



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 10 de novembro de 2020¹

Processo C-578/19

X
contra
Kuoni Travel Ltd,
sendo interveniente
ABTA Ltd

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 90/314/CEE — Viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados — Contrato relativo a uma viagem organizada celebrado entre um operador turístico e um consumidor — Responsabilidade do operador turístico pela correta execução das obrigações decorrentes do contrato por outros prestadores de serviços — Exoneração de responsabilidade — Acontecimento que não podia ser previsto ou evitado pelo operador de viagens ou pelo prestador de serviços — Dano resultante de atos de um empregado de um hotel que, por força do contrato, atua enquanto prestador de serviços — Conceito de “prestador de serviços”»

I. Introdução

1. «Passar das categorias jurídicas constituídas pelo contrato e pelo facto danoso para as responsabilidades contratual e extracontratual é, como outrora um juiz da época vitoriana, Lord Justice Bramwell, observou, passar de termos ingleses simples para um vocabulário especializado. [...] Sem dúvida que esse juiz tinha em mente a abordagem empírica da *common law*, que se encontra enraizada no conjunto das situações factuais surgidas de diferentes tipos de ações judiciais, e que importava opor à sistematização altamente racionalizada das relações jurídicas, que está na base do direito romano das obrigações. [Na *common law*,] [u]ma ação fundada num contrato ou num facto danoso é uma ação que tem na sua base um conjunto específico de factos, “a matéria de fundo”, enquanto uma ação fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual é uma ação que se define por um sistema formal de relações jurídicas. [...] O direito das obrigações inglês [...] interessa-se pouco pelas relações jurídicas formalizadas; a questão da responsabilidade cinge-se, aí, a uma “situação factual cuja existência permite a uma pessoa obter que um tribunal condene outra pessoa no pagamento de uma indemnização”. [...] Em contrapartida, o direito civil vê na responsabilidade o incumprimento de uma obrigação anterior e vinculativa. A responsabilidade é, aí, uma questão de não execução do *vinculum juris*, a relação jurídica. Contudo, o problema é, na

¹ Língua original: francês.

verdade, mais complexo [...]. A expressão responsabilidade contratual implica que seja importado para o contrato o conceito de “facto danoso (doloso ou por negligência) da responsabilidade civil”, o que teve por efeito introduzir o conceito de “incumprimento de uma obrigação contratual” no regime da responsabilidade baseada na culpa»².

2. Este excerto permite ilustrar e melhor compreender a amplitude das disparidades entre as legislações e as práticas dos diversos Estados-Membros em matéria de viagens organizadas. Foi para sanar essas disparidades que o legislador da União definiu regras comuns que permitiram não apenas aos operadores de um Estado-Membro propor os seus serviços noutros Estados-Membros, mas também aos consumidores da União beneficiar de condições comparáveis, independentemente do Estado-Membro onde adquirem a viagem organizada³.

3. O presente pedido de decisão prejudicial, submetido ao Tribunal de Justiça pela Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), é relativo à interpretação do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314.

4. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe X, uma viajante que reside no Reino Unido, à Kuoni Travel Ltd (a seguir «Kuoni»), um operador turístico com sede no Reino Unido, a propósito de um pedido de indemnização por danos resultantes da incorreta execução de um contrato relativo a uma viagem organizada celebrado entre X e a Kuoni.

5. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se um operador de viagens organizadas pode beneficiar da exoneração de responsabilidade prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314, quando a não execução ou incorreta execução do contrato que esse operador celebrou com um consumidor resulte de atos de um empregado de um prestador de serviços que executa esse contrato.

6. Este processo oferece, portanto, ao Tribunal de Justiça a oportunidade de especificar os requisitos para o desencadear da responsabilidade de um operador turístico, quando um empregado de um prestador de serviços desse operador agride e viola uma pessoa que celebrou um contrato de viagem organizada com esse operador.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

7. O artigo 2.º, pontos 2 e 4, da Diretiva 90/314 estabelece:

«Para os efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

2) Operador: a pessoa que organiza viagens organizadas de forma não ocasional e as vende ou propõe para venda, diretamente ou por intermédio de uma agência;

[...]

2 Samuel, G., e Rinkes, J. G. J., «The English law of obligations», *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, P.-C. Müller-Graff (E.), Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 163 a 381, em especial pp. 206 e 207. V., igualmente, Samuel, G., e Rinkes, J. G. J., *The English law of obligations in comparative context*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, pp. 4 a 21.

3 V. terceiro considerando da Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (JO 1990, L 158, p. 59).

4) Consumidor: a pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada (“o contratante principal”) ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada (“os outros beneficiários”) ou qualquer pessoa a quem o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada (“o cessionário”);

[...]»

8. O artigo 4.º, n.º 6, segundo parágrafo, desta diretiva enuncia:

«Se [o consumidor rescindir o contrato nos termos do n.º 5 ou se, por qualquer razão, desde que não imputável ao consumidor, o operador anular a viagem organizada antes da data de partida acordada], o consumidor tem direito, sempre que tal se justifique, a uma indemnização pela não execução do contrato, que lhe será paga quer pelo operador quer pela agência, conforme o previsto na legislação do Estado-Membro em causa, exceto quando:

[...]

ii) a anulação, com exclusão do excesso de reservas, seja devida a razões de força maior, a saber, a circunstâncias alheias àquele que as invoca, anormais e imprevisíveis, cujas consequências não poderiam ter sido evitadas apesar de todas as diligências feitas.»

9. O artigo 5.º, n.ºs 1 a 3, da referida diretiva prevê:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência que sejam partes no contrato sejam responsáveis perante o consumidor pela correta execução das obrigações decorrentes do contrato, quer essas obrigações devam ser executadas por eles próprios ou por outros prestadores de serviços, e isso sem prejuízo do direito de regresso do operador e/ou da agência contra esses outros prestadores de serviços.

2. No que se refere aos danos que a não execução ou a incorreta execução do contrato causem ao consumidor, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência sejam responsabilizados, a não ser que a culpa da referida não execução ou incorreta execução não seja imputável nem ao operador e/ou à agência nem a outro prestador de serviços porque:

- as faltas verificadas na execução do contrato são imputáveis aos consumidores,
- essas faltas são imputáveis a um terceiro alheio ao fornecimento das prestações previstas no contrato e se revestem de um carácter imprevisível e inevitável,
- essas faltas são devidas a um caso de força maior, na aceção do n.º 6, alínea ii) do segundo parágrafo, do artigo 4.º, ou a um acontecimento que nem o operador e/ou a agência nem o prestador podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessária.

Nos casos referidos nos segundo e terceiro travessões do primeiro parágrafo, o operador e/ou a agência que sejam partes no contrato devem efetuar todas as diligências para auxiliar o consumidor em dificuldade.

No que diz respeito aos danos resultantes da não execução ou da incorreta execução das prestações inerentes à viagem organizada, os Estados-Membros podem admitir que a indemnização seja limitada em conformidade com as convenções internacionais que regem essas prestações.

No que diz respeito aos danos não corporais resultantes da não execução ou da incorreta execução das prestações inerentes à viagem organizada, os Estados-Membros podem admitir que a indemnização seja limitada por força do contrato. Essa limitação não deve ultrapassar os limites do razoável.

3. Sem prejuízo do quarto parágrafo do n.º 2, os n.ºs 1 e 2 não podem ser derogados por quaisquer cláusulas contratuais.»

10. A Diretiva 90/314 foi revogada, com efeitos a partir de 1 de julho de 2018, pela Diretiva (UE) 2015/2302⁴. Porém, a Diretiva 90/314 é aplicável no presente caso, atendendo à data em que ocorreram os factos do litígio no processo principal.

B. Direito do Reino Unido

1. Regulamento de 1992

11. As Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992 (Regulamento de 1992, Relativo às Viagens Organizadas, Férias Organizadas e Circuitos Organizados), de 22 de dezembro de 1992⁵ (a seguir «Regulamento de 1992»), transpôs a Diretiva 90/314 para o Reino Unido.

12. O artigo 15.º, n.ºs 1, 2 e 5, do Regulamento de 1992 prevê:

«1. A outra parte no contrato é responsável perante o consumidor pela correta execução das obrigações resultantes do contrato, independentemente de essas obrigações deverem ser executadas por essa outra parte ou por outros prestadores de serviços, sem prejuízo de qualquer medida de reparação ou direito de ação que essa outra parte disponha contra esses outros prestadores de serviços.

2. A outra parte no contrato é responsável perante o consumidor por qualquer dano que lhe tenha causado devido à não execução ou à incorreta execução do contrato, a não ser que a não execução ou a incorreta execução não seja imputável nem a essa outra parte nem a outro prestador de serviços, porque:

- a) As falhas verificadas na execução do contrato são imputáveis ao consumidor;
- b) Essas falhas são imputáveis a um terceiro alheio ao fornecimento das prestações previstas no contrato e revestem caráter imprevisível e inevitável; ou
- c) As referidas falhas se devem a:
 - i) circunstâncias invulgares e imprevisíveis que fogem ao controlo da parte que as invoca e cujas consequências não poderiam ter sido evitadas mesmo efetuando todas as diligências necessárias; ou
 - ii) um acontecimento que nem a outra parte no contrato nem o prestador de serviços podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias.

[...]

5. Sem prejuízo do n.ºs 3 e 4, a responsabilidade nos termos dos n.ºs 1 e 2 não pode ser excluída por qualquer cláusula contratual.»

⁴ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho (JO 2015, L 326, p. 1).

⁵ SI 1992/3288.

2. Lei de 1982

13. Nos termos da section 13 do Supply of Goods and Services Act 1982 (Lei de 1982, Relativa ao Fornecimento de Bens e à Prestação de Serviços)⁶, de 13 de julho de 1982, na versão aplicável aos factos em causa no processo principal (a seguir «Lei de 1982»), a Kuoni era obrigada a prestar os serviços definidos no contrato, com diligência e competência razoáveis.

III. Factos na origem do litígio no processo principal

14. Em 1 de abril de 2010, X e o seu cônjuge celebraram com a Kuoni um contrato, nos termos do qual essa sociedade se comprometeu a fornecer uma viagem organizada ao Seri Lanca, que incluía o voo de ida e volta a partir do Reino Unido e uma estada de quinze noites num hotel, de 8 a 23 de julho de 2010, com tudo incluído.

15. A cláusula 2.2 desse contrato, relativa às condições de reserva, dispõe:

«O seu contrato é celebrado com a [Kuoni]. Comprometemo-nos a providenciar os vários serviços que fazem parte das férias organizadas que reserva connosco.»

16. A cláusula 5.10, alínea b), do referido contrato, também relativa às condições de reserva, tem o seguinte teor:

«[...] assumiremos a responsabilidade se, devido a uma razão imputável à nossa sociedade ou a um dos nossos agentes ou fornecedores, qualquer parte das suas prestações de viagem reservadas antes da partida do Reino Unido não corresponder à descrição na brochura ou não tiver uma qualidade razoável, ou se você ou qualquer membro do seu grupo morrer ou sofrer lesões em resultado de uma atividade que faça parte dessas prestações de viagem. Não assumimos qualquer responsabilidade se, e na medida em que, uma falha no fornecimento das prestações de viagem, a morte ou lesão não seja causada por culpa nossa ou dos nossos agentes ou fornecedores, mas seja causada por si; [...] ou seja devida a circunstâncias imprevistas que, mesmo efetuando todas as diligências necessárias, nem nós nem os nossos agentes ou fornecedores poderíamos ter previsto ou evitado.»

17. Na manhã de 17 de julho de 2010, ao dirigir-se à receção do hotel através dos jardins, X encontrou N, um electricista, empregado do hotel, que se encontrava de serviço e usava o uniforme dos membros do pessoal do hotel. Após ter proposto a X mostrar-lhe um atalho para a receção, N atraiu-a até umas instalações técnicas, onde a violou e agrediu.

18. No âmbito do litígio no processo principal, X pediu uma indemnização à Kuoni pela violação e pelas agressões que sofreu, dado que resultavam da incorreta execução do contrato que X tinha celebrado com a Kuoni, bem como de uma inobservância do Regulamento de 1992. A Kuoni contestou que a violação e as agressões cometidas por N constituíssem uma violação das obrigações que tinha para com X por força do contrato ou do Regulamento de 1992. Em apoio deste argumento, a Kuoni invocou a cláusula 5.10, alínea b), do contrato e o artigo 15.º, n.º 2, alínea c), ii), do Regulamento de 1992.

19. A High Court (Tribunal Superior de Justiça, Reino Unido) negou provimento ao pedido de indemnização de X, com o fundamento de que as «prestações de viagem» a que se refere a cláusula 5.10, alínea b), do contrato não previam que um membro do pessoal da manutenção acompanhasse um cliente à receção. Além disso, entendeu, *obiter dictum*, que, de qualquer modo, a Kuoni podia ter invocado a causa de exoneração de responsabilidade prevista no artigo 15.º, n.º 2, alínea c), ii), do Regulamento de 1992.

⁶ UK Public General Acts 1982 c. 29.

20. Em sede de recurso, a Court of Appeal (England & Wales) [Tribunal de Recurso (Inglaterra e País de Gales), Reino Unido] também negou provimento ao recurso de X. A maioria, constituída por Sir Terence Etherton e Lady Justice Asplin, considerou que um membro do pessoal da manutenção do hotel, reconhecido como tal pela cliente e que a acompanhou à receção do hotel, não se incluía no âmbito de aplicação da cláusula 5.10, alínea b), do contrato. Esta maioria entendeu que o Regulamento de 1992 não se destinava a facilitar uma ação judicial contra um operador turístico pelo comportamento ilícito de um empregado de um prestador, uma vez que esse comportamento «não fazia parte das tarefas para as quais tinha sido contratado» e que o prestador não era responsável por atos de terceiros à luz da legislação nacional aplicável aos consumidores ou da legislação estrangeira aplicável ao referido prestador. A referida maioria mostrou-se inclinada a considerar, sob a forma de um *obiter dictum*, que a Kuoni não era responsável nem nos termos da cláusula 5.10, alínea b), do contrato nem em aplicação do artigo 15.º do Regulamento de 1992, pois N não era um «prestador» na aceção dessas disposições.

21. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, manifestando um entendimento discordante, o Lord Justice Longmore declarou ter dúvidas quanto ao facto de não existir responsabilidade do hotel, nos termos do direito inglês, por uma violação cometida por um empregado que usava uniforme e se apresentava ao público como um empregado de confiança. Sublinhou que, segundo o direito inglês, o princípio orientador aplicável obriga a que a pessoa que assume a responsabilidade contratual conserve a sua responsabilidade pela execução do contrato, ainda que essa execução seja assegurada por um terceiro. Precisou que a Diretiva 90/314 e o Regulamento de 1992 tinham fundamentalmente por objeto conferir aos turistas cujas férias tivessem ficado estragadas a possibilidade de agirem contra a outra parte no contrato. Segundo entende, deve ser deixada ao operador turístico a tarefa de resolver com os seus próprios cocontratantes o problema das consequências das férias estragadas, cabendo àqueles, por sua vez, resolver os problemas a jusante quer com os seus próprios empregados quer com os seus subcontratantes. Além disso, sustentou que nada justificava a conclusão segundo a qual, no caso de um subcontratante ou de um empregado, o conceito de «prestador» se deveria limitar ao hotel. Acrescentou não ter dúvidas de que alguns empregados deviam ser considerados prestadores.

22. No recurso que lhe foi submetido, a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) entendeu que lhe haviam sido colocadas duas questões principais, que consistem, a primeira, em saber se a violação e as agressões de que X foi vítima constituem uma incorreta execução das obrigações que incumbiam à Kuoni por força do contrato e, a segunda, em saber se, em caso de resposta afirmativa à primeira, a Kuoni se pode eximir da sua responsabilidade pela conduta de N, invocando a cláusula 5.10, alínea b), do contrato e, eventualmente, o artigo 15.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento de 1992.

23. A fim de se pronunciar sobre a segunda questão do recurso, a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) entendeu dever submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Para efeitos do presente reenvio, essa alta jurisdição pede ao Tribunal de Justiça que considere que o acompanhamento de X à receção por um membro do pessoal do hotel era um serviço que fazia parte das «prestações de viagem» que a Kuoni se tinha comprometido a fornecer e que a violação e as agressões cometidas constituíam uma incorreta execução do contrato.

IV. Questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

24. Foi neste contexto que a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido), por Decisão de 24 de julho de 2019 que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 30 de julho de 2019, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Em caso de não execução ou de incorreta execução das obrigações decorrentes do contrato, entre um operador ou uma agência e um consumidor, relativo à prestação de um serviço de férias organizadas, ao qual é aplicável a Diretiva [90/314], e de essa não execução ou incorreta execução resultar dos atos de um empregado de uma empresa hoteleira que presta serviços abrangidos por esse contrato:
- a) É possível aplicar a exceção prevista na segunda parte do terceiro travessão do n.º 2 do artigo 5.º? Em caso afirmativo,
 - b) Quais são os critérios à luz dos quais o órgão jurisdicional nacional deve apreciar se essa exceção é aplicável?
- 2) Quando um operador ou uma agência celebra com um consumidor um contrato de prestação do serviço de férias organizadas, ao qual é aplicável a Diretiva [90/314], e uma empresa hoteleira presta serviços abrangidos por esse contrato, deve um empregado dessa empresa hoteleira ser ele próprio considerado um “prestador de serviços” para efeitos da exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, da Diretiva [90/314]?»

25. As partes no processo principal⁷ e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. O Tribunal de Justiça, em conformidade com o disposto no artigo 76.º, n.º 2, do seu Regulamento de Processo, decidiu pronunciar-se sem realizar audiência de alegações. A título de medida de organização do processo de 31 de março de 2020, o Tribunal de Justiça colocou ao conjunto das partes e interessados questões que deveriam ser respondidas por escrito. As observações escritas sobre as questões objeto das referidas medidas de organização do processo foram apresentadas por essas mesmas partes e pela Comissão, no prazo que lhes foi fixado.

V. Análise

26. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, em substância, saber se a causa de exoneração de responsabilidade prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314 relativamente a um operador de viagens organizadas se pode aplicar quando a não execução ou a incorreta execução do contrato que esse operador celebrou com um consumidor resultem dos atos de um empregado de um prestador de serviços que executa esse contrato. Se a resposta a essa questão for afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio pretende conhecer os critérios de aplicação da causa de exoneração a que se refere essa disposição.

⁷ Resulta da decisão de reenvio que a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) autorizou a ABTA Ltd (Association of British Travel Agents) a intervir no processo.

27. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se, no âmbito de um contrato relativo a férias organizadas, um empregado de um prestador de serviços deve ser considerado um prestador de serviços para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314⁸.

28. Na medida em que a resposta à primeira questão, alínea a), depende do alcance do conceito de «prestador de serviços» na aceção do artigo 5.º da Diretiva 90/314, que é objeto da segunda questão, tratarei das duas questões conjuntamente.

29. Para responder a essas questões, parece-me útil recordar, a título preliminar, a finalidade da Diretiva 90/314, antes de abordar o regime de responsabilidade instituído por esse diploma. Nesse contexto, após examinar o alcance do conceito de «prestador de serviços» na aceção do artigo 5.º dessa diretiva, debruçar-me-ei sobre a questão de saber se a causa de exoneração prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da diretiva é aplicável quando a não execução ou incorreta execução do contrato de viagem organizada resulte de atos cometidos por um empregado de um prestador de serviços que executa o referido contrato. Por último, dado que proponho ao Tribunal de Justiça que responda pela negativa à primeira questão, alínea a), considero que não há que responder à primeira questão, alínea b), relativa aos critérios de aplicação da causa de exoneração prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314.

A. Observações introdutórias sobre a finalidade da Diretiva 90/314

30. Para melhor compreender o contexto em que se inscreve o regime de responsabilidade do operador de viagens organizadas instituído pela Diretiva 90/314, parece-me útil começar a minha análise evocando a finalidade dessa diretiva.

31. Para o efeito, sublinho de imediato que essa diretiva faz parte de um conjunto de atos do direito da União relativos à harmonização do direito privado substantivo, adotados ao abrigo do artigo 100.º-A do Tratado CEE (que passou, após alterações, a artigo 114.º TFUE). Ao integrar-se nesse quadro legislativo, essa diretiva tem em conta as necessidades da proteção dos consumidores⁹, conjugando-as com as subjacentes, nomeadamente, à realização do mercado interno¹⁰. Resulta dos considerandos primeiro a terceiro da Diretiva 90/314 que a definição de regras comuns relativas às viagens organizadas contribui para eliminar os obstáculos à livre prestação de serviços e as distorções de concorrência entre os operadores estabelecidos em Estados-Membros diferentes, ao mesmo tempo que permite que os consumidores «beneficiem de condições comparáveis independentemente do Estado-Membro em que adquirem a viagem organizada»¹¹.

8 Parece-me importante expor as razões que levaram o órgão jurisdicional de reenvio a colocar esta segunda questão, que parece ter origem na opinião discordante de Lord Justice Longmore, referida no n.º 21 das presentes conclusões. Resulta das passagens da opinião que formula, reproduzidas no pedido de decisão prejudicial, que, segundo o seu autor, o hotel presta um serviço de assistência aos seus clientes e executa esse serviço através dos seus empregados. Assim, o juiz Longmore explica que a questão de saber se N também prestava esse serviço é fundamental para efeitos do exame das causas de exoneração previstas no artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 90/314. Se o hotel fosse o único fornecedor, a Kuoni seria, muito provavelmente, exonerada de responsabilidade, dado que a incorreta execução não era imputável nem à Kuoni nem ao hotel. A incorreta execução ficar-se-ia a dever a um acontecimento que nem a Kuoni nem o hotel podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias. Com efeito, o hotel não deixou de pedir referências sobre N e não tinha razões para supor, com base no seu percurso profissional ou por qualquer outro motivo, que ele iria violar uma cliente. Em contrapartida, se N fosse o prestador do serviço de assistência, em vez do ou ao mesmo título que o hotel, poderia então (nessa qualidade de prestador) prever ou evitar o seu próprio ato criminoso.

9 V. artigo 100.º-A, n.º 3, do Tratado CEE, que passou, após alterações, a artigo 114.º, n.º 3, TFUE.

10 V., a este respeito, Conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Leitner (C-168/00, EU:C:2001:476, n.ºs 2 e 3).

11 V. terceiro considerando da Diretiva 90/314.

32. A este propósito, o Tribunal de Justiça indicou que o facto de a Diretiva 90/314 se destinar a garantir outros objetivos não é suscetível de excluir que as suas disposições visem também proteger os consumidores¹². Afirmou, portanto, na sua jurisprudência, que essa diretiva visa garantir *um nível de proteção elevado dos consumidores*¹³.

33. É este, portanto, o contexto em que se situam, de um modo geral, o regime da responsabilidade do operador de viagens organizadas instituído por essa diretiva e, mais em especial, as causas de exoneração dessa responsabilidade.

B. Quanto ao âmbito do regime de responsabilidade do operador de viagens organizadas instituído pelo artigo 5.º da Diretiva 90/314

1. Considerações gerais

34. Gostaria de recordar, desde logo, que o regime de responsabilidade instituído pela Diretiva 90/314 é um regime de *responsabilidade contratual*, cujo princípio geral é o de que o devedor deve ser responsável pela não execução ou incorreta execução do contrato celebrado entre as partes. Nesse contexto, a não execução de uma obrigação é entendida em sentido amplo como qualquer incumprimento de uma obrigação contratual. Esta definição da não execução de uma obrigação é a pedra angular do sistema de responsabilidade contratual, por força do qual uma parte no contrato pode intentar uma ação contra a outra parte se esta não cumprir todas as suas obrigações contratuais¹⁴.

35. Gostaria igualmente de sublinhar que decorre do artigo 1.º e do artigo 2.º, pontos 1 e 2, da Diretiva 90/314 que o contrato de viagem organizada é constituído por diversos elementos, ou seja, o transporte, o alojamento e outros serviços turísticos vendidos ou propostos para venda a um preço tudo incluído¹⁵, embora, em contrapartida, sejam fornecidos por diversos prestadores de serviços noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro¹⁶. Esta complexidade do contrato de viagem organizada é, em meu entender, um dos fatores que explicam a atenção que o legislador da União dedicou nessa diretiva ao nível de proteção elevada do consumidor e, portanto, a instituição, no seu

12 V. Acórdão de 8 de outubro de 1996, Dillenkofer e o. (C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, EU:C:1996:375, n.º 39). V., igualmente, quarto considerando da Diretiva 90/314.

13 V., nomeadamente, Acórdãos de 8 de outubro de 1996, Dillenkofer e o. (C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, EU:C:1996:375, n.º 39); de 12 de março de 2002, Leitner (C-168/00, EU:C:2002:163, n.º 22); e de 16 de fevereiro de 2012, Blödel-Pawlik (C-134/11, EU:C:2012:98, n.º 24); e Despacho de 16 de janeiro de 2014, Baradics e o. (C-430/13, EU:C:2014:32, n.º 36).

14 V. Machnikowski, P., e Szpunar, M., «Chapter 8: Remedies. General Provisions», *Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 401 a 404, em especial p. 403, art. 8:101, 5.

15 Esta definição da expressão «viagem organizada» precisa o âmbito de aplicação das regras relativas à execução e à não execução do contrato de viagem organizada. V. Machnikowski, P., «Chapter 7: Performance of obligations. Specific Provisions — Part E: Package Travel Contracts», *Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, op. cit., pp. 380 a 398, em especial p. 384, art. 7:E-02, 6.

16 O artigo 1.º da Diretiva 90/314 visa as «viagens organizadas, [...] férias organizadas e [...] circuitos organizados, vendidos ou propostos para venda no território da [União]». O conceito de «Operador» está definido, no artigo 2.º, ponto 2, da Diretiva 90/314, como «a pessoa que organiza viagens organizadas de forma não ocasional e as vende ou propõe para venda, diretamente ou por intermédio de uma agência». Noto, a este respeito, que, na medida em que o direito das obrigações inglês distingue claramente a venda de bens (*sale of goods*) da prestação de serviços (*supply of services*), a distinção entre a culpa (*fault*) e a responsabilidade objetiva (*strict liability*) é amplamente determinada pela distinção entre os contratos de serviços (Section 13 da Lei de 1982) e os contratos de fornecimento de bens (Section 14 da Lei de 1982). V., a este respeito, Samuel, G., e Rinkes, J. G. J., «The English law of obligations», loc. cit., p. 209, bem como Montanier, J.-C., e Samuel, G., *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999, p. 92. Todavia, como referi na introdução das presentes conclusões, são precisamente essas disparidades entre as regulamentações e as práticas nacionais em matéria de viagens organizadas que foram invocadas pelo legislador na Diretiva 90/314 para justificar a definição de um «mínimo de regras comuns» para todos os Estados-Membros. V. segundo considerando desta diretiva.

artigo 5.º, de um regime de responsabilidade do operador (e/ou da agência). Com efeito, ao definir um conjunto de regras no que respeita à obrigação de reparar os danos causados aos consumidores, esse artigo pretende facilitar a efetivação da responsabilidade do operador de viagens organizadas pelos consumidores¹⁷.

2. Quanto à responsabilidade do operador de viagens organizadas perante o consumidor, na aceção do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314

36. Por força do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314, o operador (e/ou a agência) que é parte no contrato de viagem organizada é responsável perante o consumidor pela correta execução das obrigações decorrentes desse contrato, quer essas obrigações devam ser executadas por ele próprio ou por outros prestadores de serviços, e isso sem prejuízo do direito de regresso do operador (e/ou da agência) contra esses outros prestadores de serviços¹⁸.

37. Em meu entender, resulta claramente do teor dessa disposição que o operador é pessoalmente responsável perante o consumidor pela correta execução do contrato, independentemente de o contrato ser executado por «outro prestador de serviços»¹⁹. Conforme o advogado-geral A. Tizzano entendeu, «[n]o que se refere especialmente à responsabilidade contratual, é definido o conteúdo da relação triangular entre o organizador e/ou o vendedor, o consumidor e o prestador de serviços, no sentido de considerar, como regra geral, os primeiros como *únicos sujeitos responsáveis* dos danos causados ao consumidor pela não execução ou pela incorreta execução do contrato»²⁰.

38. Em substância, isso significa que o consumidor tem a possibilidade de intentar uma ação judicial contra o operador parte no contrato²¹. Além disso, resulta do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 90/314 que são nulas e sem efeito as cláusulas contratuais que exoneram o operador da sua responsabilidade pela não execução ou incorreta execução do contrato por outros prestadores de serviços²².

39. Além do mais, parece-me importante sublinhar que, no âmbito do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314, a opção do legislador da União de permitir ao operador acionar, eventualmente, os «outros prestadores de serviços» corresponde à sua vontade de estabelecer um elevado nível de proteção dos consumidores procurando evitar que estes, por terem aceitado as condições gerais do contrato de viagem organizada, sejam dissuadidos de intentar uma ação de indemnização ou obrigados a intentar diversas ações distintas fundadas nos danos que sofreram com a não execução ou incorreta execução do contrato.

40. Como a Comissão referiu na sua resposta a uma questão do Tribunal de Justiça, o objetivo do regime da responsabilidade contratual instituído por essa diretiva é concentrar no operador a responsabilidade por *todos os casos de não execução ou de incorreta execução do contrato*, para que o consumidor disponha, pelo menos, de um putativo réu a quem solicitar o ressarcimento dos danos, o que permite garantir um elevado nível de proteção do consumidor. Com efeito, a responsabilidade do

17 Quanto ao conceito de «Consumidor» na aceção da Diretiva 90/314, v. o seu artigo 2.º, ponto 4.

18 V., igualmente, décimo oitavo considerando da Diretiva 90/314.

19 O décimo oitavo considerando enuncia, designadamente, que o operador parte no contrato deve ser responsável perante o consumidor pela boa execução das obrigações decorrentes do contrato.

20 Conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Leitner (C-168/00, EU:C:2001:476, n.º 4). O sublinhado é meu.

21 Com efeito, ao tratar como um todo as prestações propostas ao consumidor, a qualificação de «venda de serviços» utilizada pela Diretiva 90/314 nos seus artigos 1.º e 2.º, ponto 2, facilita as diligências do consumidor quando confrontado com a não execução ou incorreta execução do contrato, disponibilizando-lhe um «interlocutor [...] único, independentemente da ou das prestações não executadas ou incorretamente executadas». V., neste sentido, Poillot, E., «La vente de services en droit communautaire (directive 90/314/CEE sur les voyages, vacances et circuits à forfait)», *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos, 2005, pp. 359 a 382, em especial p. 381. V., igualmente, Machnikowski, P., «Chapter 7. Performance of obligations. Specific Provisions — Part E: Package Travel Contracts», *op. cit.*, pp. 380 a 398, em especial p. 383, art. 7:E-02, 3.

22 V., igualmente, n.º 43 das presentes conclusões.

operador na aceção da Diretiva 90/314 baseia-se nonexo que existe entre, por um lado, o ato ou a omissão que está na origem da perda e do prejuízo causado ao consumidor e, por outro, as obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada, conforme definido no artigo 2.º, ponto 1, dessa diretiva²³.

41. Coloca-se, portanto, a questão fundamental de saber se *as obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada* na aceção do artigo 2.º, ponto 5, da Diretiva 90/314 foram objeto de uma correta execução na aceção do artigo 5.º, n.º 1, dessa diretiva²⁴.

42. Noto, a este respeito, que se trata de determinar, por um lado, as obrigações contratuais decorrentes do contrato de viagem organizada e, por outro, como é que essas obrigações devem ser executadas. Por conseguinte, segundo as regras gerais da responsabilidade contratual, pouco importa que a pessoa que esteve na origem da não execução ou incorreta execução dessas obrigações seja o operador ou outro prestador de serviços: o operador é responsável perante o consumidor. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade objetiva do operador de viagens organizadas perante o consumidor²⁵.

43. Todavia, cabe recordar que o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314 determina, designadamente, que os «Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador [...] que [seja parte] no contrato [seja] responsável[l] perante o consumidor pela correta execução das obrigações decorrentes do contrato». Assim, como a Comissão indicou corretamente, o alcance da responsabilidade do operador é determinada pela lei aplicável ao contrato de viagem organizada²⁶.

44. A este propósito, devo esclarecer que a responsabilidade contratual de um devedor não é, em princípio, uma responsabilidade absoluta: este pode ser exonerado da sua responsabilidade se preencher determinadas condições. Assim, no âmbito do regime de responsabilidade do operador instituído pela Diretiva 90/314, o operador, de acordo com o disposto no seu artigo 5.º, n.º 2, não é responsável pela não execução ou incorreta execução do contrato se isso não lhe puder ser imputado. Essa responsabilidade também está sujeita às condições relativas à limitação da responsabilidade enunciada no artigo 5.º, n.º 2, terceiro e quarto parágrafos, da Diretiva 90/314²⁷. Essas disposições referem-se aos limites que os Estados-Membros podem admitir no que respeita ao ressarcimento dos danos resultantes da não execução ou da incorreta execução do contrato²⁸. Além disso, também recordo que, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, dessa diretiva, «os n.ºs 1 e 2 [desse artigo] não podem ser derogados por quaisquer cláusulas contratuais»²⁹.

45. Como acabei de expor nas considerações precedentes, não só o teor do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314 é claro e inequívoco no que diz respeito à responsabilidade do operador de viagens organizadas como a sua interpretação literal é igualmente corroborada pela economia e finalidade dessa diretiva, bem como pelo objetivo dessa disposição³⁰.

23 V., igualmente, n.º 34 das presentes conclusões.

24 Nos termos do artigo 2.º, ponto 5, da Diretiva 90/314, para efeitos dessa diretiva, entende-se por «contrato» o acordo que liga o consumidor ao operador e/ou à agência.

25 Assim, a não execução ou incorreta execução das obrigações contratuais pode ter por consequência desencadear a responsabilidade do operador. V., a este respeito, Machnikowski, P., *op. cit.*, em especial p. 402, art. 8:101, 3. V., igualmente, Kleinschmidt, J., «Article 8:101: Remedies Available», *Commentaries on European Contract Laws*, Nils, J., e Zimmermann, R. (EE.), Oxford, p. 1108.

26 O sublinhado é meu. Recorde-se que a Diretiva 90/314 não inclui nenhuma disposição sobre a lei aplicável. Porém, o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO 2008, L 177, p. 6), garante, em princípio, a aplicação da lei da residência habitual do consumidor.

27 A doutrina entende que o artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, e o artigo 8.º da Diretiva 90/314 são normas imperativas. V. Machnikowski, P., *op. cit.*, em especial p. 465, art. 8:E-01, 2.

28 V., igualmente, décimo nono considerando da Diretiva 90/314.

29 V. n.º 38 das presentes conclusões.

30 V. n.ºs 36 a 43 das presentes conclusões.

46. Do que precede resulta que o operador deve ser responsável perante o consumidor e que, por conseguinte, as causas de exoneração previstas no artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 90/314 podem, em princípio, ser acolhidas³¹.

47. No presente caso, quanto à questão de saber se *as obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada* celebrado entre a Kuoni e X foram executadas corretamente, na aceção do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314, parece pertinente recordar, nesta fase da análise, que o órgão jurisdicional de reenvio pede ao Tribunal de Justiça que considere que o acompanhamento de X à receção, por um membro do pessoal do hotel, era um serviço que fazia parte das «prestações de viagem» que a Kuoni se tinha comprometido a fornecer e que a violação e as agressões cometidas quando da prestação desse serviço constituíam uma incorreta execução do contrato³².

48. Por conseguinte, importa analisar se, à luz do regime de responsabilidade instituído pela Diretiva 90/314, um empregado de um prestador de serviços no âmbito de um contrato relativo a uma viagem organizada pode ser considerado um prestador de serviços para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, dessa diretiva.

49. Para esse efeito, procederei, nas linhas que se seguem, ao exame do alcance do conceito de «prestador de serviços» na aceção da Diretiva 90/314.

3. Quanto ao sentido e ao alcance do conceito de «prestador de serviços» na aceção da Diretiva 90/314

50. Desde já sublinho que X, a Kuoni, a ABTA e a Comissão entendem que o próprio empregado do hotel não pode ser considerado um prestador de serviços. Todavia, X alega que, em determinadas circunstâncias específicas, o empregado que presta o serviço defeituoso pode ser considerado um prestador de serviços caso outra qualificação implique privar o consumidor da proteção conferida pelo artigo 5.º da Diretiva 90/314.

51. Observo que na Diretiva 90/314 não existe uma definição do conceito de «prestador de serviços» e que, para efeitos da determinação do sentido e do alcance deste conceito, essa diretiva não remete para o direito dos Estados-Membros.

52. A este propósito, recorro que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, decorre das exigências tanto da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União que não comporte uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu alcance devem normalmente ser objeto, em toda a União, de uma interpretação autónoma e uniforme, que deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa³³.

53. Recorro, antes de mais, que, contrariamente ao prestador de serviços que fornece serviços contra remuneração, um empregado de um prestador de serviços presta os serviços definidos no contrato de viagem organizada, no âmbito de uma relação de subordinação com o seu empregador que não existe com um prestador de serviços, como um hotel, um restaurante, um guia turístico ou um professor de ginástica, quer se trate de uma pessoa singular ou coletiva.

31 Sublinho que, em princípio, um Estado-Membro pode estabelecer um nível de proteção mais elevado. Por conseguinte, os Estados-Membros podiam prever, quando da transposição da Diretiva 90/314, causas de exoneração mais estritas do que as previstas no artigo 5.º, n.º 2, dessa diretiva.

32 V. n.º 13 das presentes conclusões. Resulta do quadro jurídico da decisão de reenvio que, em conformidade com o disposto na section 13 da Lei de 1982, o prestador de serviços era obrigado a prestar os serviços definidos no contrato, com diligência e competência razoáveis.

33 V., designadamente, Acórdão de 16 de julho de 2020, Novo Banco (C-253/19, EU:C:2020:585, n.º 17 e jurisprudência referida).

54. Em minha opinião, o equivalente da expressão «prestador de serviços», utilizada nas diversas versões linguísticas do artigo 5.º da Diretiva 90/314 evoca uma pessoa singular ou coletiva que presta serviços contra remuneração³⁴.

55. Em seguida, parece-me útil sublinhar que só o artigo 5.º da Diretiva 90/314 utiliza a expressão «prestadores de serviços»³⁵. Por conseguinte, esse conceito apenas é utilizado no contexto da responsabilidade dos operadores (e/ou agências) pela não execução ou incorreta execução das obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada celebrado com os consumidores. Conforme resulta da definição de «viagem organizada», constante do artigo 2.º, ponto 1, dessa diretiva, essas obrigações são relativas aos serviços previstos no contrato de viagem organizada, ou seja, os serviços de transporte, de alojamento ou outros serviços turísticos (excursões, cursos, restauração, etc.). Porém, nenhuma disposição dessa diretiva faz referência aos empregados dos prestadores de serviços. Além disso, recorde que, embora o legislador da União tenha decidido permitir ao operador acionar o prestador de serviços, não existe semelhante possibilidade de o referido operador acionar os empregados dos prestadores de serviços.

56. Por conseguinte, sou de opinião de que, na aceção da Diretiva 90/314, não é possível considerar que um empregado de um prestador de serviços é *ele próprio* o «prestador de serviços».

57. Contudo, no presente caso, trata-se de determinar não se um empregado de um prestador de serviços pode *ele próprio* ser considerado um prestador de serviços mas se, no âmbito do regime de responsabilidade instituído pelo artigo 5.º da Diretiva 90/314, *as ações ou omissões de um empregado de um prestador de serviços que executa o contrato podem ser equiparadas às desse prestador de serviços*.

58. É sob essa perspetiva que me proponho examinar a aplicabilidade da causa de exoneração prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314.

C. Quanto à aplicabilidade da causa de exoneração prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314, quando a não execução ou incorreta execução do contrato de viagem organizada resulta de atos de um empregado de um prestador de serviços que executa esse contrato

1. Considerações gerais

59. Parece-me importante recordar que os prestadores de serviços executam as obrigações contratuais utilizando as suas próprias estruturas organizacionais (repartição das tarefas pelos empregados, estagiários, etc.). Essa estrutura pode diferir muito de um prestador para outro, como acontece entre um hotel cinco estrelas e um pequeno hotel familiar. Por conseguinte, para determinar a responsabilidade do operador ou do seu prestador de serviços, não é necessário saber quem, em concreto, executou as obrigações contratuais.

60. Consequentemente, para se determinar se a causa de exoneração prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314 se aplica numa situação como a do processo principal, coloca-se a seguinte questão: em que circunstâncias podem os atos ou omissões de um empregado de um prestador de serviços, incluindo os atos culposos cometidos intencionalmente, ser imputados ao seu empregador/prestador de serviços à luz do regime de responsabilidade instituído pela Diretiva 90/314?

³⁴ Com efeito, a versão francesa da expressão «prestataire de services» parece ter sido utilizada neste sentido também noutras versões linguísticas, designadamente nas versões espanhola («prestador de servicios»), alemã («Dienstleistungsträger»), inglesa («supplier of services»), italiana («prestatore di servizi»), polaca («usługodawca»), portuguesa («prestador de serviços») e romena («furnizor de servicii»).

³⁵ V., igualmente, décimo oitavo considerando da Diretiva 90/314.

61. Responderei a esta questão nas linhas que se seguem.

2. *Quanto às circunstâncias em que os atos ou omissões de um empregado de um prestador de serviços podem ser imputados ao seu empregador/prestador de serviços à luz do regime de responsabilidade instituído pela Diretiva 90/314*

62. Recordo, desde logo, que a responsabilidade do operador, na aceção da Diretiva 90/314, só pode existir no âmbito da execução das obrigações contratuais. Como já referi, essa responsabilidade baseia-se no nexo que existe entre, por um lado, o ato ou a omissão que está na origem da perda e do prejuízo causado ao consumidor e, por outro, as obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada³⁶. Assim, a não execução ou incorreta execução do contrato que resulta dos atos ou omissões associados ao dano sofrido pelo consumidor e que foram cometidos por um empregado *quando da execução das obrigações contratuais* deve ser imputada ao operador e ao empregador/prestador de serviços. Se assim não fosse, o operador poderia muito facilmente eximir-se da sua responsabilidade pela correta execução do contrato de viagem, delegando a execução desse contrato num prestador de serviços, cujos empregados executam de facto as obrigações decorrentes desse contrato.

63. Sublinho, em seguida, que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314, o operador deve ser responsável, por um lado, pelos atos e omissões de um empregado de um prestador de serviços quando da execução das *obrigações contratuais especificadas no contrato*, conforme definido no artigo 2.º, ponto 5, dessa diretiva, e, por outro, pelos atos e omissões desse empregado quando da execução das *obrigações consideradas acessórias* dos serviços elencados no artigo 2.º, ponto 1), alínea b), do mesmo diploma³⁷.

64. Mais exatamente, de acordo com a definição de «viagem organizada» constante do artigo 2.º, ponto 1, alínea b), da Diretiva 90/314, o serviço de alojamento é um dos três elementos que pode ser vendido ou proposto para venda pelo operador. Esse serviço, normalmente prestado por um hotel, é assegurado pelos seus empregados, que, por seu lado, cumprem as suas obrigações contratuais para com o hotel, em execução dos seus contratos de trabalho. Essas obrigações podem incluir, nomeadamente, o serviço de bagagens, a restauração, o serviço de estacionamento, o serviço de portaria, os serviços das mesas, os serviços de quarto, a disponibilização de bicicletas, os serviços de limpeza ou os serviços de manutenção. Esses serviços são, portanto, *serviços acessórios* do serviço de alojamento prestado pelo hotel no âmbito do contrato de viagem organizada.

65. Neste contexto, é para mim óbvio, em princípio, poder afirmar-se que um empregado de um hotel executa as obrigações contratuais decorrentes de um contrato de viagem organizada, quando está de serviço, usa o uniforme de membro do pessoal do hotel e parece, assim, aos olhos dos clientes/consumidores ser uma pessoa de confiança, isto quer as obrigações sejam executadas nas instalações do hotel quer fora delas, desde que se trate de obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada ou de obrigações consideradas acessórias dos serviços vendidos ou propostos para venda pelo operador no âmbito desse contrato³⁸.

66. Por conseguinte, se o serviço de bagagens, a manutenção das instalações ou o acompanhamento dos clientes à receção são serviços acessórios do serviço de alojamento ou serviços diretamente previstos no contrato, o operador deve ser responsável quando o pacote do hotel danifica ou perde as bagagens, agride o cliente ao executar a obrigação de o acompanhar ao quarto ou à receção, queima um cliente ao entornar a sopa ou agride o cliente quando o está a servir à mesa.

36 V., igualmente, n.º 40 das presentes conclusões.

37 Com efeito, essas obrigações acessórias dos serviços de alojamento ou de transporte decorrem da própria natureza dos seus serviços.

38 É o caso, designadamente, de um serviço de transporte do hotel para o aeroporto prestado por motoristas/empregados do hotel.

67. Em todos estes casos, cabe reconhecer que houve uma incorreta execução do contrato e que, consequentemente, a conduta do empregado do hotel deve ser imputada ao prestador de serviços no âmbito do regime de responsabilidade do operador de viagens organizadas constante do artigo 5.º da Diretiva 90/314.

68. Em contrapartida, o operador não pode ser responsabilizado pelos danos causados ao consumidor, na aceção do artigo 5.º, n.º 2, dessa diretiva, se o empregado do hotel agredir um cliente do hotel fora das suas horas de trabalho ou em dia de folga. Nesse caso, não se trata, portanto, de danos causados no âmbito da execução das obrigações contratuais pelo prestador.

69. Por conseguinte, por força do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 90/314, o prestador deve ser responsável, por um lado, pelos atos e omissões de um empregado de um prestador de serviços quando da execução das *obrigações contratuais especificadas no contrato*, conforme definido no artigo 2.º, ponto 5, dessa diretiva, e, por outro, pelos atos e omissões desse empregado quando da execução das *obrigações consideradas acessórias* dos serviços elencados no artigo 2.º, ponto 1, alínea b), do mesmo diploma.

70. Tendo, portanto, ficado esclarecidas as circunstâncias em que os atos ou omissões de um empregado de um prestador de serviços podem ser imputadas ao seu empregador/prestador de serviços à luz do regime de responsabilidade instituído pela Diretiva 90/314, resta examinar uma última questão: qual é a distinção entre «caso de força maior» e «acontecimento que nem o operador [...] nem o prestador podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias»?

3. Quanto à distinção entre «caso de força maior» e «acontecimento que nem o operador [...] nem o prestador podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias»

71. O artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 90/314 prevê que o operador (e/ou a agência) é responsável pelos danos que a não execução ou a incorreta execução do contrato causem ao consumidor, a não ser que a culpa da referida não execução ou incorreta execução não seja imputável nem a si nem a outro prestador de serviços porque lhe é aplicável uma das causas de exoneração de responsabilidade constante dessa disposição. A causa enunciada no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, dessa diretiva refere-se às situações em que as faltas verificadas na execução do contrato são devidas a um caso de força maior ou a um acontecimento que nem o operador nem o prestador podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias³⁹.

72. X alega, nas suas observações escritas, que os dois casos enunciados no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, da Diretiva 90/314 devem ser interpretados conjuntamente.

73. Não compartilho dessa opinião.

74. Com efeito, em primeiro lugar, resulta claramente da formulação do artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 90/314 e da utilização da conjunção coordenativa disjuntiva «ou» que o legislador da União pretendeu distinguir, por um lado, o caso de força maior e, por outro, o acontecimento que nem o operador nem o prestador podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias.

³⁹ É óbvio que, embora a Diretiva 90/314 não o mencione expressamente, cabe ao operador ou ao prestador de serviços provar a existência das causas de exoneração que invoca. V., a este respeito, Rűfner, T., «Article 8:108: Excuse Due to an Impediment», *Commentaries on European Contract Laws*, Nils, J., e Zimmermann, R. (EE.), Oxford, pp. 1164 a 1177, em especial p. 1174.

75. Em segundo lugar, observo que a «força maior» (artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, primeira parte) se encontra definida no artigo 4.º, n.º 6, segundo parágrafo, alínea ii), da Diretiva 90/314 como «*circunstâncias alheias àquele que as invoca, anormais e imprevisíveis*, cujas consequências não poderiam ter sido evitadas apesar de todas as diligências feitas»⁴⁰. Esta definição inclui três condições que devem ser cumulativamente satisfeitas para que o operador seja exonerado da sua responsabilidade.

76. Em contrapartida, tal não se verifica no caso do acontecimento a que se refere o artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, dessa diretiva. Com efeito, o legislador da União utilizou aqui a conjunção coordenativa disjuntiva «ou», o que significa que o operador pode ser exonerado de responsabilidade se lograr demonstrar que nem ele nem o seu prestador de serviços o podiam prever *ou* (não cumulativa mas alternativamente) evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias. Por outras palavras, o operador só pode ser exonerado de responsabilidade se se revelar que o referido acontecimento era para si ou para o prestador de serviços imprevisível ou inevitável.

77. É, portanto, óbvio que as duas hipóteses constantes do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, da Diretiva 90/314 são diferentes e que, no presente processo, se deve excluir o caso de força maior.

4. Quanto ao acontecimento a que se refere o artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314

78. O artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314 refere-se às situações em que as faltas verificadas na execução do contrato se devem a um «acontecimento que nem o operador [...] nem o prestador podiam prever ou evitar, mesmo efetuando todas as diligências necessárias».

79. No presente caso, considero que a violação e as agressões de que X, cliente do hotel, foi vítima e que foram cometidas por N, empregado do hotel, no âmbito da execução, por esse empregado, da obrigação contratual de acompanhar essa cliente à receção, não são um «acontecimento» na aceção dessa disposição.

80. Com efeito, o termo «acontecimento» constante dessa disposição não pode abranger os atos ou omissões, incluindo os atos culposos cometidos intencionalmente, de um empregado do prestador do serviço na execução das obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada. Para que esses atos ou omissões possam ser considerados um «acontecimento» na aceção do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314, deveria tratar-se ou de um acontecimento exterior à estrutura organizacional do prestador do serviço ou de um elemento objetivo. Este conceito de «acontecimento» nunca poderá incluir os atos culposos cometidos intencionalmente, que, por si sós, constituem a não execução ou a incorreta execução das obrigações contratuais. Seria mesmo ilógico pretender analisar o caráter previsível ou evitável da conduta intencional de um prestador de serviços, mesmo quando adotada pelos seus empregados.

81. Assim, mesmo que, como referi no n.º 56 das presentes conclusões, não seja possível, na aceção da Diretiva 90/314, considerar que um empregado de um prestador de serviços é ele próprio o «prestador de serviços», a conduta desse empregado deve ser imputada ao seu empregador/prestador de serviço e ao operador do serviço, desde que ocorra no âmbito da execução das obrigações decorrentes do contrato de viagem organizada. Nessas circunstâncias, essa conduta não está abrangida pelo conceito de «acontecimento» na aceção do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314. Por outras palavras, a culpa de um empregado de um prestador de serviços que implique a não execução ou a incorreta execução do contrato deve ser equiparada à culpa do prestador de serviços. Por conseguinte, não há que atender à causa de exoneração prevista nessa disposição.

⁴⁰ O sublinhado é meu.

82. Nestas condições, importa considerar que a violação e as agressões de que X foi vítima e que foram cometidas por N constituem um ato que deve ser imputado ao hotel, pelo que a Kuoni não se pode eximir da sua responsabilidade enquanto operador da viagem organizada.

83. Esta interpretação é a única suscetível de garantir um nível elevado de proteção dos consumidores e de impedir que esse nível de proteção seja consideravelmente reduzido em caso de faltas graves cometidas por empregados dos prestadores de serviços. Com efeito, se se aceitasse uma interpretação diferente, essas faltas graves poderiam então ser consideradas um acontecimento «imprevisível ou inevitável», na aceção do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314.

84. Atenta a resposta que proponho se dê à primeira questão, alínea a), não há que responder à questão relativa aos critérios de apreciação do carácter imprevisível ou inevitável do acontecimento a que se refere o artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314.

VI. Conclusão

85. Tendo em conta o conjunto das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda nos seguintes termos às questões da Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido):

- 1) No âmbito de um contrato relativo a uma viagem organizada, um empregado de um prestador de serviços não pode ele próprio ser considerado prestador de serviços para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados.
- 2) O operador deve ser responsável pelos atos e omissões de um empregado de um prestador de serviços quando da execução das obrigações contratuais especificadas no contrato, conforme definido no artigo 2.º, ponto 5, dessa diretiva, bem como pelos atos e omissões desse empregado quando da execução das obrigações consideradas acessórias dos serviços elencados no artigo 2.º, ponto 1, alínea b), da referida diretiva. Por conseguinte, a causa de exoneração da responsabilidade de um operador de viagens organizadas, prevista no artigo 5.º, n.º 2, terceiro travessão, segunda parte, da Diretiva 90/314, não é aplicável quando a não execução ou a incorreta execução do contrato que esse operador celebrou com um consumidor resultem dos atos de um empregado de um prestador de serviços que executa esse contrato.