CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 2 de Julho de 2009 [1]

1. Nos presentes processos apensos, o Bundesgerichtshof (supremo tribunal federal alemão) e o Handelsgericht Wien (tribunal do comércio de Viena, Áustria) solicitam ao Tribunal de Justiça que se digne esclarecer a distinção entre os conceitos de «atraso» e «cancelamento» de um voo que constam do Regulamento (CE) n.º 261/2004 (a seguir «regulamento»). O Handelsgericht Wien solicita também uma orientação quanto ao significado do conceito de «circunstâncias extraordinárias» constante do artigo 5.º, n.º 3, deste regulamento [2].

Disposições legais pertinentes

A Convenção de Montreal [3]

2. A Convenção de Montreal, da qual que a Comunidade é parte, modernizou e consolidou o regime jurídico internacional estabelecido pela Convenção de Varsóvia [4]. Tem como objectivo, *inter alia*, assegurar a protecção dos interesses dos utilizadores do transporte aéreo internacional, bem como a necessidade de uma indemnização equitativa com base no princípio da restituição [5].

1 — Língua original: inglês.

2 — Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91 (JO L 46, p. 1).

3 — Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, Montreal, 28 de Maio de 1999, aprovada em nome da Comunidade pela Decisão do Conselho, de 5 de Abril de 2001, relativa à celebração pela Comunidade Europeia da Convenção para a unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) (JO L 194, p. 38). No que diz respeito à Comunidade, a convenção entrou em vigor em 28 de Junho de 2004.

4 — Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, Varsóvia, 12 de Outubro de 1929, 137 League of Nations Treaty Series 11 [Decreto-Lei n.º 26 702, de 20 de Junho de 1936, aprova para ratificação a *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional* (*Convenção de Varsóvia*), de 12 de Outubro de 1929 (APAT)].

5 — V. segundo e terceiro considerandos.

3. O artigo 19.º da Convenção de Montreal, intitulado «Atrasos», dispõe:

«A transportadora é responsável pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias. Não obstante, a transportadora não será responsável pelo dano resultante de atraso se provar que ela ou os seus trabalhadores ou agentes adoptaram todas as medidas que poderiam razoavelmente ser exigidas para evitar o dano ou que lhes era impossível adoptar tais medidas».

O Tratado CE

4. O artigo 3.º CE dispõe:

«1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º[6], a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado:

[…]

t) Uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores;

[…]».

O Regulamento n.º 261/2004

5. O regulamento inclui os seguintes considerandos:

«[…]

(2) As recusas de embarque e o cancelamento ou atraso considerável dos voos causam sérios transtornos e inconvenientes aos passageiros.

6 — «A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade [entre outros objectivos, por exemplo] o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável […]».

[…]

(12) Os transtornos e inconvenientes causados aos passageiros pelo cancelamento dos voos deverão igualmente ser reduzidos. Para esse efeito, as transportadoras aéreas deverão ser persuadidas a informar os passageiros sobre os cancelamentos antes da hora programada de partida e, além disso, a oferecer-lhes um reencaminhamento razoável, por forma a permitir-lhes tomar outras disposições. Caso assim não procedam, as transportadoras aéreas deverão indemnizar os passageiros, a menos que o cancelamento se tenha ficado a dever a circunstâncias excepcionais que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis.

[…]

(17) Os passageiros cujos voos registem um atraso com uma determinada duração deverão receber assistência adequada e poder cancelar os seus voos, com reembolso dos seus bilhetes, ou prossegui-los em condições satisfatórias.

[…]».

6. Para efeitos do regulamento, o artigo 2.º, alínea l), define «cancelamento» como «a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado». Não existe definição equivalente de «atraso».

7. O artigo 5.º, intitulado «Cancelamento», dispõe:

«1. Em caso de cancelamento de um voo, os passageiros em causa têm direito a:

a) Receber da transportadora aérea operadora assistência nos termos do artigo 8.º [7]; e

b) Receber da transportadora aérea operadora assistência nos termos da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 9.º [8], bem como, em caso de reencaminhamento quando a hora de partida razoavelmente

7 — V. *infra*, n.º 10.
8 — V. *infra*, n.º 11.

prevista do novo voo for, pelo menos, o dia após a partida que estava programada para o voo cancelado, a assistência especificada nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 9.º; e

c) Receber da transportadora aérea operadora indemnização nos termos do artigo 7.º, salvo se:

i) tiverem sido informados do cancelamento pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida, ou

ii) tiverem sido informados do cancelamento entre duas semanas e sete dias antes da hora programada de partida e se lhes tiver sido oferecido reencaminhamento que lhes permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada, ou

iii) tiverem sido informados do cancelamento menos de sete dias antes da hora programada de partida e se lhes tiver sido oferecido reencaminhamento que lhes permitisse partir até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada.

2. Ao informar os passageiros do cancelamento, devem ser prestados esclarecimentos sobre eventuais transportes alternativos.

3. A transportadora aérea operadora não é obrigada a pagar uma indemnização nos termos do artigo 7.º, se puder provar que o cancelamento se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis.

4. O ónus da prova relativamente à questão de saber se e quando foi o passageiro informado do cancelamento, recai sobre a transportadora aérea operadora».

8. O artigo 6.º, sob a epígrafe «Atrasos», dispõe:

«1. Quando tiver motivos razoáveis para prever que em relação à sua hora programada de partida um voo se vai atrasar:

a) Duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1 500 quilómetros; ou

b) Três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros; ou

c) Quatro horas ou mais, no caso de quaisquer voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b),

a transportadora aérea operadora deve oferecer aos passageiros:

i) a assistência especificada na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 9.º, e

ii) quando a hora de partida razoavelmente prevista for, pelo menos, o dia após a hora de partida previamente anunciada, a assistência especificada nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 9.º [9], e

iii) quando o atraso for de, pelo menos, quatro horas, a assistência especificada na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º [10]

2. De qualquer modo, a assistência deve ser prestada dentro dos períodos fixados no presente artigo para cada ordem de distância».

9. O artigo 7.º, epigrafado «Direito a indemnização», dispõe:

«1. Em caso de remissão para o presente artigo, os passageiros devem receber uma indemnização no valor de:

a) 250 euros para todos os voos até 1 500 quilómetros;

b) 400 euros para todos os voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros;

9 — V. *infra*, n.º 11.

10 — V. *infra*, n.º 10.

c) 600 euros para todos os voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b).

Na determinação da distância a considerar, deve tomar-se como base o último destino a que o passageiro chegará com atraso em relação à hora programada devido à recusa de embarque ou ao cancelamento.

2. Quando for oferecido aos passageiros reencaminhamento para o seu destino final num voo alternativo nos termos do artigo 8.º, cuja hora de chegada não exceda a hora programada de chegada do voo originalmente reservado:

a) Em duas horas, no caso de quaisquer voos até 1 500 quilómetros; ou

b) Em três horas, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros; ou

c) Em quatro horas, no caso de quaisquer voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b),

a transportadora aérea operadora pode reduzir a indemnização fixada no n.º 1 em 50%.

[…]».

10. O artigo 8.º, sob a epígrafe «Direito a reembolso ou reencaminhamento», dispõe:

«1. Em caso de remissão para o presente artigo, deve ser oferecida aos passageiros a escolha entre:

a) — O reembolso no prazo de sete dias, […] do preço total de compra do bilhete, para a parte ou partes da viagem não efectuadas, e para a parte ou partes da viagem já efectuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem, cumulativamente, nos casos em que se justifique,

— um voo de regresso para o primeiro ponto de partida;

b) O reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final, na primeira oportunidade; ou

c) O reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final numa data posterior, da conveniência do passageiro, sujeito à disponibilidade de lugares.

[…]».

11. O artigo 9.º, com a epígrafe «Direito a assistência», enumera os tipos de assistência a que os passageiros têm direito:

«1. Em caso de remissão para o presente artigo, devem ser oferecidos a título gratuito aos passageiros:

a) Refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;

b) Alojamento em hotel:

— caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou

— caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;

c) Transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro).

2. Além disso, devem ser oferecidas aos passageiros, a título gratuito, duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou mensagens por correio electrónico.

3. […]».

Os processos principais e as questões prejudiciais

Processo C-402/07, Sturgeon

12. Christopher Sturgeon e a sua mulher reservaram para si e para os seus dois filhos (grupo familiar que a seguir passo a designar por «os Sturgeon») um voo de ida e volta Frankfurt-Toronto, junto da recorrida Condor Flugdienst GmbH (a seguir «Condor»).

13. Os Sturgeon tinham o voo de regresso à partida de Toronto previsto para o dia 9 de Julho de 2005, às 16.20h. No entanto, só partiram no dia seguinte, tendo chegado a Frankfurt no dia 11 de Julho de 2005, às 07.00h ou 07.15h, ou seja, cerca de 25 horas depois da hora prevista de chegada.

14. Os Sturgeons alegam que, em 9 de Julho de 2005, cerca das 23.30h, o comandante do avião anunciou que o voo tinha sido cancelado e a mesma informação foi mostrada no painel de partidas. A bagagem, que já tinha sido embarcada, foi devolvida aos passageiros, que foram transportados para um hotel para pernoita, onde só chegaram cerca das 02.30h. No dia seguinte, tiveram de se registar de novo, no balcão de outra companhia aérea. Foram-lhes atribuídos lugares diferentes e tiveram de repetir, uma vez mais, o controlo de segurança. Todavia, o número do voo de regresso, agora um dia mais tarde, correspondia ao número de voo que figurava na reserva.

15. Os Sturgeon sustentam que, atendendo a estas circunstâncias, em particular ao atraso de 25 horas, não se tratou na realidade de um atraso mas sim de um cancelamento, pelo que têm direito a receber a indemnização por cancelamento, no montante de 600 euros por pessoa [11].

16. A Condor sustenta que se verificou apenas um atraso.

17. O Amtsgericht Rüsselsheim considerou que se tinha verificado um atraso e não um cancelamento. Por conseguinte, indeferiu o pedido de indemnização apresentado pelos Sturgeon.

18. O recurso que estes interpuseram foi julgado improcedente pelo Landgericht Darmstadt que, no entanto, admitiu o posterior recurso sobre matéria de direito para o

11 — Além disso, exigem uma indemnização por lucros cessantes, pelas despesas com a reserva de lugares e os bilhetes de comboio. A título subsidiário, pedem que o preço do bilhete de avião seja reduzido em 30%. Nada disto é, no entanto, relevante para as questões submetidas.

Bundesgerichtshof, com fundamento em que, embora a distinção entre «cancelamento» e «atraso» não seja clara, é fundamental.

19. O Bundesgerichtshof considerou que a decisão do recurso interposto pelos Sturgeon dependia da interpretação do artigo 2.º, alínea l), e, potencialmente, do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do regulamento. Nessas circunstâncias, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões, para decisão a título prejudicial:

«1. Ao interpretar o conceito de «cancelamento» deve ser considerado decisivo se a programação inicial de voo foi abandonada, de modo que um atraso, independentemente da sua duração, não constitui um cancelamento quando a companhia aérea não abandona a programação do voo inicial?

2. Em caso de resposta negativa à primeira questão: em que circunstâncias deve o atraso do voo programado ser tratado já não como atraso mas como cancelamento? A resposta a esta questão depende da duração do atraso?».

Processo C-432/07, Böck e Lepuschitz

20. Stefan Böck e Cornelia Lepuschitz reservaram um voo de Viena para a Cidade do México junto da Air France SA (a seguir «Air France»), com os seguintes percursos: dia 18 de Fevereiro de 2005, Viena-Paris e Paris--Cidade do México; dia 7 de Março de 2005, Cancún-Cidade do México e Cidade do México-Paris; e dia 8 de Março de 2005, Paris-Viena.

21. Quando o Senhor Böck e a Senhora Lepuschitz efectuavam as formalidades de embarque para o voo AF439 do dia 7 de Março de 2005, com partida marcada para as 21.30h, foram informados de que o referido voo tinha sido cancelado devido a problemas técnicos, sem que tenham realizado o respectivo *check-in*.º Após terem inquirido sobre possíveis alternativas, foi-lhes proposto o embarque no voo CO1725Y da companhia aérea Continental Airlines (a seguir, «Continental») que partiu da Cidade do México às 12.20h do dia 8 de Março de 2005.

22. O Senhor Böck e a Senhora Lepuschitz aceitaram a proposta, tendo, no entanto, sido necessário requerer previamente uma confirmação junto do escritório da Air France na Cidade do México, que lhes permitiu obter o respectivo bilhete no balcão da Continental. A Air France ofereceu-lhes alojamento em hotel, bem como refeições e *transfers* para e do hotel. Os demandantes chegaram finalmente a Viena 21 horas após o horário previsto para a chegada.

23. Os restantes passageiros, que deviam ter embarcado no dia 7 de Março de 2005 no voo AF439 e que não foram reencaminhados para o voo da Continental, viajaram no dia 8 de Março de 2005 num avião com a matrícula FGSPV, da Cidade do México para Paris. Este voo partiu às 19.35h com um número ligeiramente alterado (AF439A), tendo chegado a Paris no dia 9 de Março de 2005, às 13.09h. O voo foi efectuado paralelamente ao voo regular da Air France do dia 8 de Março.

24. O Senhor Böck e a Senhora Lepuschitz reclamam cada um da Air France o pagamento de 600 euros, a título de indemnização pelo cancelamento do seu voo, de acordo com o disposto no artigo 5.º, em conjugação com o artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento.

25. Em primeira instância, o Bezirksgericht für Handelssachen Wien indeferiu o pedido, por ter considerado que o voo programado para 7 de Março de 2005 tinha sofrido um mero atraso, mas não tinha sido cancelado na acepção do regulamento, e que, no caso de atrasos, não há direito a indemnização.

26. O Senhor Böck e a Senhora Lepuschitz interpuseram recurso para o Handelsgericht Wien, que decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) O artigo 5.º, em conjugação com os artigos 2.º, alínea l), e 6.º, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, devem ser interpretados no sentido de que o adiamento da partida de um voo por 22 horas constitui um «atraso» na acepção do artigo 6.º?

2) O artigo 2.º, alínea l), do Regulamento (CE) n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que os casos em que os passageiros são transportados após um atraso considerável (22 horas) num voo a cujo número inicial foi adicionada a letra «A» e no qual embarcou apenas uma parte — a qual, no entanto, não deixa de ser considerável — dos passageiros com reserva para o voo inicial e ainda outros passageiros sem reserva para o mesmo voo, constituem um «cancelamento» e não um «atraso»?

Em caso de resposta afirmativa à segunda questão:

3) O artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que uma avaria no avião e as

consequentes alterações ao plano de voo constituem circunstâncias extraordinárias (que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis)?»

27. Foram apresentadas observações escritas pelos Sturgeon, pelo Senhor Böck e pela Senhora Lepuschitz, pela Condor, pela Air France, pelos governos austríaco, francês, grego, italiano, polaco, sueco e do Reino Unido, bem como pela Comissão.

28. Na audiência foram apresentadas alegações orais em nome dos Sturgeon, do Senhor Böck, da Senhora Lepuschitz, da Condor, dos governos grego e do Reino Unido e da Comissão.

Quanto à distinção entre «atraso» e «cancelamento»

29. Com as suas duas questões, o órgão jurisdicional de reenvio no processo *Sturgeon* pretende ser esclarecido se, para haver um «cancelamento», é essencial que o plano de voo original seja abandonado e, caso contrário, se um atraso pode transformar-se em cancelamento após um certo período de tempo. Nas primeira e segunda questões submetidas no processo *Böck* e *Lepuschitz* pergunta-se ao Tribunal se um atraso de 22 horas pode ser considerado um «atraso» na acepção do artigo 6.º do regulamento ou se tal atraso, em conjunto com o transporte dos passageiros num voo com um número diferente e que não transporta todos os passageiros que tinham reserva para o voo original, não deve antes ser considerado um cancelamento.

30. Ambos os órgãos jurisdicionais de reenvio perguntam, no essencial, qual a forma de distinguir «atraso» de «cancelamento» na acepção do artigo 2.º, alínea l), do regulamento e se um «atraso» poderá ser tratado como «cancelamento» na acepção do regulamento após ter decorrido um certo período de tempo.

Observação preliminar — história legislativa do regulamento

31. No n.º 20 da exposição de motivos da sua proposta original de regulamento [12], a Comissão observava que «os cancelamentos representam [...] uma recusa por parte do operador de fornecer o serviço contratado, excepto em circunstâncias excepcionais que

12 — Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos COM(2001) 784 final (a seguir «Exposição de motivos da proposta original da Comissão»).

não são da sua responsabilidade, como instabilidade política, condições atmosféricas difíceis, segurança inadequada e avarias técnicas imprevistas. Para os passageiros, o cancelamento em circunstâncias normais, por razões comerciais, provoca contratempos e atrasos inaceitáveis, em particular quando não são avisados com antecedência». No n.º 23, afirmava: «Embora os inconvenientes e a frustração provocados pelos atrasos se assemelhem aos causados pela recusa de embarque ou o cancelamento dos voos, existe uma diferença: o operador é responsável pela recusa de embarque e o cancelamento de um voo (excepto por razões alheias à sua responsabilidade), mas nem sempre o é pelos atrasos. Outras causas comuns dos atrasos são os sistemas de gestão do tráfego aéreo e os limites de capacidade dos aeroportos. Como referido na sua comunicação relativa à protecção dos passageiros dos transportes aéreos, a Comissão considera que, nas actuais circunstâncias, os operadores não devem ser obrigados a indemnizar os passageiros vítimas de atrasos».

32. Não é muito fácil discernir a lógica da distinção que a Comissão aí delineava. A exposição de motivos afirma, primeiro, que as transportadoras aéreas são sempre responsáveis pelos cancelamentos salvo quando circunstâncias excepcionais as isentam dessa responsabilidade (princípio posteriormente reflectido no artigo 5.º da versão em vigor do regulamento, no qual a expressão «circunstâncias excepcionais» utilizada pela Comissão foi rebaptizada com o nome de «circunstâncias extraordinárias») [13]. A exposição de motivos aponta depois várias circunstâncias em que as transportadoras aéreas não são (objectivamente) responsáveis por atrasos. Essas — tais como as «circunstâncias excepcionais» anteriormente referidas relativamente aos cancelamentos — são circunstâncias pelas quais a transportadora aérea não é (objectivamente) responsável. Por uma questão de lógica, seria de esperar que a exposição de motivos propusesse (tanto em relação aos voos cancelados como aos atrasados) que as transportadoras aéreas não tivessem de pagar indemnizações se o atraso ou cancelamento não fossem objectivamente da sua responsabilidade. Porém, a exposição de motivos contenta-se com a concisa afirmação de que «a Comissão considera que, nas actuais circunstâncias, os operadores não devem ser obrigados a indemnizar os passageiros vítimas de atrasos».

33. A indemnização sugerida na proposta da Comissão para os casos de cancelamento é idêntica à da recusa de embarque que, segundo o n.º 11 da exposição de motivos, deve ser fixada a «um nível dissuasivo». No n.º 14, o cálculo é mais explícito: «Para dissuadir os operadores de recusarem o embarque a todos os passageiros, independentemente da classe em que viajem, a Comissão propõe estabelecer uma taxa fixa de indemnização equivalente ao dobro do preço da maioria dos bilhetes de executiva».

13 — V. *infra*, n.os 98 a 101.

34. Pode ser que a distinção entre «cancelamento» e «atraso» que a Comissão teve em mente na sua proposta se tenha baseado, não nas consequências para os passageiros, mas no grau de responsabilidade do operador — a diferença entre uma decisão deliberada de cancelar um voo por razões comerciais («cancelamento»), que deveria ser desencorajada por indemnizações de nível dissuasivo, e uma tentativa genuína de levar os passageiros até ao seu destino, apesar de tardiamente, em resultado de dificuldades externas («atraso»), caso em que os operadores apenas teriam que prestar um certo nível de assistência. Se assim for, parece existir alguma confusão entre «causa» e «culpa». Não é difícil imaginar casos em que uma tentativa genuína de levar os passageiros até ao seu destino o mais rapidamente possível possa implicar o cancelamento do voo programado (por ser claro que nunca poderá partir à hora) e o transporte dos passageiros noutro voo [14]. Inversamente, o atraso de um voo com um número reduzido de passageiros reservados poderá ser prolongado por razões essencialmente comerciais, pelo facto de a transportadora aérea ter utilizado a primeira aeronave de substituição disponível dando prioridade à solução do problema de outro voo em que havia mais passageiros reservados [15]. Se o princípio subjacente à proposta da Comissão foi o de que «as transportadoras devem pagar indemnizações se tiverem culpa, mas não em caso contrário», seria de esperar que tivesse adoptado disposições para identificar (e penalizar) atrasos imputáveis a decisões comerciais.

35. No decurso do processo legislativo, porém, não parece ter sido dada grande ênfase a essa distinção, sobretudo depois da redução dos níveis de indemnização. Do texto que acabou por ser adoptado, é difícil deduzir os critérios para distinguir entre «cancelamento» e «atraso».

Por que razão é importante a distinção entre «atraso» e «cancelamento»?

36. O artigo 2.º, alínea l), do regulamento define «cancelamento» como «a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado». O regulamento não tem definição equivalente do termo «atraso», que também não é definido nas Convenções de Varsóvia ou de Montreal. O artigo 19.º da Convenção de Montreal limita-se a declarar, em termos gerais, que a transportadora aérea é responsável «pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias». Esta frase parece abranger muitos casos — senão mesmo todos — que caem no âmbito de «cancelamento de um voo» e ter um sentido muito mais amplo do que o de «atraso de um voo», referido no regulamento.

37. No entanto, nos termos do regulamento, a distinção entre «atraso» e «cancelamento» é importante. O artigo 5.º do regulamento confere aos passageiros cujo voo foi cancelado

14 — Como o cancelamento obriga a indemnizar os passageiros nos termos do artigo 7.º do regulamento, neste caso o resultado perverso é que é «melhor» para a transportadora aérea (mas não para os passageiros) «limitar-se» a atrasar o voo.

15 — V., nas conclusões por mim apresentadas no processo Kramme (C-396/06), a matéria de facto que esteve na origem do reenvio e que aí expus (disponíveis no *site* do Tribunal de Justiça). O reenvio foi retirado antes do julgamento.

o direito a uma indemnização especificada. O artigo 6.º não inclui qualquer disposição que preveja uma indemnização pelos atrasos.

38. O regulamento tem o considerável mérito de conceder automaticamente indemnização aos passageiros cujos voos tenham sido cancelados. Todavia, o governo polaco fez notar, nas suas observações escritas, que a distinção entre cancelamento e atraso estabelecida no regulamento pode ter como resultado que passageiros que se encontrem em situações objectivamente similares sejam tratados de forma diferente.

39. Este facto levanta inevitavelmente a questão (fundamental) de saber se o regulamento viola o princípio da igualdade de tratamento.

Impacto do princípio da igualdade de tratamento

40. Segundo jurisprudência assente, o princípio da igualdade de tratamento ou da não discriminação exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objectivamente justificado [16].

41. A validade dos artigos 5.º, 6.º e 7.º do regulamento à luz do princípio da igualdade de tratamento foi posta em causa no processo IATA e ELFAA, mas mais na perspectiva das transportadoras aéreas do que na dos passageiros.

42. Nesse processo, a ELFAA alegou que as transportadoras aéreas de baixo custo, por ela representadas, foram vítimas de tratamento discriminatório, pois as medidas previstas nos referidos artigos impõem as mesmas obrigações a todas as transportadoras aéreas, sem estabelecerem qualquer distinção com base nas políticas de preços e nos serviços oferecidos. A ELFAA acrescentou que o direito comunitário não impõe as mesmas obrigações a outros meios de transporte e, implicitamente, que aplicá-las desse modo unicamente ao sector dos transportes aéreos constitui uma discriminação.

43. O Tribunal contrapôs que a situação de empresas que operam em diferentes sectores dos transportes não é comparável e que os passageiros cujos voos são cancelados ou

16 — V., por exemplo, acórdãos de 10 de Janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, Colect., p. I-403, n.º 95) e Emirates Airlines (C-173/07, Colect., p. I-5237, n.º 39).

sujeitos a um atraso considerável se encontram numa situação objectivamente diferente da dos passageiros de outros meios de transporte, no caso de incidentes da mesma natureza. Além disso, o dano sofrido pelos passageiros das transportadoras aéreas, em caso de cancelamento ou de atraso considerável de um voo, é idêntico, independentemente da transportadora aérea com a qual tenham celebrado o contrato de transporte, e não tem relação com as políticas de preços praticadas pela transportadora [17]. O Tribunal concluiu que «a não ser que o princípio da igualdade viesse a ser infringido face ao objectivo, pretendido pelo Regulamento n.º 261/2004, de reforçar a protecção de todos os passageiros das transportadoras aéreas, o legislador comunitário tinha de tratar de forma idêntica todas as companhias aéreas» [18].

44. No acórdão IATA e ELFAA, o Tribunal confirmou explicitamente que o objectivo primordial do regulamento foi reforçar a protecção de todos os passageiros das transportadoras aéreas. Com efeito, é esta afirmação que está na base da análise e da declaração de improcedência, pelo Tribunal, dos argumentos da ELFAA. Esta última alegou que o transporte aéreo e os outros meios de transporte são comparáveis. O Tribunal declarou que, no caso dos passageiros vítimas de cancelamento ou de atrasos consideráveis, não são. A EFAA afirmou que as linhas aéreas regulares e as de preços reduzidos não são comparáveis. O Tribunal respondeu que, para os passageiros vítimas de cancelamento ou de atrasos consideráveis, são. Em síntese, a ELFAA instou o Tribunal a analisar o regulamento na perspectiva das transportadoras aéreas. O Tribunal afastou essa abordagem e analisou os argumentos da ELFAA (e o regulamento) na *perspectiva dos passageiros*.

45. Além disso, importa assinalar que, na sua análise, o Tribunal inclui numa *mesma categoria* os passageiros cujos voos são cancelados e aqueles cujos voos sofrem atrasos consideráveis.

46. Como o Tribunal afirmou no acórdão Arcelor Atlantique e Lorraine e o., «a violação do princípio da igualdade de tratamento através de um tratamento diferenciado pressupõe que as situações em causa sejam comparáveis no que respeita a todos os elementos que as caracterizam». Esses elementos e, consequentemente, a sua comparabilidade «devem ser determinados e apreciados *à luz do objecto e do objectivo do acto comunitário* que institui a distinção em causa. Além disso, devem ser tidos em consideração os princípios e objectivos do domínio do qual releva o acto em questão» [19].

17 — Quanto à natureza desse dano, o Tribunal decidiu, no n.º 43 do referido acórdão, que qualquer atraso no transporte aéreo de passageiros, especialmente se for considerável, pode provocar, num plano geral, dois tipos de prejuízo. Por um lado, um atraso muito considerável vai causar prejuízos quase idênticos a todos os passageiros, cuja reparação pode ter a forma de assistência, uniforme e imediata, a todos os interessados (mediante o oferecimento, por exemplo, de bebidas, refeições, alojamento e a oportunidade de efectuar chamadas telefónicas). Por outro lado, os passageiros podem sofrer prejuízos individuais, inerentes ao motivo da sua deslocação, cuja reparação exige a apreciação, caso a caso, da extensão dos danos causados. Tais danos só podem, consequentemente, ser objecto de indemnização individualizada *a posteriori*.

18 — Acórdãos IATA e ELFAA, n.os 94 a 98, e Emirates Airlines, n.º 35.

19 — Acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Arcelor Atlantique e Lorraine e o. (C-127/07, Colect. p. I-9985, n.os 25 e 26), com referência aos acórdãos de 27 de Outubro de 1971, Rheinmühlen Düsseldorf (6/71, Recueil, p.823, n.º 14, Colect. p. 305); processos apensos de 19 de Outubro de 1977, Ruckdeschel e o. (117/76 e 16/77, Recueil, p. 1753, n.º 8, Colect., p. 619); de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/ /Conselho (C-280/93, Colect., p. I-4973, n.º 74) e processos apensos de 10 de Março de 1998, T. Port (C-364/95 e C-365/95, Colect., p. I-1023, n.º 83).

47. No acórdão IATA e ELFAA, o Tribunal declarou inequivocamente que o objectivo dos artigos 5.º (Cancelamento) e 6.º (Atrasos) do regulamento resulta evidente dos seus primeiro e segundo considerandos, segundo os quais a acção da Comunidade no domínio do transporte aéreo deve ter, *inter alia*, o objectivo de garantir um elevado nível de protecção dos passageiros e deve ter em conta as exigências de protecção dos consumidores em geral, porquanto o cancelamento ou o atraso considerável dos voos causa sérios inconvenientes aos passageiros [20].

48. Assim, no acórdão IATA e ELFAA, o Tribunal identificou claramente a protecção dos passageiros como o «objectivo imediato» ou o «objectivo directo, expressamente referido pelo legislador comunitário», aceitando que o regulamento pode, implicitamente, incluir outros objectivos secundários (tais como reduzir, através de medidas preventivas, o número de cancelamentos e de atrasos consideráveis de voos) [21].

49. Esta abordagem é corroborada pelo facto de, como assinala o Tribunal, a amplitude das diversas medidas adoptadas pelo legislador comunitário variar «em função da importância dos prejuízos sofridos pelos passageiros, importância essa que é apreciada em função quer da duração do atraso e da espera pelo próximo voo quer da rapidez com que os interessados foram informados do cancelamento do voo» [22]. Embora o ponto de referência para o cálculo do tempo seja diferente, a importância do prejuízo é avaliada, tanto no caso de cancelamento como no de atraso considerável, por referência à passagem do tempo.

50. Além disso, o reforço da protecção dos consumidores é um dos objectivos explicitamente referidos no artigo 3.º, n.º 1, alínea t), CE, que a Comunidade deve prosseguir para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º CE [23].

51. Todavia, independentemente da gravidade dos inconvenientes causados, o regulamento dispõe que o cancelamento dá automaticamente direito a uma indemnização (artigo 7.º), ao passo que os atrasos nunca dão. Como o despacho de reenvio no processo *Sturgeon* sugere e a Comissão referiu na audiência, o regulamento parece, assim,

20 — Acórdão IATA e ELFAA, já referido na nota 16, n.º 69; acórdão de 22 de Dezembro de 2008, Wallentin-Hermann (C-549/07, Colect., p. I-11061, n.º 18). O segundo considerando do regulamento inclui na mesma frase «cancelamento ou atraso considerável dos voos», não estabelecendo qualquer distinção entre um e o outro.

21 — Acórdão IATA e ELFAA, já referido na nota 16, n.os 82 e 83, e conclusões apresentadas pelo advogado-geral L. A. Geelhoed no processo na origem desse acórdão, n.os 121 e 122.

22 — Acórdão IATA e ELFAA, já referido na nota 16, n.º 85.

23 — V. também as conclusões apresentadas pelo advogado-geral L. A. Geelhoed no processo IATA e ELFAA já referido na nota 16, n.os 117 a 119, nas quais invoca o artigo 153.º, n.º 2, CE (que impõe que o poder legislativo da Comunidade tenha em conta as exigências em matéria de defesa dos consumidores nas demais políticas da Comunidade) e o artigo 95.º, n.º 3, CE (que expressamente impõe um elevado nível de protecção dos consumidores) e conclui que a protecção dos consumidores constitui sem dúvida um objectivo legítimo, cuja prossecução está expressamente prevista no Tratado.

assentar na presunção de que um cancelamento causa necessariamente mais inconvenientes aos passageiros e merece, por isso, uma forma de protecção mais forte do que um «simples» atraso [24].

52. Não consigo de modo algum ver razão para tal. De facto, nas suas observações escritas, a Comissão reconhece o mesmo, aceitando que, na realidade, os cancelamentos nem sempre causam mais inconvenientes do que os atrasos.

53. Imagine-se que o passageiro A e o passageiro B reservaram voos de Bruxelas para Nova Iorque em transportadoras aéreas diferentes, ambos com partida às 08.30h. Quando o passageiro A chega ao aeroporto, é informado de que o seu voo foi cancelado. Propõem-lhe um lugar noutro voo para Nova Iorque, com partida às 08.30h do dia seguinte. O passageiro B, ao chegar ao aeroporto, é informado de que o seu voo está atrasado, acabando por partir na mesma altura que o novo voo do passageiro A, ou seja, um dia depois do horário previsto para a partida. Os passageiros A e B chegam a Nova Iorque ao mesmo tempo. Os dois passageiros encontram-se, de facto, em situação idêntica. No entanto, nos termos do regulamento, só o passageiro A tem direito a receber automaticamente uma indemnização.

54. A distinção entre cancelamento e atraso, tal como existe actualmente no regulamento, parece assim estar em contradição com o seu objectivo.

55. Tudo isto se torna ainda mais claro se pensarmos que o regulamento pode ter o resultado (perverso) de fazer com que a indemnização automática seja recusada aos passageiros que sofreram o maior inconveniente, podendo, no entanto, ser concedida aos que sofreram menos transtornos. Suponhamos que os mesmos passageiros A e B (claramente «passageiros frequentes») reservaram ambos voos de Bruxelas para Nova Iorque, com partida às 10.30h, junto de transportadoras aéreas diferentes. O passageiro A, ao chegar ao aeroporto, é informado de que o seu voo foi cancelado, mas a transportadora aérea propõe-lhe imediatamente um voo alternativo, numa transportadora aérea diferente, com partida às 11.00h. Por seu turno, o passageiro B, ao chegar ao aeroporto, é informado de que o seu voo está atrasado, acabando por só partir às 22.30h, ou seja, 12 horas mais tarde do que o programado. É evidente que quem sofreu maior transtorno foi o passageiro B.

56. O passageiro A (que pouco foi afectado) pode pedir uma indemnização ao abrigo dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 7.º do regulamento. O passageiro B, à medida que as horas forem passando, só tem direito a pedir que lhe sejam servidos refrescos e refeições [25]; a duas chamadas telefónicas gratuitas (ou telexes,

24 — Comparem-se os considerandos décimo segundo (cancelamento) e décimo sétimo (atraso) do regulamento. As diferentes soluções que propõem contradizem directamente o segundo considerando, que reconhece que «as recusas de embarque e o cancelamento ou atraso considerável dos voos causam sérios transtornos e inconvenientes aos passageiros».

25 — Artigo 6.º, n.º 1, alínea c), (i), por remissão para o artigo 9.º, n.º 1, alínea a). Como, no meu exemplo, se trata de um voo transatlântico, o passageiro B terá que esperar quatro horas antes de ter «direito a assistência» nos termos do artigo 9.º

mensagens via fax ou mensagens por correio electrónico) [26]; e somente (passadas cinco horas) o direito a optar pelo reembolso, nos casos em que não valha a pena esperar mais tempo [27]. Por mais valor que o direito a assistência possa ter, dificilmente se compara à indemnização que o passageiro A irá receber.

57. Na exposição de motivos que acompanhou a sua proposta de regulamento, tratando-se de uma medida destinada a reforçar a protecção dos consumidores, a Comissão faz o seguinte comentário relativamente à distinção entre cancelamento e atraso: «Embora os inconvenientes e a frustração provocados pelos atrasos se assemelhem aos causados pela recusa de embarque ou o cancelamento dos voos, existe uma diferença: o operador é responsável pela recusa de embarque e o cancelamento de um voo (excepto por razões alheias à sua responsabilidade), mas nem sempre o é pelos atrasos» [28].

58. Esta explicação não resiste à análise crítica.

59. A Comissão reconhece explicitamente que o transtorno sofrido pelos passageiros é semelhante quer o seu voo tenha sido cancelado ou esteja sujeito a um atraso considerável. Se isto for assim (e, de facto, parece ser) seria de esperar que as duas categorias de passageiros tivessem o mesmo tratamento, pois ambas merecem e necessitam de protecção (mas não é esse o caso). A Comissão afirma, depois, que a diferença entre cancelamento e atraso (e, pelo menos implicitamente, a justificação para a diferença de tratamento) reside no facto de o operador ser sempre responsável pelos cancelamentos (excepto quando não é); e não ser sempre responsável pelos atrasos (excepto, presumivelmente, quando é). Trata-se de uma distinção que não estabelece qualquer diferença.

60. Parece-me que a lógica subjacente (uma vez mais, no contexto do reforço da protecção dos consumidores) devia ter sido a de que, quando o operador *não é responsável* pelo transtorno (quer se trate de um cancelamento ou de um atraso considerável), não deve ter que pagar uma indemnização; e que, ao invés, quando *é* responsável, deve ter que pagar. Dito de outro modo, o critério da indemnização não é o nexo de causalidade, mas a culpa do operador (entendida em sentido amplo).

26 — *Idem*, por remissão para o artigo 9.º, n.º 2.

27 — Artigo 6.º, n.º 1, alínea c), (iii), por remissão para o artigo 8.º, n.º 1, alínea a).

28 — Exposição de motivos da proposta original da Comissão, referida na nota 12, n.º 23.

61. Mesmo que assim seja, não explica a diferença de tratamento entre os passageiros que sofrem os transtornos de um cancelamento e os que são vítimas de um atraso considerável. O operador pode ser (ou não) responsável quer pelos atrasos consideráveis quer pelos cancelamentos. Contudo, a diferença de tratamento prevista no regulamento não depende da culpa do operador, mas simplesmente do facto de o incidente ser classificado como um atraso ou como um cancelamento. E, nos *travaux préparatoires* não se encontra qualquer outra explicação objectiva para a diferença de tratamento.

62. Consequentemente, a diferença de tratamento parece não estar em conformidade com o princípio da igualdade de tratamento.

63. Isto mesmo é confirmado pelo facto de, no acórdão IATA e ELFAA, o Tribunal ter declarado, claramente e sem ambiguidades, que o objectivo primordial do regulamento é a protecção dos consumidores. Na perspectiva dos passageiros, pessoas numa situação comparável são tratadas de modo diferente, com vantagem para uma das categorias de pessoas (passageiros cujos voos são cancelados) e desvantagem para a outra (passageiros cujos voos sofrem atrasos consideráveis).

64. Também parece, pelo menos à primeira vista, que o objectivo principal do regulamento (protecção reforçada dos consumidores) poderia ser alcançado com medidas que respeitem o princípio da igualdade. Cabe evidentemente ao legislador ponderar e decidir quanto a essas medidas [29].

65. Nos casos em apreço, salvo uma breve referência do governo polaco, não foram apresentados ao Tribunal quaisquer argumentos quanto ao potencial impacto, nas questões submetidas, do princípio da igualdade de tratamento. Assim, não foi devidamente abordada a possibilidade de uma análise da distinção entre atraso e cancelamento poder levar à conclusão de que a forma como o regulamento trata estes dois conceitos viola esse princípio fundamental do direito comunitário. Tenho a consciência de que pode haver argumentos em contrário que eu não tenha identificado. As instituições e os Estados-Membros deviam ter a oportunidade de apresentar os seus comentários sobre a análise que efectuei e de desenvolver os seus argumentos relativamente à justificação objectiva.

29 — A título meramente ilustrativo: poder-se-iam adoptar disposições para limitar automaticamente a indemnização aos casos de cancelamento sem reencaminhamento dentro de um determinado período de tempo (duas horas, por exemplo), prevendo a indemnização automática no caso de atrasos por períodos superiores ao especificado. No caso de cancelamentos (como acontece agora) a transportadora aérea não seria obrigada a pagar uma indemnização de carácter financeiro se conseguisse provar que o cancelamento ou o atraso se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis. Seria necessária uma disposição equivalente para o caso de atrasos pelos quais a transportadora pudesse demonstrar não ser responsável. Se necessário e apropriado, o período especificado poderia variar consoante a distância do voo (como nos actuais artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 2, do regulamento). Penso que este tipo de disposições também satisfaria os requisitos de proporcionalidade (expressamente invocados no n.º 79 do acórdão IATA e ELFAA, já referido na nota 16).

66. Nestas circunstâncias, proponho que o Tribunal reabra a fase oral do processo e convide os Estados-Membros, a Comissão, o Parlamento Europeu e o Conselho a apresentarem as suas observações sobre esta matéria.

67. Se o Tribunal não concordar com esta abordagem, considero útil tecer as seguintes observações sobre a questão de saber se é possível interpretar o regulamento de acordo com o princípio da igualdade [30].

Indicações de que um voo foi cancelado

68. Entre os factores citados perante o Tribunal de Justiça e a jurisprudência nacional e referidos na doutrina [31], como possíveis indicações de que um voo foi cancelado, contam-se: a mudança de transportadora aérea, a mudança de aeronave, a mudança do número do voo, a mudança do aeroporto de partida ou de chegada, a devolução da bagagem aos passageiros, o novo *check-in* dos passageiros, a nova atribuição de lugares, a distribuição dos passageiros por uma ou mais aeronaves, a emissão de novos cartões de embarque e o facto de o voo ter sido declarado «cancelado» pelo comandante (ou outro elemento da companhia aérea) ou de aparecer com essa indicação no painel de partidas.

69. Segundo o senso comum, todos estes factores podem ser indicações de que um voo foi cancelado e não simplesmente atrasado. Quanto maior for o número destes factores, mais provável se torna que tenha havido efectivamente um cancelamento. Seguindo a mesma lógica, não penso que qualquer dos factores possa, só por si, ser conclusivo.

70. Por exemplo, a colocação de uma aeronave fora de serviço não resulta automaticamente no cancelamento do voo a que a aeronave se destinava. O voo pode ainda realizar-se com uma aeronave de substituição [32]. Parece-me irrelevante que os passageiros prossigam viagem distribuídos por uma única ou por várias aeronaves de substituição [33].

71. Análise idêntica pode ser aplicada à maior parte dos outros factores referidos. Fazem parte do dia a dia das viagens aéreas. Podem ocorrer no contexto de um voo que, quanto ao

30 — Quando necessária, a interpretação de uma disposição de direito comunitário derivado deve ser feita, na medida do possível, no sentido da sua conformidade com as disposições do Tratado e os princípios gerais de direito. V., por exemplo, acórdão de 10 de Julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, (C-413/06, Colect., p. I-4951, n.º 174) e a jurisprudência aí referida.

31 — V., por exemplo, R. Schmid, «Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis — Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004» (2006) NJW 26, p. 1843; E. Gaedtke, «Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004», (2007) Verbraucher und Recht, pp. 203 e 204; B. Wagner, «Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004», (2006) VuR, pp. 338 e 339 e a jurisprudência referida nestes artigos.

32 — V. as minhas conclusões no processo Kramme, referido na nota 15, n.º 39.

33 — Factor referido no despacho de reenvio do processo Böck e Lepuschitz.

mais, é normal (nem sequer necessariamente um voo sujeito a atraso).

72. A Comissão que quanto a este aspecto teve, na audiência, o apoio do advogado do Senhor Böck e da Senhora Lepuschitz, da Condor e do governo grego, sugere, nas suas observações escritas, que uma mudança do número de voo [34] constitui uma forte indicação de que um voo foi cancelado [35]. Estou de acordo.

73. Dito isto, um novo número de voo não é um elemento infalível para distinguir entre voos atrasados e voos cancelados. O número do voo pode ter sido alterado por razões puramente técnicas, fora do controlo da transportadora aérea, mesmo que nenhum dos outros parâmetros do voo tenha sido alterado [36]. Nessas circunstâncias, a mudança do número de voo não pode ser considerada prova definitiva de cancelamento e, inversamente, manter o número de voo original não significa necessariamente que um voo não foi cancelado.

74. O mesmo é verdade para as declarações de que o voo foi cancelado, feitas pelo pessoal da transportadora aérea ou por outro pessoal do aeroporto. Não é difícil imaginar a interminável querela no tribunal nacional sobre se o funcionário assediado que, no meio da agitação de um grupo que exigia atenção, num balcão apinhado de gente, informou um passageiro de que o voo estava cancelado, estava autorizado a fazer essa afirmação (ou até se o funcionário e o passageiro partilhavam uma linguagem comum de forma suficiente para que o significado do que foi dito fosse inequívoco). O anúncio do comandante ou uma indicação oficial na lista apresentada no painel de partidas terão seguramente mais autoridade, embora não sejam necessariamente determinantes.

75. Como nenhum dos factores referidos pode, por si só, ser conclusivo, os tribunais nacionais têm de avaliar a importância de cada um deles, quando ocorrem conjuntamente, em cada caso concreto. Daí poderão resultar problemas significativos no tocante à segurança jurídica [37].

76. Também é evidente que as próprias transportadoras aéreas têm uma influência significativa em vários factores que podem ser

34 — Também referido como um factor no despacho de reenvio do processo Böck e Lepuschitz.

35 — No seu documento de informação sobre o regulamento, a Comissão declara também que, do seu ponto de vista, um voo «pode geralmente considerar-se cancelado quando é alterado o número de voo para a mesma rota para a qual o passageiro celebrou um contrato para um dia e hora específicos»: Information Document of the Directorate-General for Energy and Transport: Answers to Questions on the application of Regulation 261/2004 (Documento de Informação da Direcção-Geral da Energia e dos Transportes: Respostas a perguntas sobre a aplicação do Regulamento n.º 261/2004), p. 3, disponível em http://ec.europa.eu/transport/air_portal/passenger_rights/doc/2008/q_and_a_en.pdf.

36 — Por exemplo, numa rota em que uma transportadora aérea regular opera um serviço diário, é bastante provável que o voo de segunda-feira e o voo de terça-feira tenham o mesmo número. Nesse caso, se o voo de segunda-feira atrasar 24 horas, é imperioso mudar o seu número, a fim de evitar potenciais confusões nas instruções de controlo de tráfego, pois o comandante do voo de segunda-feira e o comandante do voo de terça-feira podem efectuar os preparativos para a partida e pedirem o direito de descolagem ou a permissão de estacionamento (etc.) ao mesmo, ou quase, ao mesmo tempo.

37 — V. *infra*, n.os 89 e 90.

utilizados para distinguir entre atraso e cancelamento. Essas transportadoras têm um interesse económico em tomar medidas que garantam que um incidente seja classificado como atraso em vez de cancelamento, por mais prolongado que seja esse atraso, e em contestar (sempre que possível) as afirmações dos passageiros de que, na realidade, o voo foi cancelado [38].

O tempo como factor na identificação do cancelamento

77. Ao contrário dos factores *supra* enumerados, o passar do tempo não é susceptível de manipulação [39]. Pode um atraso «excessivo» tornar-se num cancelamento *de facto*, desencadeando o direito a indemnização ao abrigo do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do regulamento?

78. Os Sturgeon, o Senhor Böck e a Senhora Lepuschitz, os governos austríaco, francês, grego, italiano, polaco e sueco e a Comissão defendem que, passado um certo período de tempo, um atraso pode ser classificado como cancelamento. O Governo do Reino Unido, porém, entende que só o legislador comunitário tem poderes para determinar que o decorrer de um determinado período de tempo constitui um meio de distinguir entre as duas situações. A Condor argumenta que o artigo 19.º da Convenção de Montreal concede aos passageiros o direito a indemnização se o seu voo sofrer atraso. As considerações de protecção dos passageiros não exigem, portanto, que um atraso prolongado seja interpretado como cancelamento na acepção do artigo 5.º do regulamento.

79. Posso ocupar-me deste último argumento em poucas palavras. A Convenção de Montreal é efectivamente aplicável na Comunidade. Esta convenção prevê uma indemnização com base no princípio da restituição. Essa indemnização, num caso particular, pode ser mais vantajosa para um passageiro do que uma indemnização automática fixa, sem prova de dano efectivo, por motivo de cancelamento, como a prevista no artigo 7.º, n.º 1, do regulamento. O disposto no regulamento é diferente e complementar do regime previsto no artigo 19.º da Convenção de Montreal [40]. Os passageiros cujo voo foi cancelado têm direito a uma indemnização nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do regulamento

38 — Num relatório sobre o impacto prático do regulamento, a Comissão, manifestou a preocupação de que haja transportadoras que classifiquem os cancelamentos como atrasos prolongados para evitar reclamações de pagamento de indemnizações, muito embora não tivesse sido possível encontrar estatísticas claras desta prática (uma redução do número de cancelamentos e um aumento correspondente do número de atrasos): v. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho em conformidade com o artigo 17.º do Regulamento (CE) 261/2004 sobre a aplicação e sobre os resultados do regulamento que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos, COM(2007) 168 final, n.º 4.1.2. Os presentes reenvios são uma prova do potencial problema.

39 — Veja-se a arguta observação de Screwtape (um diabo experiente ensinando ao seu sobrinho a arte da tentação) a respeito de os seres humanos dizerem sempre que são «donos» do seu tempo: «Os humanos estão sempre a arrogar-se uma propriedade que soa tão ridícula no Céu como no Inferno» [C.S. Lewis, The Screwtape Letters, (1942), pp. 112 e 113].

40 — O artigo 12.º, n.º 1, do regulamento, esclarece que a indemnização fixa prevista no artigo 7.º, n.º 1, não substitui a indemnização devida nos termos da Convenção de Montreal.

«sem que […] tenham de suportar os inconvenientes inerentes à propositura de acções de indemnização nos tribunais» [41]. Se o atraso considerável e o cancelamento causam inconvenientes idênticos aos passageiros, a protecção destes indica que ambos devem beneficiar de igual modo de um regime adequado de indemnização automática fixa. Isto é suficiente para destruir o argumento da Condor.

80. E quanto ao argumento fulcral de que, após um certo período de tempo, um atraso considerável passa a ser um cancelamento *de facto?*

81. É do senso comum que o tempo constitui obviamente um factor para determinar se um voo foi cancelado. No caso de uma conjugação de vários dos factores *supra* enumerados e/ou de o voo sofrer um atraso por um período de tempo excessivo, existe um indício muito forte de que o voo foi efectivamente cancelado.

82. Além disso, como a Comissão afirmou na audiência, quando um passageiro reserva um voo, celebra implicitamente com a transportadora aérea um contrato de transporte entre dois pontos, a uma determinada hora. Se a hora de partida do voo sofrer um atraso excessivo, é difícil sustentar que o voo continua a ser «o voo que anteriormente estava programado» [42]. Assim, por exemplo, no caso de um voo regular diário sempre à mesma hora, em circunstâncias normais, o facto de esse voo ainda não ter saído antes da partida do voo do dia seguinte constitui um forte indício de que o primeiro voo foi cancelado [43].

83. Na falta de qualquer definição, o termo «atraso» deve ser interpretado à luz das disposições do regulamento no seu todo e dos seus objectivos [44]. Considerar o decurso do tempo como factor importante para determinar a existência de um cancelamento reforçaria manifestamente o objectivo do regulamento de reforçar a protecção dos passageiros. Contudo, esta abordagem apresenta duas dificuldades. Primeiro, o que deve entender-se por «atraso excessivo»? Segundo, é admissível interpretar o regulamento no sentido de que classifica como cancelamento *de facto* um atraso excessivo?

41 — V. acórdão IATA e ELFAA, já referido na nota 16, n.º 45, onde o Tribunal explicou a diferença entre o regime da Convenção de Montreal e o direito automático a assistência no que se refere aos atrasos, previsto no artigo 6.º do regulamento.

42 — V. a definição de «cancelamento» do artigo 2.º, alínea l), do regulamento.

43 — Não estou com isto a sugerir que, no caso de um voo semanal, a aplicação desta regra deva significar que o pedido de indemnização por cancelamento só pode ser apresentado depois da partida do voo da semana seguinte.

44 — V., por analogia, o acórdão Emirates Airlines, já referido na nota 16, n.os 27 e 28.

Quando é que um atraso é «excessivo»?

84. A Comissão assinala, com razão, que o regulamento não contém qualquer base para identificar o momento específico após o qual um atraso pode ser classificado como cancelamento. Segundo o regulamento, um atraso pode durar mais de 5 horas [artigo 6.º, n.º 1, (iii)], podendo prolongar-se pelo menos até ao dia seguinte e talvez até mais [artigo 6.º, n.º 1, (ii), em conjugação com o artigo 9.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão].

85. O governo francês observa que o regulamento contém vários elementos que podem servir de indicadores. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, do regulamento, o período de tempo decorrido que dá lugar à obrigação de prestar certas formas de assistência varia consoante a duração do voo: duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1 500 quilómetros [45]; três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros [46] e quatro horas ou mais, no caso de quaisquer voos [47]. Deste modo, o legislador comunitário fez depender da distância do voo o direito a receber assistência — os passageiros que viajarem para mais longe têm que aguardar mais tempo antes de terem direito a assistência [48].

86. A avaliação de quando é que um atraso passa a ser «excessivo» e, assim, classificável como cancelamento, podia ter em conta os diferentes períodos de tempo indicados nessas disposições. Todavia, para ser «excessivo», um atraso teria necessariamente que ser consideravelmente mais longo do que esses valores de referência. A questão passaria então a ser: quanto mais?

87. Parece-me impossível determinar, com alguma precisão aceitável, exactamente que período de tempo tem que decorrer antes de um atraso passar a ser «excessivo».

88. Por conseguinte, caberia ao tribunal nacional, em cada caso concreto, avaliar os factos e chegar a uma conclusão — com base numa conjugação de tradições jurídicas nacionais, bom senso e intuição, mais do que em qualquer disposição comunitária concreta — sobre se o atraso em causa foi

45 — Alínea a).
46 — Alínea b).
47 — Alínea c).

48 — V., no mesmo sentido, artigo 7.º, n.º 2, e, por analogia, artigo 5.º, n.º 1, alínea c), (ii) e (iii), do regulamento. Os considerandos do regulamento não oferecem qualquer explicação quanto ao direito escalonado a assistência, o que pode ser devido mais a uma avaliação pragmática do que seria um encargo económico suportável a impor às transportadoras aéreas (dado os conhecidos padrões de atraso para voos de pequeno, médio e longo curso) do que a qualquer raciocínio lógico mais aprofundado quanto às necessidades relativas dos passageiros.

«excessivo» e devia, por isso, ser considerado um cancelamento *de facto*. A jurisprudência sugere também que varia muito aquilo que os tribunais nacionais decidem a respeito do decorrer do tempo, quando têm que decidir se houve um cancelamento e, em caso afirmativo, em que medida [49]. Para além de confirmar que o tempo é um factor importante para determinar se existe um cancelamento e que a distância prevista do voo deve ser tida em consideração ao apreciar se um atraso passou a ser excessivo, o Tribunal pouco pode oferecer aos tribunais nacionais em termos de orientação específica e útil.

89. Em consequência disso, a variação dos resultados provavelmente entrará em conflito com o princípio da segurança jurídica.

90. Segundo jurisprudência assente, o princípio da segurança jurídica — um dos princípios gerais de direito comunitário — exige, designadamente, que as regras de direito sejam claras, precisas e previsíveis quanto aos seus efeitos, em especial quando possam comportar consequências desfavoráveis para os indivíduos e as empresas [50]. Assim, deve recordar-se que os princípios da protecção da confiança legítima e da segurança jurídica fazem parte da ordem jurídica comunitária e, como tal, têm de ser respeitados pelas instituições comunitárias [51]. É manifestamente importante que tanto os passageiros como as transportadoras aéreas conheçam os limites dos seus direitos e deveres. Caso se cometa aos tribunais nacionais dos Estados-Membros a tarefa de decidir quando é que um atraso é «excessivo», haverá pouca clareza, precisão ou previsibilidade para qualquer das partes a respeito do seu resultado.

É admissível tratar um atraso como um cancelamento de facto?

91. Se fosse possível determinar o momento exacto em que um atraso passa a ser excessivo ou enunciar um conjunto de critérios que pudessem servir de orientação ao tribunal nacional, a resposta a esta questão implicaria a escolha entre uma abordagem sobretudo teleológica da protecção dos consumidores e o teor simples e literal do regulamento.

92. No caso em apreço, parece-me que a escolha é mais simples.

49 — V., por exemplo, a jurisprudência referida nas obras citadas na nota 31.

50 — V. acórdão de 18 de Dezembro de 2008, Altun, (C-337/07, Colect., p. I-10323, n.º 60) e jurisprudência aí referida. Sobre esse princípio e o princípio das expectativas legítimas em geral, v., por exemplo, S, Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law (2000).

51 — Acórdão de 19 de Março de 2009, Mitsui & Co. Deutschland, (C-256/07, Colect., p. I-1951, n.º 31) e jurisprudência aí referida.

93. Qualquer limiar que envolva uma ordem de grandeza para obter um direito estabelece dois grupos — os afortunados e os desafortunados — e, ao estabelecer esse limiar, o legislador tem de ter o cuidado de não violar o princípio da igualdade de tratamento. O legislador tem o direito de escolher um número e de o defender como objectivamente justificável, caso a sua escolha seja contestada por violar aquele princípio. A escolha concreta do número mágico é uma prerrogativa do legislador. Na medida em que *qualquer* número é sempre algo arbitrário, a arbitrariedade é coberta por essa prerrogativa (a margem de discricionariedade do poder legislativo).

94. Deste modo, o legislador comunitário pode fixar um certo prazo ou limite temporal (23 horas e meia, 24 horas, 25 horas ou 48 horas — seja o que for) após o qual há direito a indemnização. O Tribunal não. Qualquer que fosse o número escolhido, implicaria ver no regulamento algo que este claramente não contém e constituiria uma usurpação judicial da prerrogativa do legislador.

95. Mais ainda: *qualquer que fosse o limiar estabelecido*, de acordo com a actual estrutura do regulamento, todos os passageiros de voos cancelados continuariam a ter automaticamente direito a uma indemnização, ao passo que só os passageiros de voos com um atraso excessivo (como quer que o Tribunal defina este conceito) teriam esse direito. Alguns passageiros em situações objectivamente semelhantes continuariam a ser objecto de tratamento diferente. Alguns passageiros que tivessem sofrido apenas transtornos menores continuariam a ter automaticamente direito a uma indemnização, enquanto outros que tivessem sido vítimas de transtornos muito maiores não seriam indemnizados [52].

Conclusão quanto às questões relativas a atraso e cancelamento

96. Parece-me que, ao procurar evitar Cila (discriminação óbvia de passageiros cujos voos sofrem um atraso excessivo, em comparação com passageiros a quem é automaticamente concedido o direito a uma indemnização pelo facto de o seu voo ter sido cancelado), é-se imediatamente atirado para Caríbdis (insegurança jurídica). Além disso, as dificuldades subjacentes, que referi antes em relação ao princípio da igualdade de tratamento, não se resolvem adoptando uma abordagem teleológica de «atraso excessivo». Creio que são inerentes à actual estrutura do regulamento.

52 — Vejam-se os exemplos apresentados nos n.os 53, 55 e 56, *supra*.

97. É por pensar que o problema de fundo não pode ser «resolvido» por interpretação, por mais construtiva que esta seja, que proponho que o Tribunal reabra a fase oral do processo nos termos do artigo 61.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e convide os Estados-Membros, a Comissão, o Parlamento Europeu e o Conselho a apresentarem as suas observações quanto à questão de saber se os artigos 5.º e 7.º do regulamento, bem como o seu artigo 6.º, e especificamente a distinção que fazem entre cancelamento e atraso, são inválidos à luz do princípio da igualdade de tratamento.

Quanto ao conceito de «circunstâncias extraordinárias»

98. A terceira questão submetida no processo *Böck* e *Lepuschitz* pretende obter um esclarecimento sobre se uma avaria no avião e as consequentes alterações ao plano de voo constituem circunstâncias extraordinárias.

99. Abordei esta questão em pormenor nas conclusões que apresentei no processo Kramme [53], mas o pedido prejudicial foi retirado antes de o Tribunal proferir uma decisão. Posteriormente, foi feito um reenvio semelhante no processo Wallentin-Hermann [54].

100. No seu acórdão, o Tribunal decidiu que o artigo 5.º, n.º 3, do regulamento «deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico detectado numa aeronave e que implica o cancelamento de um voo não se enquadra no conceito de 'circunstâncias extraordinárias', na acepção dessa disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo» [55].

101. A mesma resposta deve naturalmente ser dada à terceira questão submetida no processo *Böck e Lepuschitz*.

53 — Referido na nota 15.
54 — Referido na nota 20.
55 — Acórdão Wallentin-Hermann, já referido na nota 20, n.º 34.

Conclusão

102. Em face do exposto, proponho que:

1) Antes de se pronunciar sobre as questões submetidas pelo Bundesgerichtshof e a primeira e a segunda questões submetidas pelo Handelsgericht Wien, o Tribunal de Justiça reabra a fase oral do processo nos termos do artigo 61.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e convide os Estados-Membros, a Comissão, o Parlamento Europeu e o Conselho a apresentarem as suas observações quanto à questão de saber se os artigos 5.º e 7.º, bem como o artigo 6.º, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, na medida em que introduzem uma distinção entre cancelamento e atraso (independentemente da duração deste), são inválidos à luz do princípio da igualdade de tratamento.

2) Quando for proferida a decisão, responda à terceira questão submetida pelo Handelsgericht Wien da seguinte forma:

O artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico detectado numa aeronave e que implica o cancelamento de um voo não se enquadra no conceito de «circunstâncias extraordinárias», na acepção dessa disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo.