werd goedgekeurd bij Rijkswet van 23 februari 2004 (*Stb.* 2004, 83), zie *Trb.* 2004, 167. Na deponering van de akte van goedkeuring bij ICAO is het verdrag in werking getreden op 28 juni 2004.

### Retourvluchten

Gelukkig kent het verdrag voor retourvluchten een aanvulling op de hoofdregel. Op grond van de tweede volzin van art. 1 lid 2 VvM is het Verdrag van Montreal eveneens van toepassing indien zowel de plaats van vertrek als de plaats van bestemming gelegen zijn in een en dezelfde verdragssluitende staat, mits een tussenlanding plaatsvindt in een ander land, dat overigens geen lidstaat hoeft te zijn. De lengte van de tussenlanding doet daarbij niet ter zake. Deze aanvulling is bedoeld om zeker te stellen dat retourvluchten die vertrekken uit lidstaten onder de reikwijdte van het verdrag vallen.<sup>11</sup> Passagiers die op een retourticket Nederland-Turkije-Nederland reizen, kunnen daardoor een beroep doen op het Verdrag van Montreal. Nederland (lidstaat) geldt dan als plaats van vertrek en plaats van bestemming en er vindt een tussenlanding plaats in Turkije. Niet alle passagiers zullen echter op een dergelijk ticket gereisd hebben. Passagiers die op een 'omgekeerd' retourticket reisden (Turkije-Nederland-Turkije), vallen buiten de boot. Hetzelfde geldt voor passagiers die een enkele reis hebben geboekt, of de heenreis en de terugreis los van elkaar boekten als twee enkele reizen.

### Opvolgend vervoer en code sharing

Bij de vraag welk recht van toepassing is, zijn nog veel meer complicerende factoren denkbaar. Passagiers kunnen op allerlei verschillende soorten tickets gereisd hebben, wat tot gevolg kan hebben dat steeds weer een ander rechtsregime toepasselijk is. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat het traject Turkije-Nederland slechts onderdeel was van een meeromvattende reis; dat voorafgaand aan of aansluitend op dit traject andere vluchten waren geboekt. Als bij het sluiten van deze overeenkomst deze opeenvolgende trajecten worden gezien als één enkel vervoer, dan zijn alleen de oorspronkelijke plaats van vertrek en uiteindelijke eindbestemming bepalend voor de toepasselijkheid van het Verdrag van Montreal of het Verdrag van Warschau (art. 1 lid 3 VvM/VvW).

Ook zogenoemde 'code share'-constructies kunnen van invloed zijn op het toepasselijke recht. *Code sharing* is de in de luchtvaart veelvoorkomende situatie waarbij luchtvaartmaatschappijen onder eigen naam en eigen codes bepaalde lijnen van andere luchtvervoerders 'marketen' en verkopen als eigen lijnen. In feite is sprake van ondervoer; de vlucht wordt verkocht door vervoerder A, die op zijn beurt een overeenkomst sluit met vervoerder B die het vervoer daadwerkelijk gaat verrichten. Dit kan consequenties hebben voor het toepasselijke recht. Is de luchtvervoerder met wie de passagier een overeenkomst heeft gesloten een *Europese vervoerder*, dan gaat Verordening (EG) nr. 889/2002 betref-

fende de aansprakelijkheid van de luchtvervoerder bij ongevallen<sup>12</sup> een rol spelen. Deze verordening bepaalt dat de aansprakelijkheid van de 'luchtvervoerder van de Gemeenschap' is onderworpen aan de bepalingen van het Verdrag van Montreal die op 'die aansprakelijkheid betrekking hebben' (art. 3 Verordening (EG) nr. 889/2002). De verordening is opgesteld met het oog op situaties als de onderhavige, waarin (een versie van) het Verdrag van Warschau van toepassing zou kunnen zijn in plaats van het Verdrag van Montreal.<sup>13</sup> *Luchtvervoerders van de Gemeenschap* zijn luchtvaartmaatschappijen wier hoofdvestiging of statutaire zetel in een lidstaat van de EU ligt.<sup>14</sup> De hoofdvestiging of statutaire zetel van Turkish Airlines is echter niet gelegen in een lidstaat van de EU, waardoor de verordening toepassing mist als het ticket rechtstreeks bij Turkish Airlines is geboekt.<sup>15</sup>

De vraag welk recht van toepassing is moet dus per passagier, per afzonderlijk ticket worden beantwoord. In veel gevallen zal dit neerkomen op toepasselijkheid van het Verdrag van Montreal of het Verdrag van Warschau zoals gewijzigd door het Haags Protocol 1955.<sup>16</sup> Maar de kans is aanwezig dat men uitkomt bij een ander regime wanneer de oorspronkelijke plaats van vertrek of de uiteindelijke eindbestemming is gelegen in een land dat uitsluitend partij is bij het oorspronkelijke Verdrag van Warschau, of zelfs daar geen partij bij is.<sup>17</sup>

Het Warschau-systeem wijkt in grote mate af van het Verdrag van Montreal. De meest in het oog springende afwijking is wel de verregaande limitering van aansprakelijkheid voor schade wegens dood of lichamelijk letsel onder het Verdrag van Warschau. Dit aspect komt hieronder nader aan de orde. Voor passagiers van Turkish Airlines wordt die pijn echter grotendeels verzacht doordat Turkish Airlines zowel de *Intercarrier Agreement on Passenger Liability (IIA)* als de *Agreement on Measures to Implement the IATA Intercarrier Agreement (MIA)* heeft ondertekend, waarover later meer. Kortom: over de vraag welk recht van toepassing is, kan ondanks het feit dat het Verdrag van Montreal op de kop af tien jaar geleden tot stand kwam, nog steeds geen eenduidig antwoord worden gegeven.

### Jurisdictie

Het tweede probleem waar passagiers en hun nabestaanden waarschijnlijk tegenaan zullen lopen, is de vraag bij welke rechter zij een eventuele vordering aanhangig moeten maken. De vraag welke rechter bevoegd is, hangt namelijk samen met de vraag welk verdrag toepasselijk is. Zowel het Verdrag van Warschau als het Verdrag van Montreal hebben een

11. Zie F. Reuschle, *Montrealer Übereinkommen. Kommentar*, Berlin: De Gruyter Recht 2005, p. 46; P.S. Dempsey en M. Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, Montreal: McGill University centre for research in Air and Space law 2005, p. 68; Shawcross & Beaumont, *Air Law*, Londen: Butterworths Lexis Nexis (losbl.), VII-[321].

12. Verordening (EG) nr. 889/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 13 mei 2002 houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2027/97 van de Raad betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen (*PbEU* 2002, L 140/2).

13. Zie overwegingen 3 en 4 van de considerans bij de verordening.

14. Op grond van art. 2 lid 1 sub b Verordening (EG) nr. 889/2002 dient een luchtvervoerder van de Gemeenschap over een geldige exploitatievergunning overeenkomstig Verordening (EEG) nr. 2407/92 te beschikken, die afgegeven is in de lidstaat van hoofdvestiging of statutaire zetel.

15. Interessant is overigens de laatste zinsnede van art. 3 Verordening (EG) nr. 889/2002, dat alleen de bepalingen van het Verdrag van Montreal die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van toepassing zijn. Sluit dit bijvoorbeeld de jurisdictiebepalingen en de bepalingen omtrent verjaring van vorderingen uit?

16. Dit is ook het regime waar de algemene voorwaarden van Turkish Airlines naar verwijzen, zie <www.thy.com>.

17. Bijvoorbeeld Thailand.

eigen jurisdictieregeling die rechtstreeks en dwingendrechtelijk<sup>18</sup> regelen welke rechter bevoegd is. Beide verdragen komen in dit opzicht grotendeels overeen, zij het dat het Verdrag van Montreal een belangrijke aanvulling bevat. De jurisdictieregeling prevaleert boven die van de Verordening (EG) nr. 44/2001 inzake rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Vo.), zie art. 71.<sup>19</sup>

#### Vier fora

Art. 28 van het Verdrag van Warschau biedt van oudsher de keuze uit vier fora, welke ongewijzigd zijn overgenomen in het Verdrag van Montreal (art. 33 lid 1 VvM). Een vordering moet worden ingesteld voor de rechter van een lidstaat, hetzij:

1. voor de rechter van de woonplaats van de vervoerder;
2. voor de rechter van de hoofdzetel van de onderneming van de vervoerder;
3. voor de rechter van de plaats waar de vervoerder een vestiging heeft, door welke zorg de overeenkomst is gesloten;
4. voor de rechter van de plaats van bestemming.

De eerste twee opties wijzen in het geval van Turkish Airlines naar de rechter in Istanbul, Turkije. De derde optie kan allerlei complicaties opleveren. Wat is bijvoorbeeld een 'vestiging'? Hoe wordt deze plaats bepaald als de boeking via internet is gedaan?<sup>20</sup>

De vierde optie geeft alle passagiers op wiens ticket Nederland als eindbestemming is vermeld, toegang tot de Nederlandse rechter. Deze optie zal er in veel gevallen voor zorgen dat de passagier toegang krijgt tot de rechter van zijn eigen land. Zo kunnen in Nederland woonachtige passagiers die een retourticket Nederland-Turkije-Nederland kochten, terecht bij de Nederlandse rechter.<sup>21</sup>

#### Een extra forum

Het Verdrag van Montreal kent in aanvulling op deze vier fora nog een 'vijfde forum'. Dit forum is in het verdrag opgenomen op voorstel van de Verenigde Staten, om te voorkomen dat Amerikaanse passagiers op grond van de eerste vier fora onverhoopt aangewezen zouden zijn op een vreemde rechter.<sup>22</sup> Art. 33 lid 2 VvM bepaalt dat naast de fora van het eerste lid ook bevoegd is de rechter van het land waar de passagier zijn duurzame hoofdverblijf heeft en waarheen of van waaruit de vervoerder – kort gezegd – diensten onderhoudt, mits dit land een verdragssluitende staat is.<sup>23</sup> Het vereiste dat de vervoerder in ieder geval diensten moet on-

derhouden op het desbetreffende land zorgt ervoor dat de vervoerder alleen kan worden gedaagd in een land waar hij daadwerkelijk commerciële betrekkingen heeft.<sup>24</sup> Deze bepaling is vooral van belang voor passagiers (of hun nabestaanden) die wel een retourticket Amsterdam-Istanbul-Amsterdam hadden (waardoor het Verdrag van Montreal toepasselijk is, IK), maar die niet in Turkije of Nederland duurzaam woonachtig zijn. Zij kunnen de luchtvervoerder dagvaarden voor de rechter van het land waar zij zelf woonachtig zijn. Het vijfde forum geldt overigens alleen voor schade wegens dood of lichamelijk letsel. Voor bagageschade blijft de passagier dus aangewezen op een van de vier 'oorspronkelijke' fora. Onder het Verdrag van Montreal is de kans dat een passagier gedwongen wordt een vordering in te stellen voor een rechter in een vreemde staat dus kleiner dan onder het Verdrag van Warschau, dat geen vijfde forum kent.

#### Getrapte of beperkte aansprakelijkheid

Qua aansprakelijkheid bestaan er grote verschillen tussen het systeem van het Verdrag van Warschau (of gewijzigde versies daarvan) en het Verdrag van Montreal. Die verschillen manifesteren zich bijvoorbeeld ten aanzien van de grondslag waarop de aansprakelijkheid berust, de hoogte daarvan en de uitleg van sommige begrippen.

#### Risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid

Het Verdrag van Montreal (art. 21) kent een voor de passagier zeer voordelige aansprakelijkheidsregeling die is vormgegeven als een tweetrapsraket. De aansprakelijkheid van de vervoerder is onbeperkt. In de eerste trede – tot 100 000 Special Drawing Rights (SDR) – kan de vervoerder zijn aansprakelijkheid niet beperken of uitsluiten, zo bepaalt het eerste lid van art. 21 VvM. Omgerekend naar euro's betekent dit een risicoaansprakelijkheid tot circa € 115 000.<sup>25</sup> Dit betekent overigens niet dat de vervoerder geen enkel verweer kan voeren. Hij kan zich beroepen op de eigenschuldregeling van art. 20 VvM. Indien de vervoerder bewijst dat de schade veroorzaakt is door 'the negligence or other wrongful act or omission of the person claiming compensation', dan kan de rechter bepalen dat de vervoerder in het geheel niet aansprakelijk is of de aansprakelijkheid naar rato van schuld over de partijen verdelen.<sup>26</sup>

#### Tweede trede: negligence

Als de schadevordering hoger is dan 100 000 SDR, wordt de tweede trede relevant. Voor dat deel van de vordering is de aansprakelijkheid niet op risico, maar op schuld gebaseerd

18. In elk geval kan hiervan niet afgeweken worden vóór het ontstaan van de schade, zie art. 49 VvM (32 VvW).

19. Zie uitgebreid over de verhouding tussen EEX-Verordening en Verdrag van Montreal, Reuschle 2005, p. 342.

20. Zie hierover uitgebreid Reuschle 2005, p. 346, 347 en tevens Shawcross & Beaumont, VII-[435]-[438].

21. De plaats van bestemming is in dat geval gelijk aan de plaats van vertrek. Zie Reuschle 2005, p. 348; Shawcross & Beaumont VII-[441].

22. Zie Dempsey en Milde 2005, p. 220.

23. Het criterium 'onderhouden van luchtvervoerdiensten' is ruim. Daarvan is volgens de tweede volzin van art. 33 lid 2 VvM sprake indien de vervoerder de diensten uitvoert: 'hetzij met zijn eigen luchtvaartuigen, hetzij met luchtvaartuigen van een andere vervoerder uit hoofde van een handelsovereenkomst, en waarin deze vervoerder zijn luchtvervoeractiviteiten verricht vanuit ruimten die hijzelf of een andere vervoerder met wie hij een handelsovereenkomst heeft gesloten, huurt of bezit.' Met handelsovereenkomsten worden 'code share'-overeenkomsten bedoeld.

24. Reuschle 2005, p. 349.

25. Koers 17 maart 2009. Zie voor de actuele koers van het Special Drawing Right <www.imf.org>.

26. Zie hierover I. Koning, 'Aansprakelijkheid in het passagiersvervoer onder het Verdrag van Montreal', in: K.F. Haak en S.D. Lindenberg (red.), *Personenschade van de reiziger in Europees Perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 66.

(art. 21 lid 2 VvM). Het is echter niet de passagier maar de vervoerder die dient te bewijzen dat de schade niet te wijten is aan zijn schuld of nalatigheid, dan wel *uitsluitend* te wijten is aan de schuld of nalatigheid van een derde. Slaagt de vervoerder in deze bewijslast, dan blijft hij nog steeds aansprakelijk voor de eerste € 115 000, waarvoor hij immers ongeacht de schuldvraag aansprakelijk was.

De vraag is hoe deze ontheffingsgronden van art. 21 lid 2 VvM moeten worden uitgelegd. De bepaling is nieuw en is in de rechtspraak nog nauwelijks toegepast. Het is van groot belang dat internationale eenvormige verdragen zoals het Verdrag van Montreal en Warschau zo veel mogelijk verdragsautonoom worden uitgelegd<sup>27</sup>, omdat alleen op deze manier de rechtsuniformiteit en de rechtszekerheid kunnen worden gewaarborgd.<sup>28</sup> Paradoxaal genoeg leidt dit er in mijn optiek toe dat de rechter de term *negligence* zal moeten uitleggen aan de hand van de *juridische* betekenis van het woord in de common law. Deze conclusie lijkt tegenstrijdig en vanuit het oogpunt van rechtsuniformiteit zelfs onwenselijk<sup>29</sup>, maar volgt in mijn optiek uit de verdragstekst en de totstandkomingshistorie van het Verdrag van Montreal. Bovendien leidt deze benadering tot de grootste unificatie. Art. 21 lid 2 van de authentieke Engelse versie<sup>30</sup> van het Verdrag van Montreal luidt: ‘The carrier shall not be liable for damages arising under paragraph 1 of Article 17 to the extent that they exceed for each passenger 100,000 Special Drawing Rights if the carrier proves that: (a) such damage was not due to the *negligence or other wrongful act or omission* of the carrier or its servants or agents, (b) such damage was solely due to *the negligence or other wrongful act or omission* of a third party.’ Ook de even authentieke Franse<sup>31</sup> en Spaanse<sup>32</sup> verdragsteksten hanteren (vertalingen van) dit begrip.

Tijdens de conferentie is – overigens in een ander verband dan dat van art. 21 lid 2 VvM – gesproken over de betekenis van de begrippen *negligence* en *fault*. Zo merkte de waarnemer van de International Union of Aviation Insurers (hierna: IUAI) op dat de term ‘fault’ ‘(...) somewhat contradictory

and misleading’ was, en dat de term moest worden vervangen voor ‘negligence’ in het kader van ‘greater precision and clarity’.<sup>33</sup> In het bijgevoegde document stelt IUAI: ‘negligence is a well-understood legal concept, whereas fault is more open to further judicial interpretation’. Volgens het document zou deze wijziging leiden tot meer duidelijkheid en uniformiteit.<sup>34</sup> Het voorstel werd daarop doorverwezen naar de drafting group. Later tijdens de conferentie werd door de drafting group de tekst van art. 21 lid 2 sub a VvM voorgesteld als onderdeel van een bredere *consensus package*.<sup>35</sup> Men wilde in de tweede trede een soepelere maatstaf voor aansprakelijkheidsontheffing dan de maatstaf die onder het Verdrag van Warschau gold, waarover later meer. Alles wijst er dus op dat men de nieuwe aansprakelijkheidsmaatstaf van art. 21 lid 2 VvM heeft willen ontleen aan het *juridische* concept *negligence*.

Of die uniformiteit gebaat is bij deze bewoording valt te betwijfelen. *Negligence* is namelijk geen duidelijk vastomlijnd begrip. Het wordt bijvoorbeeld in de Verenigde Staten en Engeland verschillend uitgelegd.<sup>36</sup> Bovendien is de beoordeling ervan in hoge mate casuïstisch. Voor de beoordeling zijn namelijk *alle* omstandigheden van het geval van belang en het is tevens sterk afhankelijk van de standaard die men op een bepaald moment hanteert binnen de luchtvaartindustrie. Zo kan een situatie die in het verleden niet als *negligence* werd aangemerkt naar huidige maatstaven weer wel daaronder vallen.<sup>37</sup> Toch is het in mijn optiek beter om aan te sluiten bij de juridische context van het begrip *negligence* dan het los daarvan te zien. Immers, op deze manier kunnen rechters voor de invulling van het begrip aanhaken bij de methodiek die in de common law is ontwikkeld. Indien *negligence* ontstaat wordt van deze juridische connotatie, rijst het gevaar dat rechters de term gaan invullen aan de hand van de voor hen bekende nationale schuldbegrippen<sup>38</sup>, wat nog veel nadeliger is voor de rechtsuniformiteit dan uitleg aan de hand

27. Art. 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (*Trb.* 1977, 169) dienen daarbij als leidraad. Volgens deze bepalingen dienen verdragen uitgelegd te worden overeenkomstig de gewone betekenis van de termen in hun context (grammaticale en systematisch/contextuele interpretatiemethode) en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag (teleologische interpretatiemethode). Indien deze uitlegmethode niet tot een duidelijk of redelijk resultaat leiden of de betekenis dubbelzinnig of duister laat, kan aanvullend een beroep worden gedaan op de totstandkomingshistorie van het verdrag.

28. Zie voor een uiteenzetting over verdragsautonome uitleg in het luchtvervoer: A. Brandi-Dohrn, ‘Auslegung internationalen Einheitsprivatrechts durch die internationale Rechtsprechung. Das Beispiel des Warschauer Abkommens von 1929’, *TranspR* 1996-2, p. 45-57; K. Schiller, ‘Das Warschauer Abkommen beim Wort genommen’, *TranspR* 1996-5, p. 173-193; M.A. Clarke, *Contracts of Carriage by air*, London: LLP 2002; Shawcross & Beaumont, I [48]-[63]. Zie ook HR 12 februari 1982, NJ 1982, 589 (*Affretair/VOB*); HL 10 juli 1980, [1980] 2 *Lloyd’s Rep.*, p. 295 e.v. (*Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*); HL 12 december 1996, [1997] 2 *Lloyd’s Rep.*, p. 76 e.v. (*Sidhu v. British Airways*); HL 28 februari 2002, [2002] 1 *Lloyd’s Rep.* 745 (*King v. Bristow Helicopters Ltd./Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*); HL 8 december 2005, [2006] 1 *Lloyd’s Rep.* 231 e.v. (*Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*). Zie ook het recentelijk arrest van de Hoge Raad in de zaak *NDS Provider*, HR 1 februari 2008, NJ 2008, 505, m.nt. K.F. Haak.

29. In een eerdere publicatie heb ik de bewoording van art. 21 lid 2 VvM om die reden bekritiseerd, zie Koning 2007, p. 67.

30. Het Verdrag van Montreal is opgesteld in zes authentieke talen: Engels, Frans, Spaans, Russisch, Chinees en Arabisch.

31. ‘Que le dommage n’est pas dû à la *négligence* ou à un autre acte ou omission préjudiciable du transporteur, de ses préposés ou de ses mandataires (...)’.

32. ‘El daño no se debió a la *negligencia* o a otra acción u omisión indebidadel transportista o sus dependientes o agentes (...)’.

33. Zie *International Conference on Air Law*, Montreal 10-28 may 1999, Vol. I Minutes (Doc. 9775-DC/1), p. 82.

34. Zie het voorstel van IUAI, in: *International Conference on Air Law*, Montreal 10-28 may 1999, Vol. I Documents (Doc. 9775-DC/2), DCW Doc. No. 28, p. 155 e.v.

35. Zie voor gedetailleerde uiteenzetting hierover Koning 2007, p. 67.

36. Zie Shawcross & Beaumont VII-[37].

37. Idem voorgaande noot.

38. Het is de vraag of de Nederlandse rechter de aansprakelijkheid ook daadwerkelijk zal gaan benaderen via de sleutel van de *negligence* of toch zal teruggrijpen naar het bekende concept ‘schuld in de zin van verwijtbaarheid’ (waarover: A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6-I De verbintenissen in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 344 e.v.). De vraag is ook of dit uiteindelijk daadwerkelijk zal leiden tot een andere uitkomst in die procedures.

van de juridische betekenis van het woord in de common law.<sup>39</sup>

Het bewijs van *negligence* is overigens drievoudig.<sup>40</sup> Ten eerste dient er een *duty of care* te zijn aan de zijde van de vervoerder. Ten tweede dient er sprake te zijn van een *'breach of that duty of care'*. Ten derde dient er een causaal verband te zijn tussen de ontstane schade en de schending van de *duty of care*.<sup>41</sup> Onder *common law* rust, net als naar Nederlands recht, de bewijslast van dit alles bij de eiser van de schadevergoeding. Op grond van art. 21 lid 2 VvM geldt echter, zoals gezegd, een omgekeerde bewijslast. De vervoerder dient dus aan te tonen dat op hem in het voorkomende geval geen zorgplicht rustte, dan wel dat hij deze op hem rustende zorgplicht niet heeft geschonden, of dat er geen causaal verband bestaat tussen de schending van de zorgplicht en de schade.<sup>42</sup>

### Schade veroorzaakt door derden

De tweede ontheffingsgrond onder b 'such damage was solely due to the negligence or other wrongful act or omission of a third party' is zeer moeilijk te bewijzen. De vervoerder zal moeten aantonen dat de schade 'uitsluitend' is veroorzaakt door *negligence* of een *wrongful act or omission* van een derde. Enige mate van schuld aan de zijde van de vervoerder leidt er toe dat het verweer niet zal slagen. Ook komt iedere onduidelijkheid of onzekerheid omtrent de oorzaak van de schade voor rekening van de vervoerder, want in dat geval zal hij niet kunnen aantonen dat de oorzaak van de schade 'uitsluitend' te wijten is aan de schuld van de benadeelde. Een beroep op dit onderdeel van de bepaling zal dus niet snel slagen.

### 'Alle nodige maatregelen' en de IATA agreements

Onder het Verdrag van Warschau en de opvolgende versies daarvan is de aansprakelijkheid van de vervoerder, ongeacht de omvang van de vordering, een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast. Het verdrag bevat een overmachtsverweer op grond waarvan de vervoerder ontheven is van aansprakelijkheid indien hij bewijst dat hij en zijn ondergeschikten alle maatregelen hebben genomen die nodig waren om de schade te vermijden of dat het onmogelijk was

die maatregelen te nemen (art. 20 VvW).<sup>43</sup> Slaagt de vervoerder in zijn verweer, dan is hij in het geheel niet aansprakelijk. De kans dat dit zal lukken is onder het Verdrag van Warschau echter nagenoeg nihil. In de rechtspraak wordt deze maatstaf zo streng uitgelegd, dat een beroep op overmacht nagenoeg nooit slaagt.<sup>44</sup> Hierdoor zal de vervoerder onder het Warschau-systeem vrijwel altijd aansprakelijk zijn. Toch was dit niet bezwaarlijk voor de vervoerder, want er gelden zeer lage aansprakelijkheidslimieten. Onder het Verdrag van Warschau geldt voor schade wegens dood of lichamelijk letsel een limiet van 8300 SDR (circa € 9500). Onder het Haags Protocol 1955 werd deze limiet verhoogd naar 16 600 SDR (circa € 19 000).<sup>45</sup> Deze limiet kan uitsluitend worden doorbroken in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de vervoerder. Dit laatste moet worden bewezen door de passagier (art. 25 VvW/HP).<sup>46</sup> Toch hoeven passagiers en hun nabestaanden niet bang te zijn dat hun vordering beperkt zal worden tot € 19 000. In de luchtvaartindustrie zijn namelijk op grote schaal initiatieven genomen om de aansprakelijkheidslimieten van het Warschau-systeem opzij te zetten. Zo heeft Turkish Airlines in 1997 de IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability (IIA) en de Agreement on Measures to Implement the IATA Intercarrier Agreement (MIA) ondertekend en de inhoud van deze agreements opgenomen in haar algemene voorwaarden.<sup>47</sup> De aansprakelijkheid op grond van IIA en MIA vertoont grote gelijkenis met het systeem van art. 21 VvM<sup>48</sup> maar wijkt hiervan in één belangrijk opzicht af. Deze afwijking kan in het voordeel werken van de passagier. IIA en MIA introduceren, net als het Verdrag van Montreal, een trapsgewijze aansprakelijkheid met een risicoaansprakelijkheid tot 100 000 SDR en een schuldaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast daarboven. In tegenstelling tot het Verdrag van Montreal geldt onder IIA en MIA niet de ontheffing gebaseerd op *negligence*, maar het overmachtsverweer van het Verdrag van Warschau dat volgens vaste rechtspraak zo streng werd uitgelegd dat een beroep daarop vrijwel nooit slaagt. Dat leidt ertoe dat onder het regime Warschau/Haags Protocol/IIA en MIA de vervoerder in de tweede trede ook bijna altijd aansprakelijk zal zijn. Hoewel het, zoals hierboven uiteengezet is, nog niet duidelijk is hoe art. 21 VvM dient te worden uitgelegd, is wel duidelijk dat de maatstaf minder streng moet zijn dan die van art. 20 VvW. De belangrijkste reden om het overmachts-

39. Dit gevaar wordt nog vergroot doordat nationale wetgevers in (niet authentieke) vertalingen van het verdrag eveneens terug lijken te grijpen naar nationale schuldbegrippen. Zo heeft de Duitse wetgever de term vertaald als 'unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung (...) sei sie auch fahrlässig begangen' en heeft de Nederlandse wetgever de term vertaald met 'schuld of nalatigheid'.

40. Zie Shawcross & Beaumont I-[262].

41. Zie voorgaande noot.

42. Zo heeft een Amerikaanse federale rechter bij de uitleg van art. 21 lid 2 sub a VvM de vereisten voor *negligence* uit de common law gehanteerd, zie *Brigitte Espinoza v. American Airlines*, 567 F. Supp. 2d 1354 (D. Fla).

43. In de Engelse versie: 'The carrier is not liable if he proves that he and his agents have taken all necessary measures to avoid the damage or that it was impossible for him or them to take such measures.'

44. Zie tevens I. Koning, 'Molengraaff, Vervoer en overmacht', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 247-248.

45. Er is in 1971, een poging gedaan om de limiet op te trekken naar een meer aanvaardbare hoogte door middel van het Guatemala City Protocol 1971, dat een aansprakelijkheidslimiet van 100 000 SDR introduceerde, maar dit protocol is vanwege onvoldoende ratificaties nooit in werking getreden.

46. De bewijslast hiervan is zwaar. Zie tevens K.F. Haak en K.L. Koot, 'Bewuste roekeloosheid in het vervoerrecht', in: K.F. Haak en K.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht* (SI-EUR-reeks, deel 36), Deventer: Kluwer 2004.

47. Zie art. 16.5 van de algemene voorwaarden van Turkish Airlines: 'Carrier shall avail itself of the limitation of liability provided in the Convention for the unification of certain rules relating to International Transportation by Air, signed in Warsaw on October 12, 1929 and amendment protocol signed in the Hague. However, Turkish Airlines, which is a party to IATA Intercarrier Agreement (IIA) and/or Measures to Implement IATA Intercarrier Agreement (MIA)(...) shall not invoke the limitation of liability under Article 20 (1) and shall not avail itself of defense under Article 20(1) of the Convention with respect to such portion of claim which does not exceed 100,000 SDR for carriage performed by itself and for all international carriage of which [the] Warsaw Convention applies.' Zie <www.thy.com>.

48. Sterker nog, art. 21 VvM is hiervan afgeleid.

verweer van het Verdrag van Warschau af te schaffen was namelijk dat de verdragsopstellers vreesden dat door de strenge maatstaf ten aanzien hiervan de vervoerder ook in de tweede trede in nagenoeg alle gevallen aansprakelijk zou zijn, wat per saldo neer zou komen op onbeperkte risicoaansprakelijkheid.<sup>49</sup>

Dat betekent dat de passagiers wier vervoercontract onder het Verdrag van Warschau valt, de facto beter af zijn dan zij die onder het Verdrag van Montreal vallen. In dit opzicht kan het een voordeel zijn dat Turkije het Verdrag van Montreal (nog) niet heeft geratificeerd. Dat betekent dat diegenen die 'buiten de boot' van Montreal vallen, toch in het voordeel zijn.

### Lichamelijk letsel

Op grond van art. 17 van het Verdrag van Warschau is de vervoerder aansprakelijk voor schade die wordt geleden in geval van overlijden, verwonding of ander lichamelijk letsel. Doordat de verdragstekst uitdrukkelijk 'lichamelijk letsel' noemt, lijkt psychisch letsel niet voor vergoeding in aanmerking te komen. Met name in de Verenigde Staten en Engeland bestaat op dit punt veel rechtspraak en ook in de literatuur wordt veel aandacht besteed aan de kwestie. In zowel de Verenigde Staten als in Engeland hebben rechters op basis van een autonome uitleg het begrip tamelijk beperkt uitgelegd. Rechters zijn daar terughoudend als het gaat om vergoeding van psychisch letsel. Volgens de Amerikaanse *Supreme Court* kan dat alleen als het psychische letsel verband houdt met lichamelijk letsel. Zuiver psychisch letsel komt echter niet voor vergoeding in aanmerking onder het Verdrag van Warschau.<sup>50</sup> In Engeland kwam de hoogste rechter tot een soortgelijke conclusie. 'Bodily injury' onder het Verdrag van Warschau betekent lichamelijk letsel. Daaronder valt ook psychisch letsel dat zich lichamelijk manifesteert of gepaard gaat met lichamelijk letsel.<sup>51</sup> Zuiver geestelijk letsel zoals angst, smart, pijn, verdriet, of geestelijk lijden als zodanig komt echter niet voor vergoeding in aanmerking.<sup>52</sup>

### Interpretatieve verklaring

Uit het feit dat art. 17 VvW ongewijzigd is overgenomen in het eerste lid van art. 17 VvM, zou men kunnen concluderen dat ook onder het Verdrag van Montreal vergoeding van psychisch letsel alleen mogelijk is indien ook sprake is van lichamelijk letsel. Maar uit de totstandkomingshistorie blijkt dat de verdragsopstellers steeds voor ogen gehad hebben dat ook psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking diende te komen. Dat uiteindelijk de woorden 'lichamelijk letsel' weer zijn opgenomen, is te wijten aan het feit dat men het niet eens kon worden welke soorten psychisch letsel wel, en welke niet in aanmerking zouden moeten komen. De gedachte was dat de rechtspraak over de uitleg van art. 17 VvW zich nog aan het ontwikkelen was en dat men deze ontwikkeling

niet door middel van het opnemen van een gewijzigde tekst wilde verstoren.<sup>53</sup> Om dit uitgangspunt kracht bij te zetten, werd een interpretatieve verklaring opgesteld door de conferentie. Deze luidt als volgt: '(f)or the purpose of interpretation of the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, adopted at Montreal on 28 May 1999, the conference states as follows with reference to Article 16, paragraph 1 (in de uiteindelijke verdragstekst omgenummerd naar artikel 17, IK) of the Convention, the expression "bodily injury" is included on the basis of the fact that in some States damages for mental injuries are recoverable under certain circumstances, that jurisprudence in this area is developing and that it is not intended to interfere with this development, having regard to jurisprudence in areas other than international carriage by air'.

Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke verklaring niet bevorderlijk zal zijn voor een verdragsautonome uitleg. In tegendeel, het lijkt de weg vrij te maken voor invulling van de term 'lichamelijk letsel' aan de hand van nationale letselschadebegrippen, waarbij niet alleen op luchtrechtelijke rechtspraak wordt gewezen, maar waarbij uitdrukkelijk ook gekeken moet worden naar rechtsgebieden buiten het luchtvervoer.<sup>54</sup> Indien de Nederlandse rechter het begrip nader zou invullen aan de hand van art. 6:106 BW, dan zou ook psychisch letsel voor vergoeding in aanmerking komen, mits het gaat om een psychiatrisch erkend ziektebeeld.<sup>55</sup> Daarvoor is niet vereist dat ook sprake is van lichamelijk letsel of het psychische letsel zich lichamelijk manifesteert.

### Voorschot of eindbod?

Turkish Airlines heeft de passagiers en hun nabestaanden schadevergoeding aangeboden. Voor de nabestaanden van de dodelijke slachtoffers bedroeg deze € 50 000, voor de gewonde passagiers € 10 000 en voor de overige passagiers € 5000.<sup>56</sup> De vraag rijst wat de status is van dit bod: is het een voorschot of gaat het om een eindbod?

In art. 16.5.3 van de algemene voorwaarden van Turkish Airlines is een voorschotregeling opgenomen. Op grond hiervan zal Turkish Airlines binnen vijftien dagen nadat de identiteit is vastgesteld van de personen die daar recht op hebben, een voorschot uitbetalen. Dit voorschot zal toereikend moeten zijn '(t)o meet immediate economic needs on [a] basis proportional to the hardship suffered'. In geval van overlijden bedraagt dit voorschot minstens € 15 000 SDR (circa € 17 000), aldus het tweede lid van art. 16.5.3.<sup>57</sup> De bepaling is gelijk aan art. 5 van Verordening (EG) nr. 2027/97 betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen, de voorloper van de hiervoor reeds aan de orde gekomen Verordening (EG) nr. 889/2002. De laatstgenoemde verordening bevat een voorschotregeling op grond waarvan de luchtvervoerder niet alleen in geval van overlijden, maar ook in geval van verwonding een voorschot van 16 000 SDR

49. Zie Koning 2007, p. 67-68.

50. 499 U.S. 530 111 S.Ct. 1489 (1191) (*Eastern Airlines v. Floyd*).

51. HL 28 februari 2002, [2002] 1 *Lloyd's Rep.* 745 (*King v. Bristow Helicopters Ltd./Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*).

52. Shawcross & Beaumont, VII [710-719].

53. Koning 2007, p. 62, 63.

54. Zie tevens M.A.I.H. Hoeks en I. Koning, 'Boek 8 BW: eerder een reislustige tante', *NTBR* 2007, p. 232-235.

55. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 32-34.

56. Zie het nieuwsbericht 'Identificatie doden vliegtuigcrash afgerond' van 27 februari 2009 op <[www.nrc.nl/crash](http://www.nrc.nl/crash)>.

57. De algemene voorwaarden zijn te vinden op <[www.thy.com](http://www.thy.com)>.

(circa € 18 000) moet betalen.<sup>58</sup> De verordening bepaalt verder dat de betaling van het voorschot geen aansprakelijkheid impliceert en dat deze verrekenend kan worden met het bedrag dat in een later stadium wordt betaald als schadevergoeding.<sup>59</sup> Indien achteraf blijkt dat de schade lager uitvalt, hoeft het voorschot niet te worden terugbetaald aan de vervoerder.<sup>60</sup> Verordening (EG) nr. 889/2002 is echter, zoals gezegd, niet toepasselijk omdat Turkish Airlines immers geen luchtvervoerder van de Gemeenschap is.

Noch in het Verdrag van Warschau, noch in het Verdrag van Montreal is een voorschotregeling opgenomen. Wel is op verzoek van de Europese Unie in het Verdrag van Montreal een bepaling opgenomen op grond waarvan de vervoerder verplicht is een voorschot te betalen indien hij daartoe op basis van een nationale wet verplicht is.<sup>61</sup> Het is een vreemde bepaling die op zichzelf weinig betekenis heeft. Indien de luchtvervoerder op basis van Verordening (EG) nr. 889/2002 verplicht is om een voorschot te betalen, dan bestaat die verplichting immers op grond van de verordening zelf en voegt art. 28 VvM daar weinig aan toe. Indien echter op basis van de verordening of nationale wet *geen* verplichting bestaat, dan verplicht art. 28 VvM de luchtvervoerder daar ook niet toe. Omdat noch Verordening (EG) nr. 889/2002, noch het Verdrag van Warschau, noch het Verdrag van Montreal Turkish Airlines verplicht tot het betalen van voorschotten, vloeit de verplichting daartoe uitsluitend voort uit haar eigen algemene voorwaarden.

Indien de door Turkish Airlines aangeboden bedragen als voorschotten bedoeld zijn, dan betaalt zij meer dan waartoe zij zich op grond van haar eigen algemene voorwaarden verplicht heeft. Op grond daarvan hoeft zij immers uitsluitend aan de nabestaanden van de dodelijke slachtoffers een voorschot te betalen van 15 000 SDR.

Als het aanbod niet als voorschot maar als eindbod is bedoeld, is het echter minder genereus. Zeker wanneer het de gewonde passagiers of de nabestaanden van de overledenen betreft. De aansprakelijkheid van Turkish Airlines is immers zowel onder het Verdrag van Montreal als het Verdrag van Warschau (aangevuld met IIA en MIA) een risicoaansprakelijkheid tot circa € 115 000, en daarboven een schuldaansprakelijkheid met een omgekeerde bewijslast, die onder het Verdrag van Warschau zo zwaar is dat deze de facto risicoaansprakelijkheid benadert. De passagier hoeft alleen (de omvang van) zijn schade en het causaal verband tussen letsel of overlijden en schade te bewijzen. In dergelijke gevallen zal de omvang van de schade al snel het veelvoud van de aangeboden schadevergoeding zijn.

### Conclusie

Toen het Verdrag van Montreal in 1999 tot stand kwam, werd het in luchtrechtkringen alom bejubeld. Eindelijk was men verlost van het ingewikkelde systeem van wijzigingspro-

tocollen, aanvullende verdragen, privaatrechtelijke overeenkomsten en communautaire regelingen. Niet alleen was vanaf nu duidelijk welke regeling toepasselijk was, het systeem zou ook de rechten van de passagier verbeteren door afschaffing van de aansprakelijkheidslimieten, de introductie van een gedeeltelijke risicoaansprakelijkheid en een ruimere jurisdictieregeling. Helaas blijkt dit alles minder rooskleurig te zijn. Het Verdrag van Warschau is nog steeds niet uitgerangereerd en de nieuwe bepalingen van het Verdrag van Montreal zijn nog nauwelijks in de rechtspraak aan de orde geweest. De Turkish Airlines crash zal dus, in die gevallen waar het Verdrag van Montreal van toepassing is, de lakmoesproef zijn.

58. Zie art. 5 Verordening (EG) nr. 889/2002.

59. Zie art. 5 lid 3 Verordening (EG) nr. 889/2002.

60. Zie art. 5 lid 4 Verordening (EG) nr. 889/2002. Tenzij echter vastgesteld wordt dat de schade te wijten is aan de eigen schuld van de passagier of indien deze is uitgekeerd aan iemand die niet schadevergoedingsgerechtigd was.

61. Art. 28 VvM: 'In geval van een luchtvaartongeval dat leidt tot de dood of letsel van passagiers betaalt de vervoerder, indien hij daartoe gehouden is door zijn nationale wet, onverwijld voorschotten aan de natuurlijke persoon of personen die recht hebben op schadevergoeding opdat zij kunnen voorzien in hun onmiddellijke economische behoeften. Deze voorschotten vormen geen erkenning van aansprakelijkheid en zij kunnen in mindering worden gebracht op de later door de vervoerder bij wijze van schadevergoeding te betalen bedragen.'