



COLEÇÃO  
FORMAÇÃO  
INICIAL

## TRANSMISSÃO DE ESTABELECIMENTO

■ Coleção de Formação Inicial

Jurisdição do Trabalho e da Empresa

setembro de 2014

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



*A Coleção Formação Inicial publica materiais trabalhados e desenvolvidos pelos Docentes do Centro de Estudos Judiciários na preparação das sessões com os Auditores de Justiça do 1º ciclo de Formação dos Cursos de Acesso à Magistratura Judicial e à do Ministério Público. Sendo estes os primeiros destinatários, a temática abordada e a forma integrada como é apresentada (bibliografia, legislação, doutrina e jurisprudência), pode também constituir um instrumento de trabalho relevante quer para juízes e magistrados do Ministério Público em funções, quer para a restante comunidade jurídica.*

*O Centro de Estudos Judiciários passa, assim, a disponibilizar estes Cadernos, os quais serão periodicamente atualizados de forma a manter e reforçar o interesse da sua publicação.*

## Ficha Técnica

### Jurisdição Trabalho e da Empresa

João Pena dos Reis (Coordenador)

Albertina Aveiro Pereira

Viriato Reis

Diogo Ravara

**Nome do caderno:** Transmissão de Estabelecimento

**Categoria:** Formação Inicial

### Conceção e organização:

Albertina Aveiro Pereira

### Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Joana Caldeira

Nuno Martins

O Centro de Estudos Judiciários agradece as autorizações prestadas para publicação dos textos constantes deste e-book

### **Nota:**

*Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico*

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## ÍNDICE

<b>I – BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>9</b>
<b>II – LEGISLAÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>III – DOUTRINA.....</b>	<b>19</b>
• “Transmissão de Estabelecimento. Manutenção dos Contratos de Trabalho” - <i>António Gonçalves Rocha</i> .....	<b>21</b>
• “The ECJ considers employees as the main assets of temporary employment agencies”- <i>Bruno Mestre</i> .....	<b>37</b>
• “The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis” - <i>Bruno Mestre</i> .....	<b>47</b>
• “A fraude à lei e o despedimento colectivo na transmissão da unidade económica” - <i>Cláudia Monteiro Gomes de Sousa</i> .....	<b>95</b>
• “Contrato de prestação de serviço <i>versus</i> cedência ilegal de trabalhadores: diálogo com a doutrina da transmissão de empresa” - <i>Joana Nunes Vicente</i> .....	<b>139</b>
• “Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente” - <i>Joana Vasconcelos</i> .....	<b>157</b>
• “O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho” - <i>João Reis</i> .....	<b>169</b>
• “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho” - <i>Júlio Vieira Gomes</i> .....	<b>223</b>
• “O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho” - <i>Rodrigo Serra Lourenço</i> .....	<b>249</b>
<b>IV – JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>275</b>
• Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.....	<b>277</b>
— Acórdão de 30/04/2013 (António Leones Dantas), proc. n.º 382/09.9TTALM.L1.S1 ..	<b>279</b>
— Acórdão de 26/09/2012 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 889/03.1TTLSB.L1.S1 .....	<b>279</b>
— Acórdão de 22/09/2011 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 45/07.0TTLSB.L1.S1 .....	<b>280</b>
— Acórdão de 22/04/2010 (Mário Pereira), proc.º n.º 506/06.8TTGRD.C1.S1 .....	<b>281</b>
— Acórdão de 24/02/2010 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 78/1998.S1 .....	<b>282</b>
— Acórdão de 24/03/2011 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 1493/07.0TTLSB.L1.S1 .....	<b>283</b>

• Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto.....	285
— Acórdão de 18/11/2013 (António José Ramos), proc.º n.º 176/11.1TTVRL.P1.....	287
— Acórdão de 22/04/2013 (Maria José Costa Pinto), proc.º n.º 420/11.5TTSTS.P1.....	287
— Acórdão de 19/02/2012 (Eduardo Petersen Silva), proc.º n.º 712/11.3TTBCL.P1.....	288
— Acórdão de 17/09/2012 (Paula Leal de Carvalho), proc.º n.º 132/10.7TTPRT.P1.....	288
— Acórdão de 16/04/2012 (Ferreira da Costa), proc.º n.º 434/08.2TTSTS.P2.....	289
— Acórdão de 26/09/2011 (Eduardo Petersen Silva), proc.º n.º 680/09.1TTVNG.P1.....	290
— Acórdão de 21/03/2011 (Ferreira da Costa), proc.º n.º 585/08.3TTPRT.P1.....	290
— Acórdão de 14/02/2011 (António José Ramos), proc.º n.º 769/09.7TTBCL.P1.....	290
— Acórdão de 10/01/2011 (Paula Leal de Carvalho), proc.º n.º 514/08.4TTLMG.P1.....	291
— Acórdão de 27/09/2010 (Paula Leal de Carvalho), proc.º n.º 481/08.4TTMTS.P1.....	292
— Acórdão de 19/05/2010 (Ferreira da Costa), proc.º n.º 308/08.7TTVNF.P1.....	293
• Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra.....	295
— Acórdão de 12/04/2011 (Manuela Fialho), proc.º n.º 606/09.2TTMR.C1.....	297
— Acórdão de 28/04/2011 (José Eusébio), proc.º n.º 15/06.5TTCBR.C1.....	297
• Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora.....	299
— Acórdão de 31/01/2013 (Paula Paço), proc.º n.º 74/12.1TTABT.E1.....	301
— Acórdão de 29/03/2011 (João Luís Nunes), proc.º n.º 1155/08.1TTSTB.E1.....	301

**NOTA:**

Pode “cliquear” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando no símbolo  existente no final de cada página, será **redirecionado** para o índice.

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
Versão inicial – 16/09/2014	

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## I – Bibliografia

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Geral

- Abrantes, Manuel Costa, *A transmissão do estabelecimento comercial e seus efeitos nos contratos de trabalho*, Coimbra, 1989.
- Abrantes, Manuel Costa, A transmissão do estabelecimento comercial e a responsabilidade pelas dívidas laborais, *In “Questões laborais”, Coimbra, A.5, n.11 (1998), p. 1-35. Estabelecimento comercial/Transacções comerciais, p.190 (CEJ).*
- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade As empresas no Direito*, reimpressão, Colecção Teses, Almedina, 1999.
- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho*, Coimbra, 1982.
- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Grupos de Sociedades e Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990.
- Almeida, Paulo Pereira, *Banca e Bancários de Portugal, Diagnóstico e Mudança nas Relações de Trabalho*, Celta Editora, 2001.
- Almeida, Vitor Nunes de, *A manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos*, *in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Novembro de 2003.
- Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2014.
- Carvalho, Catarina Nunes de Oliveira, *O Direito do Trabalho Perante a Realidade dos Grupos Empresariais – Alguns problemas ligados à transmissão de estabelecimento entre empresas do mesmo grupo*, *in V Congresso do Direito do Trabalho, Memórias, Coordenação do Prof. António Moreira*, Almedina, 2003.
- Carvalho, Orlando, *Critério e Estrutura do estabelecimento comercial, I, O problema da empresa como objecto de negócios*, Tese de Doutoramento, Coimbra, 1967, Atlântida Editora.
- Carvalho, Orlando, *Empresa e Direito do Trabalho*, Temas de Direito do Trabalho, Direito de Trabalho na Crise, Poder empresarial, Greves Atípicas, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, 1990.
- Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, 1991, reimpressão.
- Cordeiro, António Menezes, Vol. I, reimpressão, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 1986.
- Fernandes, António Lemos Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, 16ª edição, 2012.

- Fernandes, Liberal, *Transmissão do Estabelecimento e oposição à transferência do contrato: uma leitura do art.º 37º da LCT conforme o direito Comunitário*, in *Questões Laborais*, Ano VI, n.º 14, Coimbra Editora, 1999.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?* Estudos do Instituto de Direito do Trabalho/coord. de Pedro Romano Martinez. – Coimbra: Almedina, 2001. – Vol. 1. – p. 481-525.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora 2007.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *O conflito entre a Jurisprudência Nacional e a Jurisprudência do TJ das CCEE em Matéria de Transmissão do Estabelecimento no Direito do Trabalho: o art.º 37º da LCT e a Directiva 77/187/CEE*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano 38, 2.ª Série, n.ºs 1-2-3-4, jan-dez, 1996.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em Matéria de Transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Instituto do Direito do Trabalho, Universidade de Lisboa, Almedina, Janeiro de 2001.
- Gomes, Maria Irene, *Grupos de Sociedades e algumas questões laborais*, *Questões laborais*, 12, Coimbra Editora, 1998.
- Leite, Jorge, *Direito do Trabalho – Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito – Reimpressão*, Coimbra, 1993.
- Leite, Jorge; Almeida, Coutinho de, *Colectânea de Leis de Trabalho Anotada*, Coimbra Editora, 15.ª Edição, 2000.
- Lourenço, Rodrigo Serra, *Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Nº 1 e 2 (Jan./Jun. 2009), p. 267-296.
- Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Instituto do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, 6.ª Edição, 2006, Almedina.
- Martinez, Pedro Romano; Monteiro, Luís Miguel; Vasconcelos, Joana; Brito, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; SILVA, Luís Gonçalves da, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição revista, Almedina, 2012.
- Martins, Pedro Furtado, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência do estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do*

trabalhador à transmissão do contrato de trabalho, *In IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho*/coord. de António Moreira. - Coimbra: Almedina, 2007. - p. 293-302

- Neto, Abílio, *Contrato de Trabalho, Novo Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Edições Ediforum, 2013.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.
- Pinto, Mário; MARTINS, Pedro Furtado; CARVALHO, António Nunes de, *Comentário às Leis de Trabalho*, Vol. I, Lex, 1994.
- Quintas, Paula; Quintas, Hélder, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, Almedina, 3.ª Edição, 2012.
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, “Tratado de Direito do Trabalho”, Parte II, 5.ª Ed., Almedina, 2014.
- Rocha, António Gonçalves, Transmissão de estabelecimento: manutenção dos contratos de trabalho. *Prontuário da Legislação do Trabalho*, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, 1990.
- Simão, Joana, *A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional*, *Questões Laborais*, Ano IX, 2002, Coimbra Editora.
- Supiot, Alain, *Droit du Travail*, Paris, 19ª éd., Daloz, Paris, 1998.
- Supiot, Alain, *Au-delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.
- Trindade, Marta de Oliveira Pinto, Transmissão da empresa ou estabelecimento. *Prontuário da Legislação do Trabalho*. - [Lisboa]: Centro de Estudos Judiciários. - Nº 90 (Set.-Dez. 2011), p. 167-172
- Vasconcelos, Joana, A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho. “*Prontuário do Direito do Trabalho*”, Coimbra, n.71, Maio-Ago. (2005), p. 73-93.
- Vasconcelos, Joana, Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente. *Prontuário da legislação do trabalho*. - [Lisboa]: Centro de Estudos Judiciários, 1990. Nº 87 (Set.-Dez. 2010), p. 173-182
- Veiga, António Jorge da Motta, *Direito do Trabalho Internacional e Europeu*, Universidade Lusíada, 1994.
- Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Editora Verbo Lisboa, 2014.
- Xavier, Vasco da Gama Lobo, *Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art.º 37º da LCT*, (parecer), *in Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXVIII, 1986.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## II – Legislação

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. Legislação

- Artigos 285.º - 287.º do Código do Trabalho
- Diretiva 98/50/CE do Conselho, de 29 de junho de 1998 (relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos ou de partes de empresas) – JO L 201, de 17/07/1998, in <http://eur-lex.europa.eu>
- Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001 (relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos) – JO L 82, de 22/03/2001, in <http://eur-lex.europa.eu>

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## III – Doutrina

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Transmissão de Estabelecimento Manutenção dos Contratos de Trabalho

Publicado em Prontuário da Legislação do Trabalho, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, 1990, pp. 289-302.

António Gonçalves Rocha

### Sumário

*I. Tendo o R passado a explorar o bar do hospital de... e que lhe foi adjudicado na sequência de concurso público que o Ministério da Saúde, por intermédio daquele hospital levou a cabo, é-lhe aplicável a disciplina dos artigos 318.º e 319.º do Código do Trabalho, regime que visou transpor para o nosso ordenamento a Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001, e que respeita à aproximação da legislação dos Estados membros no capítulo referente à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.*

*II. Impunha-se-lhe por isso, manter o contrato de trabalho da A, funcionária de bar que já vinha de anteriores concessionários, pois recebeu a mesma unidade económica que já vinha daqueles, dado que nas sucessivas transmissões da exploração do bar, as mesas, máquinas, cadeiras e balcões do estabelecimento se mantiveram os mesmos, tendo o bar continuado a sua laboração sem qualquer interrupção e mantendo a mesma carteira de clientes' que eram os utentes e os funcionários daquele hospital.*

*III. Na verdade, de importância central para a existência dum transmissão do estabelecimento, para os fins previstos naqueles preceitos do CT, é que a entidade económica que aquele representa mantenha a sua identidade, sendo de relevar neste ponto se a transmissão engloba os seus bens móveis ou equipamentos, mas também bens incorpórios, tais como a transmissão do know-how, a sucessão da actividade sem interrupção, a manutenção da clientela e a identidade da actividade desenvolvida após a transferência, conforme é jurisprudência do TJCE, doutrina que aquela Directiva acolheu.*

*IV. Por isso, esta transmissão pode ocorrer mesmo quando há sucessivos concessionários que não têm qualquer relação contratual entre si, como foi o caso presente.*

## ACORDAM NA SECÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

1 .....

A, intentou uma acção comum, emergente de contrato de trabalho contra

B e

C,

pedindo a condenação do primeiro réu no pagamento da quantia de € 6.445,83, referente a salários, férias e proporcionais, subsidio de férias e proporcionais, proporcionais de subsidio de Natal, indemnização por despedimento ilícito e indemnização por danos morais, tudo acrescido de juros de mora desde a citação. E em alternativa (sic), pediu a condenação do segundo réu na mesma quantia.

Alegou para tanto que foi contratada, em 7 de Janeiro de 2004, pela empresa Refeitoral - Sociedade de Refeitórios e Similares, L.da, para exercer as funções de empregada de bar no bar do Hospital de ... ; que em 1 de Junho de 2006 se operou a transmissão daquele estabelecimento para o réu, C, tendo a autora continuado a trabalhar por conta e direcção desde essa data e até 24 de Fevereiro de 2007, data em que foi impedida de ali continuar a trabalhar pelo primeiro R, que na sequência de concurso público para exploração do referido bar, passou a explorá-lo; por isso e sustentando que o estabelecimento manteve sempre a sua identidade, pretende que com a transmissão do estabelecimento se transmitiu para este a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, pelo que, ao impedi-la de trabalhar no estabelecimento, o primeiro réu operou o seu despedimento, que sendo ilícito por não haver sido precedido de processo disciplinar, lhe confere o direito de ser ressarcida das quantias que peticiona e designadamente da que se reporta a danos morais, pois o despedimento causou-lhe um profundo sentimento de injustiça e tristeza, perdendo a vontade de sair de casa e de se divertir com os amigos.

Alegou ainda que a entender-se que não ocorreu uma transmissão do estabelecimento, deve o segundo réu ser condenado nas mesmas quantias, porquanto este lhe transmitiu que iria trabalhar para o primeiro réu e não mais quis saber do seu destino.

Contestou o primeiro réu, alegando que a exploração do bar do Hospital lhe foi adjudicada na sequência de concurso público, cujas regras não impunham nem condicionavam a adjudicação da exploração do bar do hospital à aceitação de qualquer dos seus trabalhadores, tanto mais que se encontra expressamente vedada a subcessão da sua

exploração a terceiros, bem como a cedência ou transmissão, a qualquer título, da posição contratual do adjudicatário. Por isso e não lhe tendo sido transmitida a exploração do bar do hospital que lhe foi adjudicada em concurso público, conclui que a autora, em momento algum, foi sua trabalhadora, pelo que não a despediu.

E contestou também o segundo réu, alegando que a exploração do bar lhe foi adjudicada em 1 de Junho de 2006 e que se manteve na sua exploração até 24 de Fevereiro de 2007, data em que a sua exploração foi adjudicada a réu B, tendo-se operado, com a transmissão do estabelecimento, a transmissão para este, da posição jurídica de empregador relativamente aos contratos dos respectivos trabalhadores.

Efectuado o julgamento foi proferida sentença que, julgando a acção parcialmente procedente condenou o réu, B a pagar à autora a quantia de € 3.280,87 (três mil duzentos e oitenta euros e oitenta e sete cêntimos) a título de indemnização, férias, subsídio de férias, proporcionais de férias de subsidio de férias e de Natal e salários, acrescida de juros contados à taxa legal desde 22-5-2007 e até integral pagamento, com absolvição total do réu C.

Inconformado apelou o R, B, sustentando em suma que no contrato de adjudicação da exploração do bar do Hospital não se lhe impôs a aceitação dos contratos de trabalho do anterior concessionário; por outro lado, não se estabeleceu qualquer negócio jurídico entre o apelante e o anterior concessionário, concluindo assim que não sucedeu nas relações laborais pré-existentes, tanto mais que está expressamente vedada pelo dono do estabelecimento a cedência ou transmissão a qualquer título, da posição de adjudicatário, não podendo por isso ser responsabilizado pelo pagamento de quaisquer quantias à trabalhadora, pois a exploração do bar, por concurso público e por prazo limitado, não preenche os requisitos do conceito de transmissão do estabelecimento, para os efeitos previstos nos artigos 318.º e 319.º do CT.

Pede-se assim a revogação da sentença com a conseqüente absolvição do pedido. Contra-alegou a trabalhadora, pugnando pela aplicação ao caso da solução propugnada pelos artigos 318.º e 319.º do CT, com a conseqüente manutenção da decisão recorrida.

Subidos os autos a este Tribunal foi aberta vista à Ex.ma Procuradora Geral Adjunta que emitiu parecer fundamentado no sentido da procedência do recurso por entender que sendo a exploração do bar adquirida por concurso público, tal se traduz na adjudicação de

concessão que não consubstancia uma transmissão do estabelecimento, mas uma relação jurídico-administrativa, regulada pelo DL n.º 197/99, de 8-6.

E corridos os vistos legais, cumpre decidir.

2 .....

Para tanto, sintetizamos a seguinte matéria de facto, que não foi impugnada neste recurso:

- a) Em 7 de Janeiro de 2004, a autora celebrou com Refeitoral – Sociedade de Refeitórios e Similares, L.da, um contrato, pelo período de 6 meses, renovável por idênticos períodos, para sob a autoridade e direcção desta, exercer as funções de empregada de bar, no bar do Hospital de..., com um horário semanal de 16 horas distribuídos pelos dias da semana e a retribuição base de € 180,00.
- b) Em 1 de Junho de 2006, o bar daquele Hospital passou a ser explorado pelo réu C, continuando a autora a trabalhar até 24 de Fevereiro de 2007, por sua conta, autoridade e direcção.
- c) Na sequência de um concurso público para a concessão da exploração do bar do Hospital de..., foi deliberado pelo seu Conselho de Administração, adjudicar a exploração daquele bar ao Réu B, tendo-se celebrado o respectivo contrato em 25-2-2007 e constando da sua cláusula 7 a que se "encontra expressamente vedada a subcessão de exploração a terceiros, bem como a cedência ou transmissão, a qualquer título, da posição contratual do adjudicatário".
- d) Em 25 de Fevereiro de 2007, o responsável pelo Serviço de Instalações e Equipamentos do Hospital, declarou entregar ao apelante e este declarou receber as instalações - Bar e Armazém, equipados com maquinaria e utensílios;
- e) Em data não apurada, no decurso de uma reunião em que ambos os réus estiveram presentes, o réu C comunicou à autora que havia deixado de explorar o bar do Hospital e que havia sido o réu B quem havia ganho o concurso para exploração do mesmo bar.
- f) O réu C não deu instruções à autora para que esta se apresentasse noutra local de trabalho que não fosse o bar do Hospital de...
- g) Nas transmissões da exploração do bar daquele hospital, as mesas, máquinas, cadeiras, e balcões do estabelecimento mantiveram-se os mesmos.

- h) O bar não encerrou aguando das diversas transmissões operadas, sendo a sua laboração contínua e ininterrupta.
- i) Do mesmo modo, foi mantida a mesma carteira de clientes: utentes e funcionários do Hospital;
- j) Apresentando-se ao trabalho no dia 25 de Fevereiro de 2007, a autora foi impedida de trabalhar pelo réu B;
- m) E o mesmo aconteceu nos dias 26, 27, e 28 de Fevereiro e dia 1 de Março de 2007.
- n) A autora tinha a categoria profissional de empregada de bar e auferia a remuneração mensal ilíquida de € 496,08.
- o) No ano de 2007, a autora não gozou quaisquer férias, nem auferiu quaisquer subsídios.

3 .....

Apenas se discute neste recurso se com a adjudicação da exploração do bar do Hospital de... se impunha ao R, ora apelante, a aceitação dos contratos de trabalho do anterior concessionário, entre os quais se incluía a A.

A decisão recorrida entendeu que sim, condenando-o por isso a pagar à trabalhadora apelada o valor da indemnização por despedimento e dos proporcionais, contrapondo este que não pode ser responsabilizado pelo pagamento de quaisquer quantias, pois a exploração do bar, resultante de concurso público e por prazo limitado, não preenche os requisitos do conceito de transmissão do estabelecimento, para os efeitos previstos nos artigos 318.º e 319.º do CT, pois não se estabeleceu qualquer negócio jurídico entre o apelante e o anterior concessionário, sendo a precariedade temporal do contrato de exploração do bar incompatível com a assumpção pelo recorrente de responsabilidades laborais decorrentes de contratos de trabalho por tempo indeterminado.

Sendo esta a sua argumentação, vejamos então se tem razão.

3.1 .....

Conforme resultava do artigo 37.º da LCT, a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmitia-se ao adquirente, a qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exercem a sua actividade. Operava-se assim a

transferência "*ope legis*" da posição contratual do empregador para o adquirente dum estabelecimento e independentemente da vontade quer do trabalhador, quer do antigo quer actual titular do mesmo, só assim não acontecendo se o contrato tivesse cessado validamente antes da transmissão, ou se, por acordo, o trabalhador fosse colocado noutra estabelecimento.

Resultava portanto deste preceito que a relação jurídica laboral se modificava por alteração do seu sujeito passivo, mas sem que isso importasse a formação dum novo contrato, concluindo-se assim que "a novação subjectiva do empresário carece de transcendência, verificando-se uma espécie de sub-rogação empresarial", conforme defendia Allonso Olea, citado por Rodrigues da Silva, em "Trabalho, Processo e Tribunais", 113.

Por isso e para ocorrer esta sucessão "*ope legis*", conforme a caracterizava. o STJ, nomeadamente no acórdão de 24-5-95, CJS, 294/2, necessário era que o estabelecimento mantivesse a sua identidade e prosseguisse a sua actividade anterior, devendo, no entanto, adaptar-se um conceito amplo deste, de modo a abranger toda a organização afectada ao exercício dum comércio ou indústria, consagrando-se assim a doutrina da objectividade da empresa, donde resultava estar o trabalhador ligado à empresa e não ao empresário, doutrina que foi seguida também nos acórdãos da RL, 5-11-79, *BMJ* 295/451 e da RP 12-5-86, *CJ* 239/3.

Esta matéria está actualmente regulada no artigo 318.º do Código do Trabalho que dispõe que "em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmite-se para o adquirente a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral" (n.º 1), sendo este regime igualmente aplicável à transmissão, cessão ou reversão da exploração da empresa, do estabelecimento ou da unidade económica, sendo solidariamente responsável, em caso de cessão ou reversão, quem imediatamente antes exerceu a exploração da empresa, estabelecimento ou unidade económica (n.º 3), considerando o legislador que constitui uma unidade económica o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, principal ou acessória, conforme prescreve o seu n.º 4.

Com este regime visou o legislador transpor para o nosso ordenamento a Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001 e que respeita à aproximação da legislação do Estados membros no capítulo referente à manutenção dos direitos dos trabalhadores em

caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

Por isso e por imposição da Directiva, aquele preceito veio consagrar o princípio da transmissão de todos os contratos de trabalho existentes para o adquirente dum empresa ou dum estabelecimento e bem assim o princípio da transmissão para o seu adquirente de todas as obrigações decorrentes de tais contratos, conforme estabelece o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva referida, significando isto que a transmissão de posição jurídica de empregador não se esgota na sub-rogação legal no contrato a que aludia Mota Pinto, a propósito do artigo 37.º da LCT (Cessão da Posição Contratual, 90 e seguintes), mas para além disso inclui a transmissão para esse adquirente de todos e quaisquer direitos e obrigações emergentes dum contrato de trabalho, mesmo que já existissem antes da data da transferência da empresa ou do estabelecimento.

Foi-se portanto mais longe do que o que advinha do regime da LCT, pois no domínio da vigência desta, o ingresso automático e "*ope legis*" do adquirente na posição do transmitente, mantinha na esfera do transmitente as obrigações decorrentes desses contratos, dado que o adquirente apenas respondia solidariamente pelas dívidas vencidas nos seis meses anteriores à transmissão e que fossem reclamadas pelos trabalhadores até ao momento desta, conforme fluía dos n.ºs 2 e 3 do seu artigo 37.º

Donde resulta que a transmissão da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou do estabelecimento que constitua uma unidade económica, não afecta a subsistência dos contratos de trabalho, nem o respectivo conteúdo, tudo se passando, em relação aos trabalhadores, como se a transmissão não houvesse tido lugar, regime que teve em vista tutelar o estabelecimento de modo a garantir o prosseguimento da sua actividade produtiva e fundamentalmente proteger os trabalhadores, garantindo-lhes o direito à segurança no emprego e a manutenção dos seus direitos.

Aqui chegados importa definir o que se deve entender por transmissão do estabelecimento, dado que um dos argumentos do apelante para afastar a aplicação do regime dos artigos 318.º e 319.º do CT é que a exploração do bar resultou de concurso público e não dum qualquer negócio jurídico celebrado entre o apelante e o anterior concessionário.

Ora, já no domínio do regime anterior a doutrina e a jurisprudência vinham entendendo que integravam o conceito de transmissão do estabelecimento por qualquer título situações como o trespasse do estabelecimento, a transmissão decorrente da venda judicial do mesmo, a transmissão "*mortis causa*" do estabelecimento, a mudança da titularidade do

estabelecimento resultante da fusão ou cisão de sociedades, a aquisição de uma empresa privada por uma pessoa colectiva de direito público, a nacionalização e até casos de transmissão inválida, na medida em que a destruição do negócio pelo qual o estabelecimento foi transmitido não obstará à eficácia dos contratos de trabalho com o transmissário relativamente ao tempo em que os mesmos forem executados, doutrina seguida pelo STJ, acórdão de 24-5-95, CJS 294/2.

Por outro lado, importa referir que o regime actual visou transpor para o nosso ordenamento a Directiva n.º 2001/23/CE de 12 de Março, que não é mais do que uma actualização da Directiva 77/187/CEE, entretanto modificada pela Directiva 98/50/CE de 29-6-98, imposta por motivos de lógica e clareza e por exigências de segurança e transparência jurídicas face à jurisprudência do TJCE, representando por isso um esforço para consolidar e consagrar os resultados duma longa e laboriosa construção jurisprudencial, conforme escreve Júlio Gomes, Direito do Trabalho, Coimbra Editora, volume I, pág. 808.

Ora, conforme acentua este autor (pág. 820), de importância central para a existência duma transferência do estabelecimento é que a entidade económica que este representa mantenha a sua identidade.

E assim, o Tribunal de Justiça, ainda no domínio da Directiva 77/187, começou a afirmar que a aplicação da directiva não pressupunha necessariamente a existência dum vínculo contratual entre cedente e cessionário, sendo de aplicar desde que o estabelecimento mantenha a sua identidade, sendo de relevar neste ponto se a transmissão engloba os seus bens móveis ou equipamentos, mas também bens incorpóreos, tais como a transmissão do know-how, a sucessão da actividade sem interrupção, a manutenção da clientela e a identidade da actividade desenvolvida após a transferência.

Por isso é jurisprudência daquele Tribunal de Justiça que esta transmissão pode ocorrer mesmo quando há sucessivos concessionários que não têm qualquer relação contratual entre si, conforme refere aquele autor a pág. 821, adaptando-se assim uma posição muito menos formalista do que a seguida por alguns tribunais portugueses.

Face ao exposto, que reputamos de extrema relevância para a resolução deste caso, vejamos agora o que apurou o tribunal recorrido.

## 3.2 .....

Ora, a A começou a trabalhar no bar do hospital de..., como empregada de bar, em 7-1-2004 por conta de Refeitoral - Sociedade de Refeitórios e Similares, L.da, que em 1 de Junho de 2006 passou a ser explorado pelo R C. Por isso, a A passou a trabalhar por conta deste, situação que se manteve até 24-2-2007.

Na sequência de concurso público que o Ministério da Saúde, por intermédio do Hospital de... levou a cabo, a exploração do bar daquele hospital foi adjudicado ao réu B, que a iniciou em 25 de Fevereiro de 2007.

Por outro lado, nas sucessivas transmissões da exploração do bar, as mesas, máquinas, cadeiras e balcões do estabelecimento mantiveram-se os mesmos; além disso o bar não encerrou, continuando de forma ininterrupta a sua laboração, mantendo a mesma carteira de clientes, que eram os utentes e os funcionários do Hospital.

Daqui decorre, como concluiu a decisão recorrida, que a unidade económica transmitida conservou a sua identidade (BAR DO HOSPITAL) e prosseguiu a actividade que já vinha desenvolvendo antes; além disso, manteve os elementos corpóreos que integravam o estabelecimento (as mesas, máquinas, cadeiras e balcões), bem como a respectiva clientela.

Por isso, temos de concluir também que o apelante recebeu a mesma unidade económica que já vinha do anterior concessionário, pois o estabelecimento de bar que lhe foi concessionado, ao prosseguir a mesma actividade e ao integrar os elementos corpóreos que já vinham do anterior concessionário, com tendencial manutenção da mesma clientela, manteve a identidade organizacional e de afectação de meios que já vinha do anterior.

Cai assim pela base a argumentação do apelante, pois a circunstância de não se ter estabelecido qualquer negócio jurídico entre o apelante e o anterior concessionário não é impeditiva de se aplicar a disciplina do artigo 318.º do CT, conforme vem decidindo o TJCE, doutrina que a Directiva n.º 2001/23/CE de 12 de Março visou consagrar e que não podemos deixar de considerar na interpretação daquele preceito e do artigo 419.º do CT.

Argumenta ainda o apelante que a precariedade temporal do contrato de exploração do bar é incompatível com a assumpção pelo recorrente de responsabilidades laborais decorrentes de contratos de trabalho por tempo indeterminado, mas este argumento também não procede.

Na verdade, terminada a sua concessão, os seus trabalhadores poderiam e deveriam passar para a esfera do novo concessionário, tal como já tinha acontecido com o R C, que ficou

com os trabalhadores da anterior concessionária, a Refeitoral - Sociedade de Refeitórios e Similares, L.da

Argumenta ainda o apelante que não sucedeu nas relações laborais pré-existentes, tanto mais que está expressamente vedada pelo dono do estabelecimento a cedência ou transmissão a qualquer título, da posição de adjudicatário, mas este argumenta também não procede.

Na verdade, esta cláusula constante do contrato celebrado com o Hospital visa impedir que o adjudicatário ceda ou transmita a sua posição à revelia do dono do estabelecimento, nada tendo a ver com a continuidade dos contratos de trabalho imposta pela aplicação do respectivo regime legal.

Por estas razões não podemos dar razão ao apelante nem sufragar o entendimento perfilhado no parecer da Ex.ma Senhora Procuradora Geral Adjunta, pois apesar do contrato celebrado entre o apelante e o Hospital de Santa Luzia constituir, inquestionavelmente, uma relação jurídica de carácter administrativo, tal não pode ser impeditivo da aplicação dum regime laboral imposto pelo direito à segurança no emprego e de manutenção dos direitos dos trabalhadores quando exista uma transferência de estabelecimento, ou uma mera transferência da sua exploração como é o caso, conforme impõe a Directiva n.º 2001/23/CE de 12 de Março e cuja transposição foi efectuada pelo artigo 2.º, alínea q), do diploma preambular do CT.

E assim sendo, só nos resta confirmar a sentença recorrida.

4 .....

Termos em que se acorda nesta secção social em julgar a apelação improcedente, com a consequente confirmação da decisão recorrida.

Custas a cargo do apelante.

Évora, 23 de Setembro de 2008 - *Gonçalves Rocha, Baptista Coelho e Acácio Proença.*

***Algumas notas sobre o tema focado no acórdão:***

A primeira Directiva que havia versado sobre a matéria do alcance da protecção dos trabalhadores em casos de mudança de empresário, havia sido a 77/187 /CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, e que visou incentivar a harmonização das disposições legislativas nacionais relativas à manutenção dos direitos dos trabalhadores, impondo a cedentes e cessionários a obrigação de informar e consultar em tempo útil os seus representantes.

Esta foi posteriormente alterada e modificada substancialmente pela Directiva 98/50/CE de 29-6-98 tendo em conta o impacto do mercado interno, a evolução dos Estados-Membros no domínio da recuperação de empresas em situação económica difícil e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

É neste enquadramento que surge a Directiva 2001/23/CE do Conselho de 12 de Março de 2001 , que foi determinada por se ter constatado que subsistiam diferenças nas legislações dos Estados-Membros no que respeita ao alcance da protecção dos trabalhadores em casos de mudança de empresário, sendo por isso necessário adaptar disposições que os protejam, pois a evolução económica havia acarretado, quer no plano nacional quer comunitário, modificações das estruturas das empresas e que se traduziram na transferência de empresas ou de estabelecimentos ou partes de empresas ou estabelecimentos para outros empresários, como consequência de cedências ou cisões.

Por outro lado esta Directiva foi também determinada por razões de lógica, clareza e por exigências de segurança e transparência jurídicas face à jurisprudência do TJCE, representando por isso um esforço para consolidar e consagrar os resultados duma longa e laboriosa construção jurisprudencial nesta matéria.

Foi assim que se considerou oportuno esclarecer o conceito jurídico de transferência à luz desta jurisprudência, apesar de se reconhecer que este esclarecimento não alterou o âmbito da Directiva 77/187/CEE, tal como vinha sendo interpretado por aquele Tribunal.

Daí a importância da jurisprudência que o TJCE foi firmando nesta matéria na interpretação da lei portuguesa, pois os artigos 318.º e 319.º do Código do Trabalho (a seguir designado por CT) visaram transpor aquela Directiva para o ordenamento interno, sendo nesta linha que se insere o acórdão em anotação.

Por isso se entendeu que era de importância vital para a existência duma transferência do estabelecimento, para efeitos daqueles preceitos, que a entidade económica que este representa mantenha a sua identidade.

Por outro lado, e conforme resulta do n.º 4 do artigo 318.º o que é importante para se aplicar a doutrina deste preceito é que a empresa, estabelecimento, ou parte de empresa ou estabelecimento que se transmite constitua uma unidade económica, entendida como o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, seja a título principal ou acessório. O que leva Júlio Gomes, obra citada, 832, a afirmar que não há razões para não se aplicar o disposto em matéria de transmissão de empresas ou estabelecimentos mesmo em situações em que não há qualquer relação contratual entre transmitente e transmissário.

E assim, o que é decisivo é apurar-se se aquela entidade continuou a ser a mesma, apesar das múltiplas vicissitudes por que passa quanto ao seu titular, sendo de relevar para tanto se a transmissão engloba os seus bens móveis ou equipamentos, mas também bens incorpórios, tais como a transmissão do know-how, a sucessão da actividade sem interrupção, a manutenção da clientela e a identidade da actividade desenvolvida após a transferência.

Quanto ao âmbito de aplicação daqueles preceitos do CT, será oportuno referir que a Directiva que aqueles preceitos visaram transpor para o ordenamento interno, se aplica a qualquer entidade económica que prossiga uma actividade económica, quer se trate de empresas públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, conforme resulta da alínea c) do seu artigo 1.º

Assim, apenas ficam excluídas as situações relativas à reorganização administrativa ou à transmissão de funções administrativas entre instituições oficiais (artigo 1.º, n.º 1, alínea c)), bem como as transmissões respeitantes aos navios (artigo 1.º, n.º 3).

Ora, os artigos 318.º e 319.º nada referem sobre estas exclusões, mas não repugna aceitar que não se aplicará o seu regime aos casos de reorganização administrativa ou à transmissão de funções administrativas entre instituições oficiais.

Sobre este ponto e continuando a seguir Júlio Gomes, pág. 810, convém não exagerar o alcance desta exclusão, pois a Directiva só exclui a redistribuição e funções e a sua reorganização no seio da própria da própria administração, o que se explica por se tratar de actividades que se prendem directa ou primordialmente com o exercício do poder político ou da soberania, o que abrangerá nomeadamente o desempenho de funções ligadas à defesa nacional, segurança interna, finanças e justiça.

Fora destes casos a questão consistirá em apurar se uma operação de privatização de serviços ou da sua reassunção pela administração constituirá uma transferência de empresa ou de parte dela, englobando portanto a transmissão de bens corpóreos ou incorpóreos,

manutenção de pessoal e ou outros indícios de que se trata duma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela principal ou acessória.

No caso concreto o apelante não colocou a questão nestes termos, pois não invocou que se tratava duma actividade administrativa e por isso excluída do âmbito da disciplina dos artigos 318.º e 319.º por força da exclusão inserta na Directiva 2001/23.

Diga-se no entanto, que nunca funcionaria tal exclusão, pois não estamos perante uma daquelas actividades que se prendem directa ou primordialmente com o exercício do poder político ou da soberania nacional; por outro lado, os factos apurados permitiram concluir com segurança que estamos perante uma transmissão dum estabelecimento, apesar do R. o ter adquirido por concurso público, aberto pelo Ministério da Saúde.

Na verdade, tendo-se mantido nas sucessivas transmissões da exploração do bar, as mesas, as máquinas, as cadeiras e os balcões do estabelecimento, que manteve também a mesma carteira de clientes, que eram os utentes e os funcionários do Hospital, foi possível concluir, que a unidade económica transmitida conservou a sua identidade e prosseguiu a actividade que já vinha desenvolvendo antes, o que determinaria sem mais a aplicação da disciplina daqueles preceitos do CT.

Refere-se ainda no acórdão que a transmissão de posição jurídica de empregador para o adquirente duma empresa, estabelecimento, parte de empresa ou estabelecimento, não se esgota na sub-rogação legal no contrato a que aludia Mota Pinto, a propósito do artigo 37.º da LCT (Cessão da Posição Contratual, 90 e seguintes), mas para além disso, inclui a transmissão para esse adquirente de todos e quaisquer direitos e obrigações emergentes dum contrato de trabalho, mesmo que já existissem antes da data da transferência da empresa ou do estabelecimento, indo-se portanto mais longe do que o que advinha do regime da LCT.

Na verdade, no domínio da vigência desta, o ingresso automático e "*ope legis*" do adquirente na posição do transmitente, mantinha na esfera do transmitente as obrigações decorrentes dos contratos de trabalho, dado que o adquirente apenas respondia solidariamente pelas dívidas vencidas nos seis meses anteriores à transmissão e que fossem reclamadas pelos trabalhadores até ao momento desta, conforme fluía dos n.ºs 2 e 3 do seu artigo 37.º

Não é assim actualmente, dado que a transmissão da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou do estabelecimento que constitua uma unidade

económica, não afecta a subsistência dos contratos de trabalho, nem o respectivo conteúdo, tudo se passando, em relação aos trabalhadores, como se a transmissão não houvesse tido lugar.

**Por isso, terá o adquirente que arcar com o pagamento das dívidas contratuais anteriores à transmissão.**

Por outro lado e para maior salvaguarda dos direitos dos trabalhadores transferidos, consagrou-se no n.º 2 do artigo 418.º que o transmitente responderá solidariamente com o adquirente pelas dívidas vencidas até à data da transmissão. No entanto, esta responsabilidade solidária apenas perdurará **PELO PERÍODO DE UM ANO**, pelo que, passado este lapso de tempo, restará ao trabalhador exigir o seu pagamento do adquirente.

No entanto, o n.º 3 do artigo 319.º permite ao adquirente que tenha cumprido o dever de informação dos trabalhadores a que se refere o artigo 320.º do CT, que afixe um aviso nos locais de trabalho onde se lhes dê conhecimento de que devem reclamar, no prazo de três meses., os créditos que tenham da empresa até àquele momento.

E se nenhuns forem reclamados, a empresa não será responsável por eles, restando aos trabalhadores exigir o seu pagamento do transmitente se ainda estiverem dentro do prazo de um ano posterior à transmissão.

Por outro lado, esta responsabilidade do adquirente pelas dívidas anteriores suscita a questão, que não foi regulamentada pelo legislador, das relações internas entre transmitente e transmissário.

Considerando que este regime de solidariedade estabelecido pela lei visa proteger o trabalhador, funcionando a responsabilidade do adquirente como garante legal do pagamento dessas dívidas, sustenta Júlio Gomes (pág. 832) que o adquirente terá direito de regresso contra o transmitente, apesar da questão ser largamente debatida na doutrina italiana.

Não obstante esta questão extravasar o âmbito estritamente laboral, também nos parece que será esta a solução mais adequada, principalmente para aquelas situações em que não há qualquer relação contratual entre transmitente e transmissário, como foi o caso do recurso.

Nos outros casos em que a transmissão resulta dum negócio celebrado entre transmitente e transmissário será de atender, antes de mais, ao que tiver sido convencionado pelas partes sobre esta matéria, funcionando subsidiariamente o critério anterior.

O regime dos artigos 318.º e 319.º do CT aplica-se também às situações de transferência para outrem de parte de empresa ou estabelecimento, conforme estabelece o n.º 1 daquele primeiro preceito, o que nos permite concluir que a aplicação da Directiva não se aplica apenas nos casos de transferência total duma empresa ou dum estabelecimento, o que se compreende pois sem esta solução da lei, o empregador poderia ceder as componentes mais rentáveis ou mais valiosas da empresa de forma a reservar para a transmissão propriamente dita, a parte menos favorável da empresa (o esqueleto como sugestivamente lhe chama Júlio Gomes, 814) e nomeadamente um quadro de pessoal sobredimensionado.

Mesmo assim, alerta este autor para novos perigos que este regime pode provocar por facilitar a utilização destas regras da transmissão com uma finalidade "expulsiva", funcionando o automatismo da transmissão dos contratos de trabalho para o cessionário contra os interesses do trabalhador e não como meio de protecção deste, bastando pensar na transmissão duma parte menos rentável da empresa para um adquirente com poucos recursos, para quem se encaminhem os trabalhadores com direito a maiores compensações no caso de cessação dos contratos por despedimento colectivo ou outros de que a empresa mãe se queira ver livre, vindo este adquirente a responder sozinho pelas consequências duma morte habilmente preparada dos contratos de trabalho transferidos (mesmo autor, pág. 815), dado que o transmitente apenas responde pelas dívidas anteriores nos termos do n.º 2 do artigo 418.º

E a utilização abusiva e perversa deste mecanismo será facilitada se não se reconhecer ao trabalhador o "direito de oposição" à transferência do contrato, como acontece com a legislação portuguesa, que não regula nem prevê qualquer forma de oposição dos trabalhadores nestes casos.

Por outro lado, para definir o que se deve entender por **parte de empresa ou estabelecimento** deverá manter-se o critério já referido, ou seja tem que constituir uma entidade económica, que existirá quando a parte da empresa ou estabelecimento represente um conjunto de meios organizados e com autonomia suficiente para poder funcionar no mercado com independência em relação à empresa ou estabelecimento cedente. Ou seja tem que se tratar duma autonomia funcional duma parte de empresa que dispõe dum conjunto de factores que lhe confere a capacidade de realizar, de forma auto-suficiente, um serviço, antes desempenhado em função das exigências da empresa, mas que pode ser objecto duma valoração económica independente, prescindindo da função que antes era chamada a

desempenhar no interior da organização da empresa, conforme sustenta Roberto Costo citado por Júlio Gomes, 816, nota 2030.

Dezembro de 2008

*Antônio Gonçalves Rocha*

## The ECJ considers employees as the main assets of temporary employment agencies

---

Publicado em *European Law Reporter*, n.º 12, 2007, pp. 448-454.

**Bruno Mestre**

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



In *Microsoft*, the fact that Windows was the *de facto* industry standard heavily influenced both the Commission's decision and the Court's judgment – indeed, in its consideration of the criterion of «indispensability» of the interoperability information, the Court held that «*Microsoft's dominant position on the client PC operating systems market exhibits, as the Commission states [...] 'extraordinary features' since, notably, its market shares on that market are more than 90 % [...] and since Windows represents the 'quasi-standard' for those operating systems*».<sup>30</sup> This is an important element and will heavily circumscribe its application to other companies.

Another factor that appears to have influenced the Court's assessment of the conduct was the fact that the refusal to supply and tying abuses were found to form part of Microsoft's *strategy to leverage* its dominance from the client PC operating system into adjacent markets.

It also has to be taken into account that the *Microsoft* case concerns a situation in which rivals, who were *pioneers* on the market and largely considered by consumers to provide better products than Microsoft's, were foreclosed from the market due to Microsoft's refusal to licence and tying.

<sup>1</sup> LLM (London), Lawyer at Clifford Chance, Brussels.

<sup>2</sup> Statement from Microsoft on 22 October 2007, <http://www.microsoft.com/Presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.mspx>.

<sup>3</sup> For a detailed presentation of the factual background of the *Microsoft* case and the Court's judgment, the reader is re-

ferred to *Carl Baudenbacher's* article in the October issue of the *European Law Reporter*: The CFI's *Microsoft* judgment – *Three seconds that changed the IT world*, ELR 2007, 342.

<sup>4</sup> *Baudenbacher*, ELR 2007, 342, 354.

<sup>5</sup> ECJ [2004] ECR I-5039, *IMS Health*.

<sup>6</sup> *Baudenbacher, ibid.*

<sup>7</sup> ECJ [1995] ECR I-743, *RTE and ITP v Commission*.

<sup>8</sup> *Baudenbacher, ibid.*

<sup>9</sup> *Magill*, para 54 and *IMS Health*, para 49.

<sup>10</sup> T-201/04, para 647.

<sup>11</sup> T-201/04, para 647.

<sup>12</sup> T-201/04, para 712.

<sup>13</sup> T-201/04, para 695.

<sup>14</sup> T-201/04, para 563.

<sup>15</sup> CFI [1991] ECR II-1439, *Hilti v Commission*.

<sup>16</sup> ECJ [1996] ECR I-5951, *Tetra Pak v Commission*.

<sup>17</sup> T-201/04, para. 970.

<sup>18</sup> T-201/04, paras 866 and 867.

<sup>19</sup> Commission Staff Discussion Paper, para 56, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>20</sup> T-201/04, para 1089.

<sup>21</sup> T-201/04, para 868.

<sup>22</sup> Decision 2007/53/EC [2007] OJ L 32, para. 783.

<sup>23</sup> T-201/04, para 710.

<sup>24</sup> T-201/04, para 1335.

<sup>25</sup> Commission Memo, MEMO/07/420 of 22 October 2007.

<sup>26</sup> *Baudenbacher, ibid.*, p. 355.

<sup>27</sup> *US v Microsoft Corp*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) at 77 et seq.

<sup>28</sup> Unlike the U.S. case, the Commission's case did not concern Internet Explorer or Java, but rather server operating systems and Windows Media Player.

<sup>29</sup> Competition Commissioner Kroes, Introductory remarks on *Microsoft's* compliance with March 2004 antitrust decision, Press conference in Brussels 22 October 2007, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/647&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>30</sup> T-201/04, para 387.

### III. 1

Bruno Mestre, Porto / Florence<sup>1</sup>

## The ECJ considers employees as the main assets of temporary employment agencies

(*Jouini & others v Princess Personnel Service GmbH*, ECJ of 13 September 2007, C-458/05)

*The ECJ ruled on the transfer of employees between two temporary employment agencies. It considered that the transfer of employees between two temporary employment agencies amounted to a transfer of an undertaking at the light of Directive 2001/23/EC. The decision raises some doubts in the light of the rulings *Süzen and Adler*, which is why I consider that the ECJ was strongly influenced by the concrete situation in its decision.*

#### (1) Facts of the case

The facts of the case are easy to describe: all difficulties arise from the consequences to extract from them at the light of the case law of the ECJ in the subject matter of the transfer of undertakings.

*Mayer & Co. GmbH* (henceforward «*Mayer*») was a temporary employment agency that had been in existence since 1976. Three persons managed *Mayer*: Mr. S (the managing director), Mrs. S (his





spouse and commercial director) and a commercial advisor. Mayer employed circa 180 temporary workers that were seconded to work for several customers of Mayer. The largest customer of Mayer was a company named *Industrie Logik Linz GmbH & Co. KG* (henceforward *ILL*), who had alone leased circa 60 employees from Mayer.

Mayer ran into certain *financial difficulties* in 2001. As a consequence of these difficulties, *ILL* advised Mayer to close the current undertaking and form a new temporary employment agency. The objective of the closure and the formation of a new company were to make an industry-specific temporary employment agency, especially designed to meet the requirements of *ILL*. Considering that Mayer's financial difficulties would have made it very difficult to restructure their operations in accordance with *ILL*'s requirements, Mr. and Ms. S decided to follow *ILL*'s advice and set up in 2002 another temporary employment agency, *Princess Personal Service GmbH* (henceforward *PPS*). Mr. and Ms. S were again the managing director and commercial director of *PPS*. *ILL* terminated its contractual relationship with Mayer and became *PPS*' main client.

Owing to the needs of *ILL* (who was *PPS*' principal client) Mr. and Ms. S decided to transfer to *PPS* 40 employees that had been assigned to *ILL*. Besides the employees that had been seconded to *ILL*, *PPS* decided also to take on the commercial advisor of *PPS*, some clients and the personnel that had been seconded to those same clients. The transfer did not result in any alteration of the activities carried out by those employees for those clients. In total, *PPS* took on approximately one third of the persons employed by Mayer. Their temporary employment relationships with Mayer ceased at the 30<sup>th</sup> of November 2002 and began new temporary employment relationships with *PPS* on the 1<sup>st</sup> of December 2002. Pursuant to a Court order of the 19<sup>th</sup> of December 2002, insolvency proceedings were commenced in respect of Mayer. A new company took over Mayer and the remaining two thirds of its personnel in the course of the insolvency proceedings.

Mayer had *failed to pay* the *final salaries* of 25 employees who were taken on by *PPS*. These 25 employees decided to file a suit against *PPS* asking for the payment of those wages claiming that there had been a transfer of a part of Mayer's business to *PPS*. In the view of those employees, *PPS* had assumed all the rights and obligations deriving from Mayer's previous employment relationships as a consequence of taking on Mayer's administrative staff, some of its clients and the

temporary employees working for them; there had been a transfer of an undertaking and *PPS*, as an «acquirer of the business», was therefore obliged to guarantee payment of the old debts and to take into account previous periods of employment. *PPS* rejected those claims arguing that there had been no transfer of a business and that it did not enter into a contract with Mayer. *PPS* claimed that the transfer of the 25 employees at stake to its business had occurred in a manner customary in the temporary employment businesses sector. It was not possible to identify a business of part of a business taken on by *PPS*.

The referring court has doubts to whether there was a transfer of an undertaking in the interpretation of Directive 2001/23 on the Transfer of Undertakings (henceforward «Directive on ToU»). The referring Court points out that it cannot determine whether there was a transfer of a business, given the *specificity of the activities in question*. The temporary employment undertakings hardly have any employees of their own in the sense of an organisational unit; its employees are seconded to work to the undertakings of the customers of the temporary employment undertakings, who integrate the employees in their own organisation in accordance with their needs. The majority of the employees of temporary employment undertakings are not integrated in its own business but in that of other employers. The referring Court therefore asks whether the approach developed for other undertakings, which relied in a very large measure on the existence of an organisational entity in the sense of a business or part of business, can be applied in the same way to the transfer of personnel between temporary employment businesses.

## (2) Opinion of the Advocate-General

The Advocate-General considered that the ECJ had set out in its case law three preconditions for the transfer to occur: (1) the existence of an economic entity, (2) the retention of the identity as an economic entity and (3) a legal transfer. As regards the first criterion (the existence of an economic entity), the Advocate-General argued that the ECJ had reduced in its previous case law the nomenclature used in the Directive on ToU (undertaking, business or part of undertaking or business) to one single concept: economic entity.<sup>2</sup> The identification of an economic entity was the starting point from which to determine whether the taking on of some of the rank and file amounted to a transfer of undertaking. The Advocate-General followed that this concept of economic entity must be interpreted in accordance with the





case law of the ECJ (cases *Rygaard*, C-48/94, paragraph 20; *Süzen*, C-13/95, paragraph 13 and *Güney-Gorres and Demir*, C-232/04 and 233/04, paragraph 32), as a stable economic entity whose activity is not limited to performing one specific works contract. The term «entity» refers to an organised grouping of persons and assets facilitating the exercise of an economic activity that pursues a specific objective; it must be sufficiently structured and autonomous although it doesn't necessarily need to have assets, tangible or intangible. The national Court should take into account the type of business or undertaking in question when assessing the existence of an *economic entity*; therefore, the weight to be given to the different criteria used to assess the existence of an economic entity varies in accordance with the activity in question. As regards the weight to be given to the personnel of the company, the Advocate-General stressed that the ECJ had previously considered that a group of workers organised in a joint activity on a permanent basis could be considered as an economic entity in certain labour-intensive sectors, in the absence of other factors of production (*Süzen*, C-13/95, paragraph 21). The most outstanding judgement was a ruling in which the ECJ considered that a single employee could be considered as an economic entity (*Christel Schmidt*, C-392/92). As regards the second criterion (the retention of the identity as an economic entity), the Advocate-General argued that one should consider whether the identity of the body in question was retained after the transfer, which will be the case in particular when the acquirer resumes the activities previously carried out. The specific features of the economic entity concerned should be taken into account when making this assessment; where the operating assets of the economic entity are essentially its labour force, it must be verified whether the employer has taken on an essential part of the personnel assigned by its predecessor to the carrying out of the economic activity in question. The degree of similarity between the activities exercised before and after is another element to be taken into account. As regards the third criterion (the existence of a legal transfer) the Advocate-General stressed that the ECJ had taken on a very broad interpretation of the existence of a legal transfer in terms of being able to cover all possible situations in which an economic entity was transmitted to another owner while maintaining its identity. The decisive criterion is the occurrence of a change in the legal person responsible for carrying on the business.

The Advocate-General then proceeded to verify whether the criteria laid down in the case law of

the ECJ, as described in the former paragraph, were verified in the present case. As regards the first criterion (the existence of an economic entity) the Advocate-General considered that temporary employment undertakings could be considered as *economic entities* based on the following reasons: firstly, the Advocate-General started by stressing that temporary employment agencies could be considered as *labour intensive* activities because the characteristics of the activity in question – the supply of labour – required only few persons for its own operation and a very limited number of fixed assets; secondly, the activity developed by the personnel of the temporary employment agency was an *economic activity* because the grouping formed by part of the administrative personnel and by part of the temporary workers of the temporary employment business supplied labour to the client undertakings in consideration for remuneration and therefore produced part of *Mayer's* turnover; thirdly, the Advocate-General considered that the entity comprised by the administrative staff and temporary workers continued to function in a completely *autonomous* matter within *PPS*. The Advocate-General considered that it was able to function equally well within both *Mayer* and *PPS*, it was self-sufficient and could subsist independently of *Mayer*; finally, the Advocate-General stressed that Art.2(2)(c) of the Directive on ToU did not permit member states to exclude temporary employment contracts from the scope of application of the Directive solely on the ground that they relate to temporary employment and the undertaking transferred is a temporary employment business. As regards the second criterion (the *retention of the identity* as an economic entity) the Advocate-General considered that the economic entity had retained its identity. The Advocate-General supported himself in the consideration that the personnel that had been transferred to *PPS* continued to perform exactly the *same tasks* in *PPS* that they had been performing in *Mayer*. They also continued to work for the *same clients* they had been seconded to. This led the Advocate-General to conclude that the entity transferred had retained its identity. As regards the third criterion (the existence of a *legal transfer*) the Advocate-General concluded that there had been a transfer because the identity of the person responsible for carrying on the business – which was the criterion put forward by the ECJ in his view to determine whether there had been a transfer – had changed; whereas Mr. and Ms. S were carrying on the business under *Mayer* they continued to perform the same business under a





distinct legal entity: *PPS*. Whereas the employees were working for *Mayer* they took on new employment contracts with a distinct legal entity: *PPS*. This is even more so if we consider that the date of the commencement of the insolvency proceedings in respect of *Mayer* coincided with the date of the transfer of its business. Therefore there was an operation to rescue the profitable part of an existing business.

This led the Advocate-General to conclude that the employees could be considered as an undertaking and that there had been a transfer of undertaking at the light of the Directive on ToU, with all the consequences entailed in this legal instrument.

### (3) Decision of the ECJ

As regards the concept of *legal transfer*, the ECJ started by declaring that it had previously ruled that the concept of legal transfer enunciated in Art.1(1) of the Directive on ToU must be interpreted in a flexible manner having in mind the final objective of the Directive on ToU, which is to ensure the continuity of the employment relations within an economic entity irrespective of a change in ownership. The flexible interpretation is particularly important as regards the form that the legal transfer must take; it is sufficiently open to cover both express agreements (written or oral) and tacit agreements (resulting from aspects of practical cooperation which imply a common intention to make such a change). The ECJ then proceeded to stress that within the facts of the case it was evident that the employees were taken on in the course of collaboration between *Mayer* and *PPS*, who essentially shared the same directors, which enabled *PPS* to start up an identical activity; the mutual cooperation between *Mayer* and *PPS* rendered it possible for *PPS* to carry out the same activity for the same clients and largely using the same employees who had previously worked for *Mayer*. In these circumstances it seems obvious that there was cooperation between both undertakings with the purpose of transferring assets from *Mayer* to *PPS* (paragraph 26). The ECJ then enigmatically concluded that the absence of an express agreement between *Mayer* and *PPS* did not preclude the existence of a transfer in the event that there was an economic entity transferred from one undertaking to the other (paragraph 27).

The next step was to identify whether the employees transferred constituted an *economic entity*. The ECJ started by declaring that a stable economic entity does not need to have significant

tangible or intangible assets; in certain economic sectors, the labour force is the most important asset of the undertaking and is thus capable of constituting by itself the economic entity (paragraph 32). The ECJ stated that this was the case with temporary employment agencies. Art. 2 (2) (c) of the ToU Directive specifically declared that temporary employment relationships fell under the regime of the Directive. The ECJ believed that the special reference meant that the special characteristics of the temporary employment agencies had to be taken into account when analysing the taking over of such relationships. The temporary employment business is characterised by the temporary assignment of employees to user undertakings in order that they may carry out a diverse range of tasks according to the needs and instructions of those undertakings. The pursuit of that task requires merely (1) an administrative structure capable of organising the assignment of workers and (2) a grouping of temporary workers who are capable of integrating in the user undertakings and of carrying out the tasks required of them. The workers of the temporary employment agency are its essential assets, without whom the undertaking would not be able to perform its economic activity. The fact that they are linked to the transferor by an employment relationship and are remunerated by him directly merely serves to confirm their connection to the business of the transferor and their contribution to the existence of an economic entity within it.

This led the ECJ to conclude that a single grouping consisting of management personnel, temporary workers and know-how can pursue an objective of its own, namely the provision of services consisting in the temporary assignment of workers to user undertakings in return for remuneration. Such a grouping can consist in an economic entity that can operate without resource to other significant assets or to other parts of the transferor. Then it left to the referring Court to decide whether the personnel in question fulfilled these criteria.

### (4) Commentary

This is an interesting ruling because the ECJ had the opportunity to restate and clarify the previous and extensive case law that has been emanating in the subject of the transfer of undertakings and apply it to the particular situation of the temporary work agencies. In my view, the specificities of the industry and of the ruling in particular influenced to a great extent the application that the ECJ made of the criteria set out in its previous case law to the concrete situation. I will begin by iden-





tifying the situation at stake and comment on the assumptions of the ruling.

The subject matter of the transfer of undertakings is currently regulated in Directive 2001/23/EC. This Directive provides that where there is a transfer of an economic entity that retains its identity between two distinct employers, the acquirer of the business must respect the terms and conditions of employment to which the former employer was bound (Artt. 1 and 3). This Directive was not the first regulation on the subject matter though. The first regulation was contained in Directive 77/187/EEC; this regulation was subsequently modified by Directives 98/50/EC and 2001/23/EC in order to transpose into the text of the regulation the strongly creative case law that the ECJ extracted from it. It is well documented in the literature that the ECJ emanated a particularly inventive case law in the subject matter of the transfer of undertakings, providing the Directive 77/187/EEC with a reach that it was not evident from the reading of the wording of the text.<sup>3</sup> This is a very important ruling because the facts of the case represent a very common situation (the closure of a company followed by the setting up of a new one to which part of the personnel are transferred) that is not exclusive of the temporary employment agency industry and because the ECJ had an opportunity to restate and clarify its former case law on the subject matter of the transfer of undertakings.<sup>4</sup>

The Advocate-General and the ECJ agreed as to the preconditions for the Directive on the ToU to be applied, namely (1) the existence of an economic entity, (2) the retention of the identity of the economic entity and (3) the existence of a legal transfer. It is useful to review each one of these preconditions in detail and set it out within the broader context of the case law of the ECJ.

As regards the first precondition (the existence of an economic entity) I believe that one can safely say that the concept of economic entity is the core concept of the Directive. The case law of the ECJ has made it a sufficiently wide concept to cover all possible situations capable of fitting within the prescriptions of the Directive, going beyond the simple enunciation of «business, undertaking or part of business or undertaking» set out in the title of the Directive. The ECJ has consistently defined economic entity as «organised grouping of persons and assets, sufficiently structured and autonomous, enabling the exercise of an economic activity that pursues a specific objective and is not limited to the performing of one specific works contract» (paragraph 31 of the ruling); it seems

therefore that there are two distinct elements in its definition: an *organisational element* (organised grouping of persons and assets, sufficiently structured and autonomous) and a *functional element* (enabling the exercise of an economic activity that pursues a specific objective and is not limited to the performance of one specific contract).<sup>5</sup> As regards the matter at stake (temporary employment agencies) the ECJ simply restated its previous case law that considered employees to be the essential element of the undertaking in some activities. The statements of the ECJ contained in paragraphs 32-37 are illustrative in this aspect. The ECJ stated in those paragraphs that «Such an entity need not have significant tangible or intangible assets [because] in certain economic sectors those assets are often reduced to their most basic and the activity is essentially based on the labour force» (paragraph 32), which is particularly the case of temporary employment businesses because «Those workers are nonetheless essential assets, without which the temporary employment business would, by definition, not be capable of performing its own activity» (paragraph 36). Therefore the ECJ declared that the temporary employees essentially compose the economic entity in the temporary employment business and that the organised grouping of these employees was capable of being transferred to another temporary employment business.

This reasoning comes in a line of cases in which the ECJ has been protecting labour intensive activities by means of the Directive on ToU with a variable extension. The protection afforded by the case law of the ECJ reached its peak with the ruling *Christel Schmidt* (C-392/92). *Christel Schmidt* concerned a situation in which a bank agency employed a person to perform the cleaning services. The agency decided to hire a cleaning company to perform those services and dismissed *Christel Schmidt*. The company offered *Schrstel Schmidt* a new employment contract containing a reduction in hourly pay. The ECJ decided that there had been a transfer of an undertaking because in the absence of material goods for the undertaking to function it is enough that one person performs the work for a transfer of undertaking to occur. However, the ECJ decided to review its very far-reaching decision set out in *Christel Schmidt* to a narrower interpretation in *Ayse Süzen* (C-13/95) and *Carlito Abler* (C-340/01). The former case concerned a situation similar to *Christel Schmidt* but the ECJ decided that the mere succession of an activity cannot amount to a transfer of an undertaking and there is a need for the transfer of sufficient assets (tan-





gible or intangible) and the reemployment of a significant part of the former workforce for the transfer to occur. The latter case concerned a situation in which a hospital terminates the contract that it had adjudicated to a catering company in order to hire a new one. The new catering company did not take any of the tangible or intangible assets of the former company. The ECJ decided that the application of the Directive on ToU depended on the transfer of assets for one company to the other, implying that catering services were not labour intensive services.

A question arises on how to frame this ruling within the case law of the ECJ. I mentioned in the former paragraph that the ECJ has been narrowing the protection given to *labour intensive activities* in *Christel Schmidt* by means of the rulings *Süzen* and *Abler*, in which the ECJ decided that the transfer of the undertaking depended on more substantial elements, such as assets and a significant part of the personnel. The ECJ decided in this ruling that the temporary employees were essentially the assets of the undertaking because, by definition, a temporary employment agency cannot function without its employees. I question whether a cleaning service or a catering service can function without its employees or whether the persons making it are irrelevant for the customer? Why was the ECJ more demanding in *Süzen* and *Abler* than here? It seems to me that the ECJ was guided essentially by a casuistic reasoning taking into account the characteristics of the business and the situation at stake. Firstly, the temporary employment businesses normally do not need more than one person to manage the contracts and serve as the «employer» that leases the workforce to user undertakings. Secondly, it is normal that managers (particularly in the temporary employment business) decide to set up new companies, transfer the relevant personnel into those companies and let the former company to die in order to evade the regulations on collective redundancies.<sup>6</sup> This was precisely the situation at stake here and the ECJ seems to have wanted to protect the temporary employees (who are precarious employees by definition) by means of the Directive on ToU. This can be seen particularly in paragraph 34 of the ruling, in which the ECJ stated that «in the absence of an identifiable organisational structure of the temporary employment business, an analysis should take account of its *special characteristics* rather than aim to establish whether an economic entity exists at the level of its organisational structure»; the special characteristics are the *absence of a stable or-*

*ganisational structure* and the integration of the employees in the undertakings of the user of temporary labour, making it necessary to be careful when applying the former case law to the situation at stake. One can object that the same thing may be said of cleaning services; however, in *Süzen* and *Adler* the situation consisted in a *succession of activity* and in this case we are essentially dealing with a *disguised redundancy*. On the other hand, it was evident from the facts of the case mentioned by the referring court that another company had bought *Mayer* in the course of the insolvency proceedings; therefore, the 25 employees transferred who had not received their wages were the only ones in need of protection. This seems to have influenced the judgement of the ECJ particularly as regards their classification as part of an undertaking; the whole of the employees of *Mayer* did not claim to have been transferred but only 25. The ECJ achieved the protection of these 25 employees by applying the Directive on ToU.

As regards the second precondition (the retention of the identity of the economic entity) the ECJ and the Advocate-General were also in agreement as to the need for the economic entity to continue to exist following the transfer. As I demonstrated above, the Advocate-General considered that the transfer depended on the retention of the identity of the undertaking following the transfer (paragraphs 36-39 of the opinion). This *retention of the identity* consists in the maintenance of the existence of the economic entity as an organisational and functional unit established on a permanent basis in the undertaking of the acquirer, which will be the case in particular when the transferee resumes the activities previously carried out. The ECJ took over the idea of the Advocate-General and simply stated that «The decisive criterion for establishing the existence of a transfer within the meaning of that Directive [on the ToU] is therefore whether the entity in question retains its identity, as indicated inter alia by the fact that its operation is actually continued or resumed» (paragraph 23). Both the Advocate-General and the ECJ quoted some previous rulings of the ECJ (*Spjkers*, C-24/85, paragraphs 11 and 12; *Rygaard*, C-48/94, paragraph 15; *Süzen*, C-13/95, paragraph 10 and *Güney-Gorres and Demir*, C-232/04 and 233/04, paragraph 31) in support of its opinion. The ECJ consistently stated in these rulings that «a transfer of an undertaking (...) does not occur merely because its assets are disposed of. Instead it is necessary to consider, in a case such as the present, whether the business was disposed of as a going concern, as could be





indicated, inter alia, by the fact that its operation was actually continued or resumed by the new employer with the same or similar activities» (*Spijkers*, paragraphs 11 and 12). The ECJ adopted a very realistic posture in this aspect considering that the national court should take into account a number of factors – such as the transmission of tangible or intangible assets, know-how, the number of workers transferred, the similitude of the activities exerted before and after and the identity of the clients, just to provide a few examples – and evaluate them in accordance with the activity in question in order to determine whether the economic entity had retained its identity. The fulfilment of the criterion of the retention of the identity did not provide any special difficulties in the situation at stake because the employees continued to perform the same functions to the same users of temporary labour; only the legal employer was new. Therefore, having identified the existence of an economic entity as referred above (in contrast to the previous rulings in *Süzen* and *Adler*) the retention of its identity did not offer any special difficulties.

The final precondition for the Directive to be applied consists in the concept of legal transfer. The Advocate righteously stressed that the legal transfer did not depend on a contractual link between the transferor and the transferee being sufficient that there is a change in the person responsible for carrying on the business. The ECJ went in accordance with the opinion of the Advocate-General, although with a formulation that carries initially some doubts. The ECJ stated in paragraph 25 of the ruling that the concept of legal transfer that it adopted in its previous case law was sufficiently wide to cover both express agreements and tacit agreements (resulting from cooperation) between the transferor and the transferee. If one reads this paragraph disregarding the previous case law, one is tempted to conclude that there is a need for some form of cooperation between transferor and transferee for the transfer to occur. That could not be further from the truth because the ECJ has persistently stated that the most important criteria are the existence of an economic entity that retains its identity, independently of the form by

means of which the change in the ownership occurred. Therefore, paragraph 25 of the ruling should be read as meaning that the concept of legal transfer is so wide that it is even capable of covering both express and tacit agreements, not excluding other forms of transmission of the economic entity that are independent of any agreement between the transferor and the transferee (such as when the transferee simply hires the majority of the staff of the undertaking after they are made redundant by the transferor).

One can conclude that this ruling restated the preconditions set out in the previous case law on the transfer of undertakings and applied them to the special situation of the temporary employment agencies. The specificities of the case seem to have influenced the decision to some extent, especially considering the previous case law on the transmission of labour intensive activities. However, the most important thing was that it opened a precedent for the protection of temporary workers, who are by definition workers in a very precarious position.

<sup>1</sup> Researcher at the European University Institute, Florence. Comments and suggestions are more than welcome. Please email me to Bruno.Mestre@eui.eu / brunomestre@gmail.com.

<sup>2</sup> This nomenclature – economic entity – has been adapted as the text of the Directive by Directive 2001/23, which revised the first and second Directives on the ToU (Directives 77/187/EEC and 98/50/EC) with the purpose of adapting them to the case law of the ECJ.

<sup>3</sup> See for the case law and abundant literature *Gomes*, A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimento: inflexão ou continuidade?, in: Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, [2001] pp. 481-525; see also *Santoro Passarelli*, «La nozione di azienda transferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale», in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, [2001] p. 575 et seq.

<sup>4</sup> The question of the transfer of undertakings and the preconditions set out in the case law of the ECJ for its application have been extensively analysed by a Portuguese scholar named *Julio Vieira Gomes*. For excellent analyses of this case law see *Gomes*, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora [2007] pp. 808-835.

<sup>5</sup> *Gomes* [2007] op.cit., p. 810.

<sup>6</sup> This situation has been very well illustrated by *Gomes* [2007] p. 814.



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis

---

Publicado em *European University Institute – Department of Law*,  
EUI Working Paper LAW N.º 2008/20.

**Bruno Mestre**

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



# EUI Working Papers

LAW 2008/20

The Right of the Employee to Refuse to be Transferred.  
A comparative and theoretical analysis

A.-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo,  
B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE  
DEPARTMENT OF LAW

*The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred*  
*A comparative and theoretical analysis*

**A.-C. HARTZÉN, N. HÖS, F. LECOMTE, C. MARZO,  
B. MESTRE, H. OLBRICH, S. FULLER**

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Law Department of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1725-6739

© 2008 A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller

Printed in Italy  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy

<http://www.eui.eu/>  
<http://cadmus.eui.eu/>

## **Abstract**

This paper aims at assessing the right of employees to refuse to have their contracts of employment transferred within the framework of the transfer of undertakings Directive. A transnational as well as a theoretical analysis is proposed. Beyond the comparison of the implementation of this Directive within six European countries, the elements of contractual, constitutional and labour law that have framed the diverging interpretations of the Member States are listed. As a conclusion, hints are given as to the possible legal evolution of the worker's right to refuse to be transferred.

## **Keywords:**

Transfers of undertakings - right to object - right to refuse - right to work - Europe - international labour standards - comparative law - European Community Law - labour law

# *The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred. A Comparative and Theoretical Analysis\**

A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre,<sup>α</sup>  
H. Olbrich<sup>β</sup>, S. Fuller<sup>γ</sup>

## 1. Introduction

We have recently marked the 30<sup>th</sup> anniversary of the Council Directive of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses.<sup>1</sup> It seems to be a good moment for reflection and analysis of developments up to this day as well as questions relating to the future application of the Directive. The Transfer of Undertakings Directive can, at the age of 30, still be considered fairly young, but national regulations governing situations that fall under the Directive are, regardless of this, differing in age, development and implications. The purpose of this paper is to analyse this variety of national regulations by focussing on the right of the employee to refuse<sup>2</sup> to have the contract of employment or employment relationship<sup>3</sup> transferred.

---

\* Paper presented in the framework of the EUI Social Law Working Group. This article summarizes the papers presented at a workshop that took place at the EUI on 24 April 2007. We would like to thank Professor Favennec-Hery and Professor Moreau for their kind participation, and Professor Moreau for her support of the initiative.

<sup>α</sup> PhD candidates, European University Institute (EUI), Florence.

<sup>β</sup> PhD candidate and graduate assistant, University of Heidelberg.

<sup>γ</sup> B.P.P., London.

<sup>1</sup> The Directive and its amendments will be referred to as the Transfer of Undertakings Directive or simply the Directive.

<sup>2</sup> This option of the employee, in the event of the transfer of their employment relationship, has been given various labels in the academic literature. It seems that the verbs “object”, “oppose” or “refuse” are more or less the most commonly used to describe this phenomenon. However, this inconsistency is also noticeable in the case law of the European Court of Justice (hereinafter ECJ), which has not yet chosen between these different terms. One may note that the *Katsikas case* (( ) mentions the right to object, while the *Temco case* ((2002b) European Court of Justice, *Case C-51/00. Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen and Others*. 01-24-2002 ECR I-00969.) states the right to refuse. Having in mind the wording of the German deposition on this issue, it is plausible that the terminology used by the ECJ is only repeating the wording used in the question addressed to the ECJ. These terminologies could be considered synonymous. However, the first two, i.e. object and oppose, might be understood as implying an act or an expression of resistance (like a conscientious objector). “Refuse” might rather signify that the worker is not willing to accept or has declined, through her/his silence, the proposition of being transferred. Furthermore, these words are used differently in various national contexts. For the purpose of this paper, it appears to us that the consistent use of the terminology “refuse” is preferable (For the French point of view on this see BAILLY, P. (2003) *Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise? Dr. Soc.*, p. 474-481, JEAMMAUD, A., CHAGNY, Y. & RODIÈRE, P. (2007) *Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail? Revue de droit du travail*, 216-221.). See also GOMES, J. (2007) *Direito do Trabalho*, Coimbra.

<sup>3</sup> In the Directive both terms are used, but due to the slightly broader conception of the employment relationship we will use this unless a more narrow meaning is intended.

For this analysis the most interesting factors for our purposes are the underlying concepts or ideas within the national legal systems<sup>4</sup> that set the prerequisites for how rights and obligations adhering to an employment contract can be framed. A simple comparison of different European systems shows how one Directive can be implemented and understood in different ways. This study exemplifies the differences by comparing a sample of countries: United Kingdom, France, Hungary, Portugal, Germany and Sweden.<sup>5</sup> A descriptive method aimed at establishing differences and similarities in order to synthesize and reach general analytical conclusions. The basic role of labour law, contract law, the implementation of EU law in domestic legal orders and fundamental and constitutional rights for workers all are concepts or ideas of importance for such an analysis; the approach taken in the definition of such concepts and ideas will have an impact on how rights and obligations adhering to an employment contract can be framed.

The differences between the Member States' national regulations are related to different factors, such as the date of accession to the EU, or the different social and economic context in which the rules on the transfer of undertakings had to be applied. On the other hand, there are some national systems that had regulations concerning employees' rights in situations of business transfers long before the Directive was adopted and even long before the establishment of the European Social Charter (Revised) (hereinafter ESCR). With reference to the Transfer of Undertakings' Directive the specific issue of the right of an employee to refuse to be transferred can serve to highlight these fundamental concepts within the labour law systems of the Member States. This comparative and theoretical analysis might not only contribute to a reflection of a single Member State's system, but it might also help provide better understanding of the regulations in other Member States which is becoming particularly important as the transfer of a business is, regardless of the nationality of the transferee, governed by the domestic regulations in force at the place of the registered seat of the business taken over.

Arguments in favour of or in opposition to the implementation of the employee's right to refuse to a transfer of the employment contract are derived from various ideas. We have identified what can be considered the key questions in this debate: some are closely linked to contract law, the contractual autonomy of the parties and the perception of the employment contract as being or not being personal for the parties, i.e. *intuitus personae* for the employment contract parties; other questions are related to fundamental rights of workers, such as the right to work, the right of the workers to freely choose whom they wish to work for, the worker's right not to be subject to forced labour and the right to protection against unfair dismissal, which includes the right to protection in the event of dismissal<sup>6</sup> and the right not to be dismissed without a valid

---

<sup>4</sup> The countries concerned are France, Germany, Hungary, Portugal, Sweden and the UK. We have chosen these countries since they represent various models of labour law systems as well as countries with a varying length of membership in the EU. In addition we are also sure to have good insight and understanding of each of these countries' labour law systems as for each country at least one of the authors is of that nationality.

<sup>5</sup> For this purpose, it is interesting to note that the national analyses were made by nationals of these different countries: A-C. Hartzén is Swedish, N. Hös is Hungarian, F. Lecomte and C. Marzo are French, B. Mestre is Portuguese, H. Olbrich is German, S. Fuller is English.

<sup>6</sup> For example appeal, compensation or damages.

reason. This right is linked to the implementation of the right to information and consultation within the company. Additionally, the ambivalence of labour law,<sup>7</sup> having the role of promoting both employment stability and labour market flexibility at the same time, will also be of importance when assessing the need for the worker's right to refuse the transfer of the employment contract.

This paper aims to develop a conceptual framework analysing the reasons for the existence or non-existence of the right to refuse in various Member States in order to explain how the different answers to the identified key questions can affect the nature and content of this right. As possibilities for implementing the right to refuse to transfer the contract of employment have been elaborated in the case law of the ECJ, we will first provide an explanation of the requirements developed by the ECJ, an explanation that will serve to clarify the possibilities available for the Member States and provide a more rigorous structure for the comparative analysis of the national regulations which follows.

## **2. Member States' competence in the light of the ECJ's interpretation**

### **2.1. The ECJ case law**

The 1977 Directive does not give an answer as to the existence of a right to refuse. It was slightly amended in 1998<sup>8</sup> in order to include some evolution of the case law relating to transfer of undertakings and it was finally codified in 2001<sup>9</sup>, but there were neither major changes nor statements about the employee's right to refuse to a transfer. The ECJ had already clarified the following matters in its previous case-law: (1) The transfer takes place *ope legis*,<sup>10</sup> regardless of the will of the transferor and the transferee;<sup>11</sup> (2) the transferor is discharged of his obligations even if the employee does not consent;<sup>12</sup> and (3) the transfer, once decided, cannot be prevented by either party,

---

<sup>7</sup> PÉLISSIER, J., SUPLOT, A. & JEAMMAUD, A. (2006) *Droit du travail*, Paris, Dalloz, JEAMMAUD, A. (2005) Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT, 41.

<sup>8</sup> (1998d) Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses OJ L 201 , 17/07/1998, p. 88-92.

<sup>9</sup> SIGEMAN, T. (2001) *Arbetsrätten*, Stockholm, Norstedts juridik.

<sup>10</sup> i.e. by operation of law

<sup>11</sup> (1996) European Court of Justice, *Case C-305/94. Claude Rotsart de Hertaing v J. Benoidt SA, in liquidation and IGC Housing Service SA*. . 14-11-1996 ECR I-05927.

<sup>12</sup> After the date of transfer and by virtue of the transfer alone, the transferor is discharged from all obligations arising under the contract of employment or the employment relationship, even if the workers employed in the undertaking did not consent or if they object. This obligation is subject, however, to the power of the Member States to provide for joint liability of the transferor and the transferee after the date of the transfer §22K: (1988b) The European Court of Justice, *Joined cases 144 and 145/87. Harry Berg and Johannes Theodorus Maria Busschers v Ivo Martin Besselsen*. 05-05-1988 ECR 2559. ECR 2559, paragraph 14.

thus an employee cannot waive the rights conferred upon her/him.<sup>13</sup> However, there is academic discussion as to whether the Directive and the case-law of the ECJ admitted that the employee could refuse to have his/her contract transferred, as in German law, or whether they committed the employee to follow the fate of the undertaking, to which he is inextricably bound, as in the French system.<sup>14</sup>

For a while it seemed as if the ECJ recognised the right to refuse, as can be seen in the *Danmols Intervar* case where the ECJ stated that “*the protection which the Directive is intended to guarantee is redundant where the person concerned decides of his own accord not to continue the employment relationship with the new employer after the transfer. In that situation, article 3(1) of the Directive does not apply.*”<sup>15</sup> The underlying situation was, however, very specific: the ECJ dealt with the question whether an employee who was dismissed by a company, then had bought the same company with the intention of continuing the business, but making himself redundant, should be considered as a worker for the purpose of the Directive. The ECJ answered in the negative and, as shown, based its argument on the right to refuse. Nevertheless, what can be considered as the ECJ’s key case on the employee’s right to refuse to transfer is the *Katsikas* case: The

“Directive [...] cannot be interpreted as obliging the employee to continue his employment relationship with the transferee. Such an obligation would jeopardize the fundamental rights of the employee, who must be free to choose his employer and cannot be obliged to work for an employer whom he has not freely chosen.”<sup>16</sup>

When reading the *Katsikas* case the first impression is that the right to refuse is to be granted to employees as it is said that “the Directive cannot be interpreted as obliging the employee to continue his employment relationship with the transferee.”<sup>17</sup>

It could have led to the conclusion that

---

<sup>13</sup> The protection provided by the Directive is independent of the will of the parties to the contract of employment. So, *an employee cannot waive the rights conferred upon him by the mandatory provisions of the Directive even if the disadvantages resulting from his waiver are offset by such benefits that, taking the matter as a whole, he is not placed in a worse position.* The reason given is that the protection of the worker is a matter of public policy. The Directive sought to afford employees protection, which was independent of the will of the parties to the contract of employment. The rules of the Directive were to be considered to be mandatory.

*Nevertheless, the Directive does not preclude an agreement with the new employer to alter the employment relationship, in so far as an alteration is permitted by the applicable national law in cases other than the transfer of an undertaking. As a result, the contract can be modified IF it is not a case of transfer AND national law allows for it.* §25 K : (1988a) European Court of Justice, Case 324/86. *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S*. 10-02-1988 ECR 00739., paragraph 15.

<sup>14</sup> DAVIES, P. (1993) Transfers Again: Contracting Out and the Employee's Option. *Industrial Law Journal*, 151-153.; GRATANI, A. (1993) L'impresa viene trasferita, la tutela del lavoratore resta *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 93-94.

<sup>15</sup> §30 of the *Katsikas* case, referring to paragraph 16 of its judgment in (1985b) European Court of Justice, Case 105/84. *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation*. 11-07-1985 ECR 02639.

<sup>16</sup> (1992b) The European Court of Justice, *Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*. 16-12-1992 ECR I-6577., paragraphs 31, 32.

<sup>17</sup> *Ibid.* paragraph 31.

“Article 3(1) of the Directive does not preclude an employee from deciding to object to the transfer of his contract of employment or employment relationship and hence deciding not to take advantage of the protection afforded him by the Directive.”<sup>18</sup>

However, the conclusion was slightly different as

“it follows that, in the event of the employee deciding of his own accord not to continue with the contract of employment or employment relationship with the transferee, the Directive does not require the Member States to provide that the contract or relationship is to be maintained with the transferor. In such a case, it is for the Member States to determine what the fate of the contract of employment or employment relationship should be”<sup>19</sup>

Worth noting when discussing the *Katsikas* case is that this was a German case by which the national court sought to establish whether the German legislation granting workers the right to refuse was in accordance with the Directive. However, lawyers in different Member States received this statement in astonishingly divergent ways. For example in Germany, Sweden and the UK it was interpreted as essentially saying that the fundamental rights of the Community called for a right of the employee to refuse to transfer, whereas the Member States are free to choose the legal consequences of exercising such a right. Whilst in other Member States like Portugal and Hungary the passage was understood as not answering the question directly but giving Member States a choice as to whether or not to implement the worker’s right to refuse to be transferred in the national legal order and how to shape the legal consequences of the exercise of this right. Even though this interpretation might lead to the impression that the Member States have a certain amount of freedom when implementing the Directive, the aim of the Directive, i.e. safeguarding the interests of workers, will be sufficiently ensured regardless of the choices of the Member States. It is a vital concern of workers to be able to keep similar employment to that they used to have.

This ambiguity in the ECJ decision has caused varying interpretations in the national legal order. One explanation for this – apart from the Member States not being willing to let the ECJ interfere with their legal system that has evolved over time – might be that the focus when interpreting the *Katsikas* case is different: while the German view is primarily based on the passage cited above, the alternative interpretation rests on the following paragraph of the same case:

“In the event of the employee deciding of his own accord not to continue with the contract of employment [...] with the transferee, [...] it is for the Member States to determine what the fate of the contract of employment or employment relationship should be.”<sup>20</sup>

## ***2.2. The implementation of the Katsikas case and the fate of the employment relationship***

Following this decision, the Member States have chosen either explicitly or implicitly to implement the ruling in the case. On the basis of our case studies there are generally three options for the contracting parties: the non recognition of such a right (2.2.1);

---

<sup>18</sup> *Ibid.* paragraph 33.

<sup>19</sup> *Ibid.* paragraph 35.

<sup>20</sup> (1992b) The European Court of Justice, *Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*. 16-12-1992 ECR I-6577. paragraph 35.

resignation (2.2.2) and the maintenance of the contract of employment with the transferor (2.2.3). As we will see, however, these categories are not so clear cut in some cases.

### 2.2.1. *The non-recognition of the right to refuse*

France and Portugal chose this solution. These two countries, which already had quite similar approaches, implemented the Directive by maintaining the contract of employment. The same legal policy was chosen by more recent Member States such as **Hungary**.

In **Portugal**, legislation and case-law have persistently refused to recognise a *right to opposition*<sup>21</sup> on grounds of political economy. Portuguese labour law relating to the transfer of undertakings is dominated by the so called *theory of the enterprise*, according to which workers are part of the assets of the undertaking rather than party to a labour contract. The main focus of the legislation is not to protect the interests of the workers – although they might indirectly benefit – but to protect the integrity and commercial value of the undertakings, which could be endangered in the event that workers refused to be transferred. The only option of the worker that is recognised is to terminate the labour contract, an option that is available to him or her at all times.<sup>22</sup>

In **France** the question has been raised a bit differently. Adopted in 1928 and unchanged since, Art. L. 122-12 of the labour code states that

“the transferor’s rights and obligations arising from the contract of employment or the employment relationship existing on the date of the transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee”<sup>23</sup>

and is considered as the transposition of the Directive. It imposes on both parties the continuation of the employment relationship with or without their consent.<sup>24</sup> For the *Cour de Cassation*, the question has always been “is our interpretation compatible with the one the ECJ adopted”? Based on the ambiguity of the *Katsikas ratio*, the answer has always been that the fundamental freedom of the worker is respected as (s)he still has the freedom to resign if (s)he refuses to work for the transferee.<sup>25</sup> So if a choice were to be identified, it would consist of not implementing a right that would allow the worker to remain at the service of the transferor.

---

<sup>21</sup> Translation from the author.

<sup>22</sup> For the portuguese case-law see the extensive work of Julio Gomes GOMES, J. (1996) O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJ das CCEE em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art.37º da LCT e a Directiva 77/187/CEE *Revista de Direito e Estudos Sociais*. See also LOBO XAVIER, V. D. G. (1986) Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art.37º da LCT. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXVIII. ; ABRANTES, M. C. (1989) *A transmissão do estabelecimento comercial e seus efeitos no contrato de trabalho*, Coimbra. ; ABREU, J. C. D. A. (1982) *A empresa e o empregador no Direito do Trabalho*, Coimbra.

<sup>23</sup> The forthcoming new labour code will contain the same provision, with the same wording, at Art. L. 1224-1.

<sup>24</sup> BAILLY, P. (2007) L'actualité de l'article L. 122-12. *Semaine Sociale Lamy*, 1290, 7-11.

<sup>25</sup> *Ibid.*; JEAMMAUD, A., CHAGNY, Y. & RODIÈRE, P. (2007) Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail? *Revue de droit du travail*, 216-221.

Another example of the implementation of this option is **Hungary**. The labour law consequences of business transfers are perceived as an automatic modification of the contract of employment, since the identity of one of the parties to the agreement changes as a legal consequence of a transfer of an undertaking.<sup>26</sup> However, in contrast to the general rules on the modification of the labour contracts the consent of employees is not required since the contract of employment will be automatically maintained without any changes in terms and conditions by the transferee.<sup>27</sup> In order to better understand this approach of the Court it is worth going back to the time when the rules on the transfers of undertakings were adopted in Hungary. Given the lack of any statutory provisions in the first Labour Code after the end of communism, the Supreme Court introduced the rules on the transfers of undertakings by its case law and through the interpretation of the existing provisions of the Labour Code in the early 1990s. In order to preserve a consistent interpretation of the law, the then Labour Law Chamber of the Supreme Court published the so-called Resolution Nr. 154, which followed, to a certain extent, the provisions of the Directive 77/187/EEC.<sup>28</sup>

The most important change was the recognition of the automatic transfer of the employment relationships to the new employer. The Court relied on the general rule that the contract of employment terminates automatically only by the cessation of the employer without a legal successor. Hence it followed, if the identity of the employer changed due to the transfer of an undertaking, the new employer could be considered to be a legal successor of the former. This approach was acceptable in the early 1990s when job security and the protection of the acquired rights of the workers during the process of privatisation was a priority of labour law regulation. Consequently, the right of the worker to refuse the automatic transfer of the employment relationship was not established. Although the right to refuse was not recognized during the implementation of the Directives into Hungarian law, several commentators referred to the German *Widerspruchsrecht* and pointed out that it could provide a more favourable treatment for the workers. Kiss emphasized the constitutional importance of the right to refuse, namely that it is based on the right to human dignity in Germany. He highlighted that the right to refuse does not provide an absolute job security for the worker, rather the employee might enjoy a more favourable protection in the case of termination of the

---

<sup>26</sup> The change in the identity of the employer is an *exception* to the general rules on the modification of the employment contract. This is indicated by the fact that we find the rules on the transfers of undertakings in Chapter III of the Labour Code laying down the rules on the modification of contracts. HAGELMAYER, I. A. S., DR. SEBESTYÉN KATALIN (1999) *A gazdasági társaságok, az egyesülés és közhasznú társaság munkajogi kérdéseinek új szabályai*, Budapest, Agrocent Kiadó. Under s85/A of the Labour Code the rules on the transfers of undertakings appear under the following heading: 'changes in the identity of the employer by legal succession'. For an introduction to the Hungarian rules on the transfers of undertakings see KISS, G. (2005a) *Munkajog*, Budapest, Osiris, BERKE, G. (2001a) *A munkavállalói jogok védelme a munkáltató személyében bekövetkező változások esetében* IN KISS, G. (Ed.) *Az Európai Unió Munkajoga*. Budapest Osiris Kiadó.

<sup>27</sup> Court Reports (Bírósági Határozatok) – (1997) *BH 1997/3/153*. Court Reports (Bírósági Határozatok) ; *BH 1995/7/434* (1995) *BH 1995/7/434*. Court Reports (Bírósági Határozatok) ; (1998c) Supreme Court, *LB Mfv. I. 10. 161/1998*. unpublished ; For an extensive overview on the recent case law of the Supreme Court see RADNAY, J. (2004) *A munkáltatói jogutódlás kérdései. Gazdaság és Jog*, Vol. 2., pp. 17-22.

<sup>28</sup> The Resolution was adopted on the 26 of November 1992 and it was published in the Court Reports (Bírósági Határozatok) (1993c) *BH 1993/1*. Court Reports (Bírósági Határozatok) The Resolution, however, was only binding on the Supreme Court itself.

employment relationship.<sup>29</sup> According to Berke the recognition of the right to refuse can be explained by the strong protection of private autonomy in Germany. Autonomy is valued to the extent that it is protected even though the worker might risk the termination of the employment relationship by the exercising his/her right to refuse.<sup>30</sup>

### 2.2.2. *The refusal considered as a resignation*

“The worker that refuses is considered as having resigned and loses all the rights (s)he was entitled to.”<sup>31</sup> This is the current legal understanding in **France** of the *Cour de Cassation* of a worker’s refusal of being transferred. Instead of asserting that the exercise of the right to refuse is considered as a resignation, we would rather say that refusing the transfer of her/his contract leads, in the French legal system, to classification of this behaviour as a resignation. Though, as Mouly states,<sup>32</sup> it is hardly understandable how a refusal can be interpreted as a manifestation of a will that would imply a resignation. Such conduct is only the manifestation of a will to remain at the services of the transferor, certainly not to resign. The current position of the *Cour*, on the one hand, may seem coherent, according to its general understanding of the question – the right to refuse is not a valid claim – but, on the other hand, it certainly does not make sense since this assigns the termination of the contract of employment to someone who has never manifested such a will. Therefore, we would neither consider this as the exercise of a right to refuse nor admit that it is a way of implementing such a right.

In **Hungary**, there are no special provisions on the fate of the employment relationship if the worker wishes to hinder the automatic transfer of the employment relationship. According to the prevailing view in these cases the employee can resign; however, (s)he is not entitled to a statutory severance payment.<sup>33</sup> This situation would be less detrimental for the workers if the Hungarian legislator had transposed Article 4 (2) of the Directive 2001/23.<sup>34</sup> In this case, if the employee terminated the contract of employment because the working conditions were substantially detrimental after the transfer, the employer would be still responsible for the termination of the contract. Consequently, he would have to pay a severance payment to the worker.<sup>35</sup> Finally, the

---

<sup>29</sup> KISS, G. (1995) A Legfelsőbb Bíróság MK 154. számú állásfoglalása a munkavállalók jogainak és a vállaltok, üzemek és üzemszervek tulajdonosváltása esetén történő megóvásáról szóló 77/187 (EGK) számú Irányelvnek tükrében *Jogtudományi Közlöny*, Vol. 10, pp. 437-450.

<sup>30</sup> BERKE, G. (2001b) A munkajogi jogutódlás. *JURA*, 1, 19-35.

<sup>31</sup> MOULY, J. (2007) Une nouvelle rupture du contrat de travail produisant les effets d'une démission : le refus du salarié de passer au service du repreneur. *Recueil Dalloz*, 472.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> HAGELMAYER, I. A. S., DR. SEBESTYÉN KATALIN (1999) *A gazdasági társaságok, az egyesülés és közhasznú társaság munkajogi kérdéseinek új szabályai*, Budapest, Agrocent Kiadó.

<sup>34</sup> According to Article 4 of the Directive If the contract of employment or the employment relationship is terminated because the transfer involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee, the employer shall be regarded as having been responsible for the termination of the contract of employment or of the employment relationship. See further on this question section 3.1 of the paper.

<sup>35</sup> PRUGBERGER, T. (2001) *Európai és Magyar Összehasonlító Munka- és Közszolgálati jog* Budapest, KJK-KERSZÖV.

parties can also terminate the contract by mutual agreement following the general rules of the Labour Code on termination.<sup>36</sup>

The UK understood the *Katsikas* case as creating an obligation to implement a right to refuse within the national system.<sup>37</sup> It consequently created this right but made sure to empty it of any legal consequence. Thus in an amendment to the original Transfer of Undertakings (Protection of Employees Regulations) (TUPE),<sup>38</sup> it was established that the employee could object and that this would have the effect of terminating the employment contract, but that the employee who objected would not be treated as having been dismissed.<sup>39</sup> This meant that classical notions of freedom of contract were preserved, but provided for no basis for the employee to be able to claim compensation for wrongful dismissal or redundancy payments as a result of the transfer.<sup>40</sup>

Given the consequences of an objection, it was important to clarify what behaviour constituted the exercise of the right to refuse. What precisely is to be treated as an objection was determined by the Employment Appeal Tribunal (EAT) which held that 'object' means an actual refusal to consent to the transfer and that the state of mind must be communicated to either the transferor or the transferee, before the transfer takes place. There is, however, no particular method whereby that state of mind must be brought to the attention of either the transferor or the transferee. It can be by word or deed, or both. The EAT stated that it ought to be possible to distinguish 'between withholding of consent and mere expressions of concern or unwillingness, which may still be consistent with accepting the inevitable'. This means that the mere expression of protest prior to a transfer would not amount to an objection 'unless it is translated into an actual refusal to consent to the transfer which is then in turn communicated to the relevant persons before the transfer takes place'.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> HAGELMAYER, I. A. S., DR. SEBESTYÉN KATALIN (1999) *A gazdasági társaságok, az egyesülés és közhasznú társaság munkajogi kérdéseinek új szabályai*, Budapest, Agrocent Kiadó.

<sup>37</sup> TETHER, M. (1993) *Taking the Lead From Europe – recent developments in relation to business transfers show EC law has not exhausted its potential to influence UK employment rights* Law Society Gazette, 15 Sep, 90 (27). For a discussion of the right to object in a particular employment context see DAVIES, R. (2004) *Contracting Out and the Retention of Employment Model in the National Health Service* Industrial Law Journal 33 (95).

<sup>38</sup> For a discussion of the UK law relating to transfers of undertakings generally see HYAMS, O. (2006) *Employment Aspects of Business Reorganisations*, Oxford, Oxford University Press and DERBYSHIRE, W., HARDY, S. and MAFFEY, S. (2006) *TUPE: Law and Practice*, London, Spiramus.

<sup>39</sup> The current regulations are the Transfer of Undertakings (Protection of Employees) Regulations 2006, which incorporate some of the decisions in the case law discussed below. Regulations 4(7) and (8) establish respectively the right to object and that the exercise of this right is to be treated as a resignation. For a discussion of the most recent regulations see CLAYTON, D. (2006) *TUPE restyled* Law Society Gazette, 16 Mar, 24 and MCMULLEN, J (2006) *An Analysis of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006* Industrial Law Journal 35(2): 113-139., for a more recent analysis on the right to object see MCMULLEN, J (2008) *The 'Right' to Object to Transfer of Employment under TUPE*, 2008 Industrial Law Journal 37(2): 169-177.

<sup>40</sup> For the English law of employment more generally see COLLINS, H. (2003) *Employment Law*, Oxford, Oxford University Press; and the principle practitioner texts *Harvey on Industrial Relations and Employment Law*, London, Butterworths Law, (2007) and WALLINGTON, P. (ED) (2007) *Butterworths Employment Law Handbook*, London, Butterworths Law.

<sup>41</sup> *Hay v George Hanson (Building Contractors) Limited* [1996] IRLR 427

While in normal circumstances, the employee who has exercised his right to refuse will be treated as having resigned, the question arose as to what should happen where the objection came as a response to a negative change in working conditions. It was argued before the Court of Appeal<sup>42</sup> that the wording of the TUPE regulations (subsequently amended), which stated that an objection would not be treated as a dismissal for any purpose, eliminated the worker's right to claim constructive dismissal or wrongful dismissal where he objected because there was a substantial detriment to his employment conditions. The court rejected this argument and made clear that the purpose of the original Directive had been to protect employee's rights on transfer. Thus where there would be a substantial detrimental change as a result of the transfer, the employee could object and have his objection treated as a dismissal.<sup>43</sup> This decision was incorporated into the 2006 Regulations<sup>44</sup> which otherwise made little change to the UK regime.

### 2.2.3. *The maintenance of the contract of employment with the transferor*

This last option differs from the former one to the extent that the exercise of the right to refuse does not automatically lead to the termination of the employment contract, but rather see the employment relationship maintained with the transferor. Even though, as we will see from the examples below, the ultimate consequence of such a refusal might be also a dismissal this option increases the responsibility of the transferor and can provide more protection for the worker.

What is certainly not a choice, but rather a collateral effect, is the statute adopted by the **French** legislator in the event of a transfer of an undertaking to a public entity.<sup>45</sup> Yet, this enables a worker to refuse her/his transfer when it comes to the case of a transfer from a private to a public entity. Despite the ECJ position,<sup>46</sup> the *Cour de Cassation* had refused to admit that the transfer of an undertaking to an administrative entity was among the situations considered by Art. L. 122-12 LC. A special provision had to be adopted in order to include this case among those considered to fall in the ambit of the Directive.<sup>47</sup> It is worded that the transferee shall *propose* a public law contract that preserves the substantial content of the previous private law contract. In the event of a refusal on the part of the worker, the public entity shall dismiss the worker according to general provisions of labour law.<sup>48</sup> In this situation the employee is entitled to refuse to work for the transferee and the former contract is maintained. Thus, 'maintained' here no longer means substituting one employing party for another. In the event of a transfer

---

<sup>42</sup> *Humphreys v Oxford University* [2000] IRLR 183

<sup>43</sup> For a discussion of this case and its implications see MILLER, S. (2004) *Rough Justice, TUPE style* Scots Law Times 3: 13-16 and the uncredited article *Transfer of Undertakings* European Law Monitor 8 (5) (9) 2000.

<sup>44</sup> Regulations (9), (10) and (11).

<sup>45</sup> BAILLY, P. (2007) L'actualité de l'article L. 122-12. *Semaine Sociale Lamy*, 1290, 7-11, BOUBLI, B. (2005) L. 122-12 dissout dans le service public. *Semaine Sociale Lamy*, 1238, 6-9.

<sup>46</sup> (2000) European Court of Justice, *Case C-175/99. Didier Mayeur v Association Promotion de l'information messine (APIM)*. ECR I-07755.

<sup>47</sup> Art. 20 of the Statute n° 2005-843 of 26 July 2005.

<sup>48</sup> *Ibid.* This particular disposition was enacted in order to prevent disputes on the question of which jurisdiction shall be competent to evaluate the legality of the possible dismissal following the refusal.

from a private to a public entity, maintaining signifies that the employer is still the transferor, who will then have the choice either to keep or dismiss the worker.

Since 2003, in **Hungary**, similarly to this French situation, the only case where the Labour Code requires the consent of the employees to the transfer is the case of public sector reorganisations. In these cases there is a change in the legal status of the employer that can be overtly detrimental to the interest of the employees. However, if there is a change in the legal entity of the employer following the transfer of the undertaking or part of it<sup>49</sup> to the public sector, the employment relationships assigned to that part of the undertaking will automatically be terminated. According to the LC, within 15 days of being provided with information about the proposed transfer,<sup>50</sup> the employee has to declare in a written statement whether (s)he consents to the continuation of his/her employment in the public sector. If (s)he fails to do so, it must be considered as if (s)he did not agree to the transfer.<sup>51</sup> Formally speaking, similarly to the French solution, the employer has an obligation to offer a *re-employment* to the worker in the public sector and only if the employer refuses this offer will (s)he be notified about the termination of the relationship, and in this case the employer has to make a redundancy payment.<sup>52</sup>

The **German** system provides a good example of this final approach, since it was this option which had already been chosen by the German legislator before the *Katsikas* case. Indeed, this was the reason that the ECJ developed this model of choice for the Member States. In Germany, the Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht) has acknowledged a right to refuse since 1974 for reasons of private autonomy and fundamental rights of the employee.<sup>53</sup> Nevertheless, the right to refuse was laid down in section 613a para. 6 BGB (German Civil Code) as recently as 2002. This was done in the course of implementing the amendments necessary to comply with the Directive 2001/23/EC.<sup>54</sup> According to this provision, employees are entitled to lodge their objections in writing within the period of one month of receiving the information on the transfer provided by transferor or transferee. The legal consequences in cases of objection have not yet been laid down in a statute but have been elaborated by legal discussion and the case-law of the Federal Labour Court. The right to refuse is considered to be a “right to refuse legal consequences”<sup>55</sup> of a transfer of business set up

---

<sup>49</sup> Under the part of the undertaking the Labour Code lists the transfer of an organisational unit, material or immaterial assets, a certain group of tasks or competences [s86/B (1)].

<sup>50</sup> According to s86/B (2)-(3) beyond the general obligation of the employer to information and consultation the employees under the Directive on for instance the reasons and the negative social consequences of the transfer, the employer has to inform the employees and their representatives also about the fact that following the transfer the worker will be employed in the public sector and about his/her special duties regarding his/her employment in the public sector.

<sup>51</sup> s86/B (5) of the Labour Code.

<sup>52</sup> s86/B (6) of the Labour Code.

<sup>53</sup> (1974a) Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 504/73. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1975, pp. 1978, at p. 1979; (1986) Bundesarbeitsgericht, BAG AP § 613a Nr. 55, 2 AZR 101/85, Arbeitsrechtliche Praxis (AP).

<sup>54</sup> (2002c) *Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes* Bundesgesetzblatt (BGBl.) (Federal Law Gazette) Teil I Nr. 21 p.1163.

<sup>55</sup> Dissenting: LÜKE, G. (1986) Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang *Arbeitsrechtliche Praxis*, case comment on § 613a BGB Nr. 55.

by section 613a para. 1 cl. 1 BGB – the transfer of the employment by operation of law.<sup>56</sup> If the employee decides to refuse these consequences, the employment contract is not terminated but continues to exist with the transferor.<sup>57</sup>

As the period for objection of one month only starts running if the employee is given correct and complete information on the transfer<sup>58</sup> with advice on the content of information, an objection might be lodged after the date of the transfer. According to the prevailing opinion the objection acts *ab initio*, not *a data*.<sup>59</sup> The employment relationship is treated as never having existed with the transferee but as having continuously been in force with the transferor. Nevertheless, the transferor has the right to dismiss the employee objecting to the transfer for economic, technical or organisational reasons. Section 613a Para. 4 Cl. 1 BGB does not stand in the way of this, for the notice of termination is not given on account of the transfer but on other grounds under Para. 4 Cl. 2, namely the refusal to work for the transferee.<sup>60</sup> This concept involves a considerable advantage for the employee - the obligation of the transferor to offer a replacement position, i.e. to maintain the actual employment in a part of the business that is not affected by the transfer, if it is possible and practical to do so.<sup>61</sup> Otherwise the employee is entitled to redundancy payments.

Another resulting problem is whether an employee refusing the transfer of his employment relationship is granted full protection under the Protection against Dismissal Act (KSchG). Under this act, of the employees holding comparable positions within the plant “Betrieb”, the one requiring the least social protection must be made redundant under so called social election “Sozialauswahl”,<sup>62</sup> and not the one exercising his right of objection.

One has to bear in mind that the question should not be decided at the expense of employees not affected by the transfer. This is why the full protection of social election used to be granted by the federal labour court only in case of commendable reasons,<sup>63</sup> such as the imminent risk of dismissal or considerable change of working conditions to the detriment of the employee. But in a recent decision the federal labour court gave up this jurisdiction. It stated that under section 1 para 3. KSchG amended in January in 2004

---

<sup>56</sup> (2006) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a Nr. 312, 8 AZR 305/05*, *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)* with further reference.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.* with advice for the content of information.

<sup>59</sup> *Ibid.*, with further reference.

<sup>60</sup> GAUL, B. (2005) Sozialauswahl nach Widerspruch gegen Betriebsübergang. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 730 et sqq., at p. 730.

<sup>61</sup> *Ibid.*, at p. 730.

<sup>62</sup> Under Section 1 Para. 1 - 3 KSchG (Kündigungsschutzgesetz - Protection against Dismissal Act) the dismissal of an employee who has worked in the same business for more than 6 months in a row justified by economic, technical or organisational reasons nevertheless is void, if the employer has not or not sufficiently considered company seniority, age, obligations to support and severe disability of the employee. Basically this means that of the employees holding comparable positions within the business (“Betrieb”) the one requiring the least social protection must be made redundant. MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. AND SCHMIDT, I. (Ed.) (2008) *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8th Edition*, § 1 KSchG, marginal numbers 299 et sqq.

<sup>63</sup> (1993b) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 22, 2 AZR 449/91 (B)*. *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*.

the reasons for the objection could no longer be taken into account. Considering these reasons was contrary to the unambiguous wording of this section due to the fact that it now limits the criteria for social election to the ones enumerated. By giving courts such discretion, the aim of predictability of legal decisions would be foiled.<sup>64</sup>

Furthermore, in **Sweden**, the labour law system does not explicitly provide the employee with a right to refuse to the transfer of the undertaking as such, nor did the legislator interpret the *Katsikas* case as obliging the Member States to do so.<sup>65</sup> However, Article 6b, paragraph 4, the Swedish Employment Protection Act<sup>66</sup> does state that “in spite of the provisions in paragraph one, the employment contract and relation shall not be transferred to a new employer should the employee object to this.”<sup>67</sup>

This clearly provides the employee with a right to refuse the transfer of the employment relationship, but it does not entail any specific protection for the worker’s employment, other than what can be found in the provisions governing protection against unfair dismissal in the Employment Protection Act,<sup>68</sup> in such a situation. The Swedish labour court has specifically stated that the intention of this provision is to assure the employees of a right to refuse only and not to establish further employment protection.<sup>69</sup> Article 7 of the Employment Protection Act<sup>70</sup> obliges the employer to find replacement positions for workers at first and only when this is not possible will redundancy be considered just cause for dismissal of the workers. The protection, similar to that in the German system, thus consists of an obligation for the transferor to find replacement positions for the worker refusing the transfer and only if this is not possible the worker will be made redundant.<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> (2007) Bundesarbeitsgericht, 2 AZR 276/06. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP) 2007 p. 2433

<sup>65</sup> It is evident that the Swedish legislator interpreted the *Katsikas* case so as to provide the Member States with the possibility of implementing a right to refuse and not an obligation to implement this right, see (1994c) *Regeringens proposition 1994/95:102 - Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar* The Swedish Government Prop. 1994/95:102., pp. 34 and 45. The Swedish debate on the right to refuse has however remained limited and the most interesting work discussing the issue is to be found in the eminent and important work concerning legal aspects of transfer of undertakings on the employment relationship; MULDER, B. J. (2004) *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Lund, Juristförlaget i Lund. pp. 296-309. The issue of the right to refuse is briefly mentioned with special reference to the *Katsikas* case also in NYSTRÖM, B. (2002) *EU och arbetsrätten*, Stockholm, Norstedts Juridik AB. pp. 272-273.

<sup>66</sup> Lag (1982:80) om anställningsskydd, hereinafter LAS.

<sup>67</sup> Translation by the authour.

<sup>68</sup> LAS.

<sup>69</sup> (1998a) Arbetsdomstolen, AD 1998 nr 144. *Handelsanställdas förbund mot Blomman SC Aktiefbolag i Stockholm*. 1998-12-16.

<sup>70</sup> LAS Article 7, 1st paragraph states that there must be a just cause for dismissal and the 2<sup>nd</sup> paragraph states that if it is reasonable to demand that the employer provides the employee with other work there will be no just cause for dismissal (translation by the author).

<sup>71</sup> Worth noting is that before the Directive was implemented in the Swedish system no protection of the employment contracts existed in the event of a business transfer, instead workers often found themselves made redundant even though agreements between transferor and transferee for taking over the work force were not completely uncommon. For a thorough analysis of the situation before the implementation of the Directive see EKLUND, R. (1983) *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, Stockholm, Norstedts. For works providing an overview of the Swedish regulations and discussing different legal aspects for the employment relationship in situations of

There is thus a significant difference compared to the system in Great Britain. As an example, the Swedish labour court considered in the *Blomman* case that Article 6b, 4<sup>th</sup> paragraph of the Employment Protection Act<sup>72</sup> established a right, but it did not grant the employees any additional employment protection with the transferor.<sup>73</sup> In other words the employees have the right to refuse the transfer of their employment, but if the transferor has no possibility of offering them replacement positions they are most likely to be made redundant and thus get redundancy payments. Even though the practical result of a worker exercising the right to refuse the transfer in the Swedish system in most cases is likely to be that the worker is made redundant, the framework is set up on the basis that the employment contract is maintained with the transferor. This solution, whereby the employee continues to work for the transferor, has also been acknowledged by the ECJ in the *Temco case*.<sup>74</sup>

Some legal academics have argued for this solution in **Portugal** and today there are at least two decisions of the Supreme Court of Justice (dated from 19.06.2002 and 27.05.2004), which seem to have been open to this solution, stating that the employee had a right to refuse the transfer of the employment contract and that the content of the right was to demand the continuation of the labour contract with the employer. If the employer did not have another position available, however, the contract would be terminated by objective reasons (*caducidade* – art.387<sup>o</sup>). These are isolated decisions, however, and the right they contained is merely a creation of the case law. Lower courts do not have a strict duty to follow a decision of the higher courts – although if they diverge, appealing is always admissible – and the impact of this case-law is yet to be seen.<sup>75</sup>

---

transfer of undertakings after the implementation of the Directive see NYSTRÖM, B. (2002) *EU och arbetsrätten*, Stockholm, Norstedts Juridik AB. pp. 255-275 and 289-301, SIGEMAN, T. (2001) *Arbetsrätten*, Stockholm, Norstedts juridik. pp. 72-73 and 142-145, KÄLLSTRÖM, K. & MALMBERG, J. (2006) *Anställningsförhållandet - Inledning till den individuella arbetsrätten*, Uppsala, Iustus Förlag AB. pp. 277-291, LUNNING, L. & TOIJER, G. (2002) *Anställningsskydd*, Stockholm, Norstedts Juridik Ab. pp. 241-269 and for the collective labour law aspects in this field see for example SCHMIDT, F. (1997) *Facklig arbetsrätt*, Stockholm, Juristförlaget. section 9.8.

<sup>72</sup> Article 6b, 4th para. LAS.

<sup>73</sup> (1998a) Arbetsdomstolen, AD 1998 nr 144. *Handelsanställdas förbund mot Blomman SC Aktiebolag i Stockholm*. 1998-12-16

<sup>74</sup> Article 3(1) of the Directive must be interpreted as meaning that it does not preclude the contract or employment relationship of a worker employed by the transferor on the date of the transfer of the undertaking within the meaning of Article 1(1) of the Directive from continuing with the transferor where that worker objects to the transfer of his employment contract or employment relationship to the transferee. This means that the continuation of the employment relationship with the transferor is to be considered as a legal option in accordance with the Directive.

<sup>75</sup> The origin of this case-law lies in the groundbreaking work of Julio Gomes. GOMES, J. (1996) O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJ das CCEE em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art.37<sup>o</sup> da LCT e a Directiva 77/187/CEE *Revista de Direito e Estudos Sociais.*, a scholar who has undertaken extensive studies on the subject. Several scholars have posteriorly aligned their positions in accordance with the opinion of Julio Gomes. See LIBERAL FERNANDES, F. (1999) Transmissão do estabelecimento e oposição à transferência do contrato do trabalho: uma leitura do art.37<sup>o</sup> da LCT conforme ao Direito Comunitário. *Questões Laborais*, VI. ; SIMÃO, J. (2002) A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional. *Questões Laborais*, IX. ; VASCONCELOS, J. (2004) A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho. *Revista do CEJ*, 73-95, GARCIA PEREIRA, R. (2005) Natureza Jurídica da Transmissão do Estabelecimento Comercial. Verbo Jurídico. and

Thus, the ECJ has guaranteed that the aim of protecting the interests of the workers is always upheld, even though in various degrees on a scale from the minimum level in accordance with the two first alternatives up to the higher level (two last alternatives mentioned above). At first sight it could seem discomfiting that, following the *Katsikas* case which took place in 1993, the new wording of 1998 or 2001 of the Directive does not mention the right to refuse either to recognize or to exclude it and that those reforms have not “disturbed the silence”.<sup>76</sup> However, on second thoughts this is easily explained by the fact that the focus of the ECJ has been the worker’s real protection against dismissal. The ECJ has accepted to give space to the Member States to adapt their own legislation as long as the protection of the worker is ensured. Only the United Kingdom understood the *Katsikas* case to necessitate legislative change.<sup>77</sup> The other Member States discussed in this paper have understood that there are different methods for protecting the workers and they have chosen not to bring any significant changes to their own national labour law systems. As long as the question of the right to refuse is left unsolved by the European Union, it will be important to consider the theoretical and practical relevance of this right bearing in mind the differences between Member States.

### **3. A prospective analysis of the legal tools that would (or would not) corroborate a right for the worker to refuse**

In the previous section, the current solutions that are to be found in the countries of our panel were outlined. Those solutions are grounded on the interpretation of those provisions. No (labour) lawyer ignores that law is a social fact, a moving substance, and this particular legal discipline has often been a special field of research to verify this hypothesis.<sup>78</sup> That is why this section will explore and evaluate the pertinence and the likely possibilities of changes in the interpretation of those legal solutions in the light of different sources of law which might range from ILO conventions to the private autonomy, including the Directive itself.

#### **3.1. Fundamental rights**

Fundamental rights such as the right to work, the right to protection against unfair dismissal, prohibition of forced work and the worker’s right to choose their employer

---

ANACORETA CORREIA, J. & AMORIM MAGALHÃES, J. (2007) Perspectiva laboral da transmissão de estabelecimento. *Actualidade Jurídica (Uría Menendez)*, 98 ff.

<sup>76</sup> MAZEAUD, A. (2005) Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprises. *Dr. Soc.*, 737-742.

<sup>77</sup> See supra. Even though Sweden also adopted the whole system it was not truly caused by the *Katsikas* case, but rather by the fact that Sweden was in the process of implementing the EU legal system in the national order and made the choice of also implementing the option provided for in the *Katsikas* case. See (1994c) *Regeringens proposition 1994/95:102 - Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar* The Swedish Government Prop. 1994/95:102., pp. 34 and 45.

<sup>78</sup> The Directive has already been the object of such a verification, and it leads some authors to call the different occurrences in its implementation a *saga*. JEAMMAUD, A. & LE FRIANT, M. (1997) La Directive 77/187 CEE, la Cour de Justice et le droit français. *EUI Working Paper*, 97/3.

can and have been used as arguments in favour of or against the implementation of the worker's right to refuse to the transfer of the employment contract. The following sections will present the panorama of the different rights available as justifications for the right to refuse or the absence of such a right. We will start by an examination of the supranational provisions and then we will look into the national contexts.

### 3.1.1. *Legal tools to be found in the Directive*

The Directive is based on fundamental rights. These rights can be interpreted as in favour or against the right to refuse. Three rights can be identified: the right to information and consultation of workers, the right to protection against unfair dismissal and the freedom to choose one's employer.

A right to information<sup>79</sup> and consultation<sup>80</sup> is given<sup>81</sup> to the workers' representatives. It is point 5 of the preamble which states that

"Information, consultation and participation for workers must be developed along appropriate lines, taking account of the practice in force in the various Member States. Such information, consultation and participation must be implemented in due time, particularly in connection with restructuring operations in undertakings or in cases of mergers having an impact on the employment of workers".

Though this does not help to solve the question of having or not a right to refuse, this right is part of the necessary tools to enable a worker to wisely accept or refuse the transfer. It can therefore be considered as the *sine qua non* condition to enable the worker to make her/his choice.

A right to protection is in the preamble and in article 4 of the Directive. Firstly, point 3 of the preamble states that "it is necessary to provide for the protection of employees in the event of a change of employer, in particular, to ensure that their rights are safeguarded".

It can be linked with the idea that

"the completion of the internal market must lead to an improvement in the living and working conditions of workers in the European Community. The improvement must cover, where necessary, the development of certain aspects of employment regulations such as procedures for collective redundancies and those regarding bankruptcies".<sup>82</sup>

Such provisions can also be found in the "Social Charter".<sup>83</sup> Secondly Article 4 aims to protect the worker against dismissals caused by the transfer.<sup>84</sup> According to it, a transfer,

---

<sup>79</sup> Information in good time about the reasons for the transfer, the legal, economic and social implications of the transfer for the employees, the measures envisaged in relation to the employees, the date or proposed date of the transfer (added in 1998), see also case C-478/03, 26 may 2005, *Celtec Ltd v. John Astley*.

<sup>80</sup> The consultation must be made 'with a view to seeking agreement' in good time: Article 6 of the Directive.

<sup>81</sup> Article 5 of the Directive.

<sup>82</sup> Point 5 of the preamble of the Directive on transfer.

<sup>83</sup> Points 7, 17 and 18 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers adopted on 9 December 1989.

<sup>84</sup> Paragraph 15 of the *Foreningen* case.

defined as the legal transfer or merger of an undertaking where the identity of the transferred entity is retained, cannot constitute a reason for dismissal.

Dismissal is only allowed for economic, technical or organisational reasons, or when Member States make exceptions in respect of certain categories of workers. The Directive states that in all other cases, the employer is considered responsible for having terminated employment.

Exceptions to these provisions are allowed when the transfer occurs within the context of insolvency proceedings concerning the entity transferred, provided the worker has protection at least equivalent to that laid down by the insolvency Directive.<sup>85</sup>

This article is more difficult to understand as it is not obvious whether the point is to protect workers or to undermine the effect of the Directive. On the one hand, it can be considered as protecting the worker as (s)he should never have a lower level of protection than that offered by the EC Directives. On the other hand, it seems that the Directive will apply in only a few cases as the worker can be dismissed for economic reasons. This article limits the Directive, but it is a logical limit in the sense that the Directive cannot impose unreasonable burdens on the firm and prevent it from dismissing some workers. In this context, this article does not give an answer as to whether a right to refuse should exist, but again it usefully completes it.

Another protection is provided by article 4 paragraph 2 which states that “if the contract of employment or the employment relationship is terminated because the transfer involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee, the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship”. Thus, if the worker considers that the transfer will bring about such changes to the working conditions and therefore chooses to exercise the right to refuse, the implications would be that the worker is considered as being dismissed and entitled to redundancy payments. With this in mind when interpreting the *Katsikas* case, whereby the Member States are free to choose the legal implications of the right to refuse<sup>86</sup> it is undoubtedly so that this alternative is a feasible option that can be observed in the UK.

This provision was implemented in 2003 in **Portugal** in the new Labour Code. It recognised in art.441ºnº.3, b) a right of the worker to terminate the employment contract in the event of “substantial changes in working conditions arising from the exercise of the legitimate powers of the employer”.

However, the employee is not entitled to any redundancy payments.<sup>87</sup> This protection is very much linked to the right to refuse, as an employee may not have any interest in

---

<sup>85</sup> Directive 80/987/EC on the protection of employees in the event of insolvency of their employer. Member States must take the necessary measures to prevent abusive use of insolvency procedures depriving workers of their rights in the event of a transfer. Case 12 march 1998, C-319/94, *Dether Equipements SE v. Dassy et Soyam SPRL*.

<sup>86</sup> (1992b) The European Court of Justice, *Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*. 16-12-1992 ECR I-6577. paragraph 35.

<sup>87</sup> The dominant legal thinking is that this rule was shaped exactly for the situation of the transfer of undertakings and is the only option available to the employee in this specific event; the only difference in relation to the pure and simple termination of the labour contract (*denúncia* – art.447º) is a shorter period of notice. Therefore the only option for the employee in the event that he does not want to work

choosing to terminate the contract if (s)he does not get redundancy payment. We have to conclude once more that the right to refuse is linked to the context and cannot be deduced from this fundamental right to protection.<sup>88</sup>

Because of this fundamental right to protection, most of the countries of our panel have considered the Directive as imposing the continuation of the contract of employment whatever the positions of the contracting parties. Although it could be a way of implementing the requirements of the Directive, it may not be the only one as it may be in conflict with its objectives on some occasions. In this case, it is understood as giving clues on how to interpret paragraph 3 about the transfer. The question is to determine what exactly are the “the transferor's rights and obligations”. It used to precisely designate contractual commitment (*ob-ligare* in latin).<sup>89</sup> It now has become a more general term to signify any kind of duties arising from a legal source such as a statute, or a convention. Therefore, the single maintenance of the contract may not be sufficient to safeguard the employees’ rights as they may arise from another legal source. Thus, to an imperative interpretation can be opposed a much wider one which implies the consideration of a more flexible approach to the protection of the worker and the possibility to choose which employer (s)he wants to work for.

This leads us to another fundamental right that cannot be found in the Directive, but is visible in the European Court of Justice case law. It is the right to freely choose one’s employer. The Court’s view can be understood as a preference for the right to refuse as it is stated that

“such an obligation would jeopardize the fundamental rights of the employee, who must be free to choose his employer and cannot be obliged to work for an employer whom he has not freely chosen”.<sup>90</sup>

But, it has also been said that this argument protects the fundamental right, but not necessarily the right to refuse as it can also be understood that the obligation to stay to work in the new company can know exceptions.<sup>91</sup>

---

with the transferee is to terminate the labour contract with a shorter period of notice without being entitled to redundancy payments. If we don’t take into consideration the specific aspect of a shorter period of notice – which is of no real advantage to the employee – we can observe that this is in fact the continuation of the former legislative and jurisprudential tradition, of protecting the commercial value of the undertakings by incorporating the labour contracts into the assets of the undertaking.

<sup>88</sup> See ROMANO MARTINEZ, P. (2007) *Direito do Trabalho*, Almedina. ; ROMANO MARTINEZ, P., MONTEIRO, L. M., VASCONCELOS, J., BRITO, P. M. D., DRAY, G. & SILVA, L. G. D. (2004) *Código do Trabalho Anotado*, Almedina. ; VASCONCELOS, J. (2004) A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho. *Revista do CEJ*, 73-95; GONÇALVES DA SILVA, L. (2007) Nótula sobre os efeitos colectivos da transmissão de empresa *Sub-Judice*. ; MONTEIRO FERNANDES, A. (2007) *Direito do Trabalho*, Almedina.

<sup>89</sup> VILLEY, M. (2001) *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz.

<sup>90</sup> (1992b) The European Court of Justice, *Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*. 16-12-1992 ECR I-6577. paragraph 32.

<sup>91</sup> For a good perspective on this question see GOMES, J. (2001) A jurisprudência recente do TJCE em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento: inflexão ou continuidade? *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Lisboa, Almedina. ; also CARVALHO, C. N. D. O. (2003) Admissibilidade de um acordo entre o transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão dos contratos de trabalho. *Questões Laborais*, XXI, 99-103.

In the same way, in the *Foreningen* case, the Court stated that “the protection which the Directive is intended to guarantee is redundant where the person concerned decides of his own accord not to continue the employment relationship with the new employer after the transfer. In that situation, article 3(1) of the Directive does not apply”.<sup>92</sup> But, a conclusion cannot be drawn from this statement as the situation was very peculiar: the case occurred in Denmark and the Court was trying to decide whether an employee dismissed by a company and who had afterwards bought the same company and restarted the same job as previously should be considered as a worker for the purpose of the Directive 77. The Court answered no and its explanation goes through the right to object. It appears that the tools given by the Directive can be interpreted in different ways and do not logically or radically push towards one option or the other. Fundamental rights at other levels might give a clearer direction.

### 3.1.2. *Supranational law*

Three fundamental rights can be called upon: the right to protection against unfair dismissal, the right to work and finally the right to collective action. Different international conventions or declarations stating universal values reflect the prescription of the recognition of the right to refuse.<sup>93</sup> First of all, the worker’s right to choose her/his employer poses an argument in favour of implementing the right to refuse as well as the prohibition of forced labour and the free choice of one’s activity. Art. 23(1) of the 1948 Universal Declaration of Human Rights states that “Everyone has the right to work, to free choice of employment”.

Legislation from the International Labour Organization (ILO) also aims at eradicating forced labour and promoting freely consented activity. Art. 2(b) of the 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work enunciates “the elimination of all forms of forced or compulsory labour” as one of the main four objectives of the ILO and its Member States. The ILO Forced Labour Convention, 1930, No 29 in its Article 2(1) reinforces this aim by stating that

“forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and **for which the said person has not offered himself voluntarily**”.<sup>94</sup>

This issue has received some attention also within the EU legal order in which Art. 5(2) of the European Charter of Fundamental Rights states: “No one shall be required to perform forced or compulsory labour” and Art. 15(1) “Everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation”.

Implementing the right to refuse would, with this in mind, be a good way of ensuring that the workers are protected against forced labour and assured the right to choose their employer. This argument is even mentioned by the ECJ in the *Katsikas* case.<sup>95</sup> This

---

<sup>92</sup> §30 : paragraph 16 of its judgment in Case 105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Danmols Inventar* [1985] ECR 2639.

<sup>93</sup> *SUPIOT, A. (2006) Les salariés ne sont pas à vendre. Dr. Soc., 264-273.*

<sup>94</sup> Emphasis by the author.

<sup>95</sup> See section 3.1.1. (1992b) The European Court of Justice, *Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*. 16-12-1992 ECR I-6577. paragraph 32.

understanding is at the basis of the German system that therefore gives a full and effective right to refuse.

Nonetheless, some argue the application of fundamental rights could be nuanced, as the absence of a right to refuse would not automatically violate these rights, because the worker would still have the possibility of resigning from the employment contract. Rejecting the right to refuse would in other words not imply that a worker is forced to work for an employer which (s)he has not freely chosen. Nevertheless, the right to refuse would provide one more option for the worker in the case of a transfer of an undertaking, thus assuring a better protection of the interest of the workers.

The right to work can, however, be used in a totally different way: it can be an argument against the implementation of the right to refuse as this right would shift focus towards measures which assure that workers are given the possibility to remain in employment. This way the right to refuse could be considered as affecting the right to work since the automatic transfer of the employment contract has the function of ensuring that the workers are not dismissed simply because of the transfer of the undertaking for which they work and the right to refuse could open up the possibility of dismissing workers that exercise this right in such a situation. This argument could also take the workers' right to protection against unfair dismissal as a starting point leading to a similar result, i.e. the right to refuse would jeopardize the workers' protection.

The workers' right to protection against unfair dismissal is another ground for discussion of the right to refuse. It is protected at Article 30 of the Charter of Fundamental Rights and by the Convention n° 158 of the ILO of 22 June 1982, on Termination of Employment and the Convention n° 173 of 23 June 1992, on Protection of Workers' Claims. (Employer's Insolvency). Article 24 of the revised European Social Charter of 3 May 1996 gives a right to protection in cases of termination of employment whereas Article 29 gives a right to information and consultation in collective redundancy procedures. One would then agree that the EU level substantially shapes this right.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Directive 77/187/EEC, of 14 February 1977, on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, OJ L 61 of 5 March 1977; Directive 80/987 of 20 October 1980, on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, OJ L 283 of 20 October 1980; Directive 91/533 of 14 October 1991, on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship. Official Journal L 188, 08/07/1992 p. 0044; Directive 98/59 of 20 July 1998, on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, OJ L 225 of 12 August 1998; Directive 2001/23 of 12 March 2001, on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, OJ L 82 of 22 March 2001; Directive 2002/14 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002, establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation, Official Journal L 080, 23/03/2002 p. 0029 – 0034; Directive 2002/74 of 23 September 2002 amending Council Directive 80/987/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, Official Journal L 270, 08/10/2002 p. 0010 – 0013.

On the one hand, it can be said that protection against unfair dismissal is a reason why the right to refuse should not be given to workers. The transfer of employment in the case of a transfer of undertaking is a way to protect the worker against unfair dismissal in the sense that employees cannot be dismissed just by virtue of the transfer. The right to refuse would thus be a limitation of this protection and should therefore not be granted. On the other hand, one could easily state that this argument confuses two separate questions: the fate of the contract due to the transfer and the substitution of one's employer without her/his consent. Depending on the approach one has to labour law, it is nevertheless understandable that such a decision could be left to the person concerned, i.e. the worker.

The right to negotiation and collective action is a last ground. It is protected by article 28 of the Charter of Fundamental Rights but also by Article 8 paragraph 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 16 December 1966 which includes the right to strike (point d). Three ILO conventions protect collective rights<sup>97</sup> and its Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work of 19 June 1998 emphasises it as well. Article 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) of 4 November 1950 is about freedom of assembly and association, which is closely related. Finally, article 6 of the revised European Social Charter protects the right to bargain collectively. It can be seen as a way to defend the existence of a right to refuse as collective action protects different means of action of the workers in order to have more tools to convince the employer to listen to their arguments and interests.

It would therefore justify a collective right to refuse for the workers. This has been proposed in **Germany** where the problem of whether or not employees are entitled to a collective use of the right to refuse was raised.<sup>98</sup> Dealing with this question the Federal Labour Court held that a collective objection is not *per se* illegal – if a single employee is entitled to a right to refuse the concurrence of refusals cannot affect this result.<sup>99</sup> Thus the Federal Labour Court does not consider that there might be a difference whether there is mere coincidence or a coordination of lodging refusals.<sup>100</sup> Beyond this, the Federal Labour Court does not require a legitimate reason for refusals, as it is hardly possible to define the scope of such reasons. But the motive for lodging an objection is not irrelevant. The use of this right might be considered an abuse of law and therefore be void by virtue of section 242 BGB, especially if the employees primarily pursue ends other than preventing the transfer of their employment contracts such as improving their working conditions or inhibiting the transfer as a whole.<sup>101</sup> The decisive factor in order to determine whether or not there is an abuse of law has to be the intended purpose of

---

<sup>97</sup> Convention 98 of the ILO of 1 July 1949, concerning the Application of the Principles of the Right to Organize and to Bargain Collectively; Convention 135 of the ILO of 23 June 1971, concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking; Convention 154 of the ILO of 19 June 1981, concerning the Promotion of Collective Bargaining.

<sup>98</sup> KRAUSE, R. (2006) Kollektiver Widerspruch beim Betriebsübergang - Rechtsmissbrauch wegen zu Grunde liegender Zweckverfolgung *Recht der Arbeit (RdA)* 2006, pp. 229 - 235.; RIEBLE, V. (2005) Kollektivwiderspruch nach § 613a VI BGB. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 1-8.

<sup>99</sup> (2004) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a Nr. 275, 8 AZR 462/03*. *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*.

<sup>100</sup> KRAUSE, R. (2006) Kollektiver Widerspruch beim Betriebsübergang - Rechtsmissbrauch wegen zu Grunde liegender Zweckverfolgung. *Recht der Arbeit (RdA)* 2006, pp. 229-230.

<sup>101</sup> (2004) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a Nr. 275, 8 AZR 462/03*. *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*.

granting the right to object – it can therefore only be used for defensive not for aggressive reasons.

However, such a collective objection might also be characterized as a means of labour struggle. Under German labour law the right to use means of labour struggle like the right to strike is limited to trade unions. Wildcat strikes and political strikes are illegal, as are sympathy strikes. Measures of labour struggle are the means to put pressure on the social partner in order to achieve a collective bargaining agreement. As labour struggle for other reasons is unlawful, it is a moot point whether trade unions or works councils are entitled to organise a collective lodging of objections. Thus, this right is not necessarily an argument in favour of the right to refuse. Courts have also made use of domestic fundamental rights at national levels.

### 3.1.3. *Fundamental rights in Member States' constitutions*

As well as being of significant value for international and regional pieces of legislation, labour is a founding value of some Member States' political regimes. The constitutions of countries such as France,<sup>102</sup> Germany<sup>103</sup> or Italy for instance explicitly refer to this value; the latter being probably the most relevant, as the first Article of the Italian Constitution states: "Italy is a democratic Republic founded on labour".<sup>104</sup>

When evaluating the consistency of the right to refuse, it is of high importance to take into consideration the web of normative provisions as a whole set of interacting norms. It includes provisions of EU law, fundamental domestic law and domestic law in general. Therefore it not only questions the conformity of domestic law with supranational law,<sup>105</sup> but it also challenges its conformity within national legal systems, amongst which stands the current hierarchisation of norms.

The main arguments used in **French** academic literature in favour of the recognition of the right to refuse<sup>106</sup> will exemplify our point. Whether it has been named "freedom to work"<sup>107</sup> or now "freedom of practicing a professional activity",<sup>108</sup> this freedom, which now has a constitutional authority,<sup>109</sup> is derived from Art. 7 of the 2<sup>nd</sup>-17<sup>th</sup> of March

---

<sup>102</sup> Paragraph 5 to 8 of the preamble of the constitution of 1946

<sup>103</sup> Art. 12 GG (German Constitution).

<sup>104</sup> "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro."

<sup>105</sup> As it has been done above in 3.1 and 3.2

<sup>106</sup> JEAMMAUD, A., CHAGNY, Y. & RODIÈRE, P. (2007) Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail? *Revue de droit du travail*, 216-221.

<sup>107</sup> DARDALHON, L. (2005) La liberté du travail devant le Conseil Constitutionnel et la Cour de Cassation. *Revue française de droit constitutionnel*, 755-780.

<sup>108</sup> PÉLISSIER, J., SUPIOT, A. & JEAMMAUD, A. (2006) *Droit du travail*, Paris, Dalloz, (1983) French Constitutional Council, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*. May, 28th 1983

<sup>109</sup> (1983) French Constitutional Council, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*. May, 28th 1983. *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*. DC n° 83-156, 28 mai 1983 (French Constitution Council).

1791 decree *d'Allarde* which stated that “any person will be free to choose the trade, profession, art or occupation he wants...”<sup>110</sup>

This wording achieved particular prominence when the Cour de Cassation used it in cases dealing with the validity of *non-competition* clauses.<sup>111</sup> In an *attendu de principe*<sup>112</sup>, the Court stated that this freedom should be restricted only in a very limited number of cases, and in particular conditions, and decided to rule that the legality of such clauses had to be narrowly conceived. In its decision, the *Cour de Cassation* not only referred to this *fundamental principle* of French Law, but also to Art. L. 120-2 of the labour code<sup>113</sup> which states that

“no one may restrict individual rights and personal freedoms in a way that would not be justified by the nature of the task to be accomplished or which is not proportionate to the aim pursued”.<sup>114</sup>

If the same reasoning were to be applied to the right to refuse, the same *ratio* would surely be adopted - and the freedom of exercising a professional activity and Art. L. 120-2 would be called in support of the claim. However, as indicated in Art. L. 120-2, the *Cour* could rule that maintaining the contract of employment from the transferor to the transferee is a justified and proportionate limitation of the concerned freedom. And to some extent, this resumes the position of the *Cour de Cassation* which consists of ignoring the possibility of recognizing such a right by claiming that it is right to protect the employment rather than the contract.<sup>115</sup>

In **Portugal** the constitutional tradition also played a role in (not) recognising a right to refuse. The 1969-2003 legislation went through two distinct constitutional orders, the *corporatist* and the *democratic*. The first one was enforced during the right wing dictatorship which lasted until 1974. It was considered that there should be solidarity between capital and labour in the attainment of their mutual interests. Labour lawyers considered that the interests of the workers consisted in maintaining stable employment and that the interests of capital consisted in acquiring stable undertakings. Therefore, the worker was considered as a part of the undertaking and could not refuse to have his contract transferred, not only to preserve the market value of the undertaking but also to preserve stability in employment. This objective was maintained in the democratic

---

<sup>110</sup> HIRSCH, J.-P. (1989) Revolutionary France, Cradle of Free Enterprise. *The American Historical Review*, 94, 1281-1289, SOUBIRAN-PAILET, F. (1998) De nouvelles règles du jeu? Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. IN LE CROM, J.-P. (Ed.) *Deux siècles de Droit du Travail*. Paris, Les éditions de l'atelier.

<sup>111</sup> Soc. 10th of July, 2002, *Recueil Dalloz* 2002, Somm. 3111, obs. J. Pélissier

<sup>112</sup> This is a general consideration that follows the provision on which the court based its solution. It is a special judicial technique of wording the ratio in order to indicate what the interpretation should have been.

<sup>113</sup> The French Parliament adopted a new labour code with the ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007. This article will become the new Art. L. 1121-1.

<sup>114</sup> "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché" Translation from DOCKÈS, E. (2002) Equality in Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 18, 187-196.

<sup>115</sup> CHAGNY, Y. (2005) "La jurisprudence française sur le libre choix du salarié". IN ISLSSL (Ed.) *VIII European Congress*. Bologna.

constitution of 1976, although with different arguments. Art.53° of the Portuguese Democratic Constitution grants employees the right to *security in employment*. The rejection of the right to refuse was grounded on this provision, arguing that the other employees had to be protected against the possibility of mass-refusal endangering the viability of the undertaking transferred and thus endangering their own labour posts. This was the way that both constitutional traditions rejected the right to refuse.<sup>116</sup>

Curiously, the enactment of the new Labour Code, in 2003, coincided with a change of orientation in the courts. The same article of the Portuguese constitution – art.53°: right to security in employment – was interpreted as a constitutional ground to recognise a right to refuse to the transfer and keep the employment contract with the transferor. The Portuguese Supreme Court of Justice claimed that this provision of the Constitution provided the employee with a right to refuse the transfer and keep his employment. Employment stability was seen as containing the right to keep the labour relationship with the transferor whenever possible. However, this is merely a creation of case-law and its substance is contested by the legal thinking.

As for **Germany**, in 1974 the German Federal Labour Court for the first time had to decide whether an employment in the case of a transfer of an undertaking is transferred, even if the employee refuses to transfer. As section 613a BGB deals with the transfer of employment but used to be silent to the question of refusal, the Federal Labour Court, predominantly in an analysis supported by academics by academics, based its decision on fundamental rights, holding that a transfer against the employee's will contradicted human dignity and the right to freely choose one's profession.<sup>117</sup> The Federal Labour Court later adhered to that – the right to freely choose one's profession includes the right to choose who to work for and a person cannot be made an object of state action without infringing upon human dignity.<sup>118</sup>

In a recent decision<sup>119</sup>, though, the same court cast doubts on the constitutional foundation of this right: The right to freely choose one's profession was rather safeguarded than limited by the transfer – because of the transfer the employee kept his freely chosen workplace, whilst in case of an objection he kept his employer but lost his workplace.<sup>120</sup> For reasons of general welfare, i.e. conserving the workplace in question, the legislator may interfere with the freedom of contract; also the employee can resign at any time.<sup>121</sup> Surprisingly, this line of reasoning is much the same as the one used to justify the absence of a right to refuse.

---

<sup>116</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (1980) Parecer n°.139/80. ; (1994b) Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão de 9 de Novembro de 1994*, (2002a) Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão de 19.06.2002*. , RADNAY, J. (2004) A munkáltatói jogutódlás kérdései. *Gazdaság és Jog*, Vol. 2., pp. 17-22.

<sup>117</sup> (1974) Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 504/73, BAG AP § 613a Nr. 1. Arbeitsrechtliche Praxis (AP)

<sup>118</sup> (1974) Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 504/73, BAG AP § 613a Nr. 1. Arbeitsrechtliche Praxis (AP) ; (1977) Bundesarbeitsgericht, BAG AP § 613a Nr. 8, 3 AZR 703/75. Arbeitsrechtliche Praxis (AP); (1992a) Bundesarbeitsgericht, BAG AP § 613a Nr. 96, 2 AZR 449/91. Arbeitsrechtliche Praxis (AP); (1993a) Bundesarbeitsgericht, BAG AP § 613a Nr. 103, 2 AZR 50/92. Arbeitsrechtliche Praxis (AP); (1998b) Bundesarbeitsgericht, BAG AP § 613a Nr. 177, 8 AZR 139/97. Arbeitsrechtliche Praxis (AP)

<sup>119</sup> (2001a) Bundesarbeitsgericht, BAG AP § 613a Nr. 215, 8 AZR 336/00. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Ibid.*

When finally codifying the right to refuse, the German legislator argued in contrast to the recent decision that forcing a new employer upon an employee constituted an infringement of human dignity (Art. 1 para. 1 GG<sup>122</sup>), the right of personality granted by Art. 1 para. 1, 2 para. 1 GG and the right to freely choose one's profession and place of employment laid down in Art. 12 para. GG.<sup>123</sup> As the right to refuse has now been codified, in spite of the doubts regarding its foundation on fundamental rights,<sup>124</sup> no significant changes in its application are to be expected.

It is interesting from the perspective of this evolution in other European states that the **Hungarian** Constitutional Court dismissed the claims of the parties on the basis of the 'right to work'.<sup>125</sup> Article 70/B of the Hungarian Constitution stipulates that "In the Republic of Hungary everyone has the right to work, to freely choose his job and profession".

The Constitutional Court concluded that this fundamental right includes also the *negative right*, that nobody can be obliged to work for an employer, which he has not freely chosen or he does not want to work for. However, the Court concluded that the rules on ordinary dismissals guarantee that employees can be released from the employment relationship which they do not want to continue. Moreover, the Court also dismissed the claims of the applicants, who argued that if the employee resigns he is not entitled to a statutory severance payment. According to the applicants this was detrimental to the employees because the reason for the resignation arose on the side of the employer, nevertheless it was the employee who had to terminate the contract. The Constitutional Court dismissed this argument on the basis that employees do not have a constitutional right to statutory severance payments. The Court went on to argue that the rule of the Labour Code stipulating that the change of the employer by a legal transfer does not affect the employment relationship was in fact what allowed compliance with the fundamental right to work.<sup>126</sup>

According to Kollonay the vague formulation of the sentence in Article 70/B (1) reflects a political compromise of the drafters of the Hungarian Constitution. One interpretation is that this section embraces *two, independent* contents of the right to work. On the one hand, it contains the right to freely choose one's occupation as a negative right, which includes the prohibition of forced labour and protection against unfair discrimination. On the other hand, it can be interpreted as also embracing the second dimension of the right to work, which implies a positive obligation of the state to guarantee this right.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> Grundgesetz that is the German constitution.

<sup>123</sup> (2001b) *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze* Bundestagsdrucksache, BT-Drs. 14/7760 p. 20 .

<sup>124</sup> For further analysis see (2000) *Menze, S.*, Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang; (2002) *Eichler, M.*, Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang nach § 613a BGB; as to the underlying question of the influence of constitutional rights on the labour law system in Germany: (1994) *Aussem, U.*, Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht.

<sup>125</sup> (1994a) Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága (Constitutional Court of the Hungarian Republic), *500/B/1994*

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> LEHOCZKYNÉ KOLLONAY, C. (2002) Alkotmányos alapelvek a munkajogi szabályozásban. IN CZÚCZ, O. A. I., SZABÓ (Ed.) *Munkaügyi Igazgatás, Munkaügyi Bírászkodás, Ünnepi Tanulmányok Radany József 75. születésnapára*. Miskolc, Bíbor Kiadó. p. 293-295.

However, after reading the Article Kiss draws the conclusion that the second part of the sentence must be read together with the first part. This would mean, however, that the Hungarian Constitution does not recognize a positive right to work, but only a general principle to organize effective employment policies.<sup>128</sup> As a consequence of the vague formulation of the sentence, the recognition of the right to work is matter of interpretation and might have contributed to the fact that the Constitutional Court recognized in its case law only the first interpretation of this right in the 1990s.<sup>129</sup>

The recognition of a right to refuse causes particular difficulties in the Hungarian context because it implies a conflict between the negative and positive contents of the *same* constitutional right. With the recognition of the automatic transfer of the employment relationship the state provides job security to the worker, who cannot be deprived from employment and from his/her acquired rights on the basis of unfair dismissals and without adequate compensation. However, this job security might undermine the other, equally important part of this right, namely to guarantee the contractual freedom of the employees to choose the employer or the undertaking s(he) wants to work for. This strong connection with the freedom of contract is reinforced by the fact that the rules on business transfers are in the chapter of the Labour Code about the rules on the modification of the contract of employment. However, as we have seen before, the transfer of an undertaking leads to an automatic modification of the contract of employment, therefore the consent of the parties is not required for the transfer of the rights and obligations arising from a contract of employment. This interpretation was based on the idea that in the majority of the cases the terms and conditions of the contract of employment remain intact following the transfer as well. It is only the person of the employer what will change. Indeed, the rules on the transfer of undertakings are called ‘changes in the identity of the employer by legal succession’.

The focus of the legislator on the person and identity of the employer and not on the conditions of the employment is important for our analysis. In the case of *outsourcing* for example an employee might be interested not only in job security and in the preservation of his/her *transferred rights*, but in maintaining the same overall conditions of employment. In these cases it might not be proportionate to force the employee to work for the new employer in order to enable the economic entity to continue the same activity following the transfer. In these cases the recognition of the right to refuse might create a better balance between the two elements of the right to work. However, the recognition of a right to refuse itself would not be sufficient to properly implement the right to work. It becomes only a substantial freedom of the worker, if other provisions, especially the rules on information and consultation, are properly enforced, which enable the workers to take the right decision.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> KISS, G. (2005b) Néhány észrevétel a „munkához való jog” és a foglalkozás és a munkavégzés szabad megválasztása alapjogi minősítéséhez. IN BALOGH, Á. É. S., HORNYÁK (Ed.) *Tanulmánykötet Erdős Emil Professzor 80. Születésnapja Tiszteletére*. Pécs, Kódex Nyomda Kft. p. 279.

<sup>129</sup> Lehoczkyné Kollonay Cs. *Ibid* p. 293-295.

<sup>130</sup> See similarly the Opinion of the Advocate General Van Gerven in the *Katsikas* case, (1992b) The European Court of Justice, *Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*. 16-12-1992 ECR I-6577.paragraph 19.

Interestingly the **Swedish** legislator did not refer to fundamental rights when deciding to implement the right to refuse. Instead the legislator simply stated that not granting the workers the possibility of requesting to remain in employment with the transferor, when implementing the rules of the Directive, would cause a change of the Swedish labour law system that would be to the detriment of the employees.<sup>131</sup> The implementation of the right to refuse would thus have to be interpreted in light of the founding principles of the Swedish labour law system in which fundamental rights do have a strong, albeit implicit, impact. Thus the legislator might not explicitly state that the absence of a right to refuse would jeopardize fundamental rights and ILO's prohibition of forced labour, but even so the protection against forced labour is to be considered part of the Swedish legal system.<sup>132</sup>

In the light of the above elaborated comparative analysis it seems to be common ground that the recognition of the right to refuse is approached on the basis of the 'right to work'. One of the reasons for the diversity of national laws might be the different interpretations and constitutional status of this right as such in the national constitutional traditions. One might conclude that this approach was constrained also by the case law of the German national courts, which referred the joined cases in the early 1990s to the European Court of Justice. Even though the *exercise* of the right to refuse has important implications in the field of law on termination, the right to protection against unfair dismissal is not an independent constitutional basis for justification for the right to refuse. It is usually considered in the framework of the right to work as well. The right to work has important connections with the contractual freedom of the parties as well. This is the question we would like to turn to in the next chapter.

### **3.2. Aspects of contract law**

Being the original source of the employment relationship, analyzing the worker's right to refuse the transfer of her/his contract of employment would not be complete without a particular focus on contract law. While this perspective had already been partially explored,<sup>133</sup> two questions still need to be raised<sup>134</sup>: is the identity of the parties part of the contractual substance, i.e. is it like the remuneration,<sup>135</sup> for instance, part of the different matters that can be regulated through a contract? If the reply were to be positive, we have then to analyze the content of the obligations to determine its scope, i.e. to what extent the substitution of one of the contracting parties distorts the contract

---

<sup>131</sup> (1994c) *Regeringens proposition 1994/95:102 - Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar* The Swedish Government Prop. 1994/95:102., p. 45.

<sup>132</sup> See for example the Swedish Constitution Chapter 1, Article 2 of the Instrument of Government (Regeringsformen), which states that "*Public power shall be exercised with respect for the equal worth of all and the liberty and dignity of the private person*" and further Chapter 2, Article 23 stating "*No act of law or other provision may be adopted which contravenes Sweden's undertakings under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*" Thus, the ILO convention might not be mentioned, but regardless the protection of fundamental rights is established in the Swedish constitution.

<sup>133</sup> See *supra* § 2. 2. 2 in the event of a transfer in France from a private to a public entity

<sup>134</sup> This distinction was primarily elaborated by JEAMMAUD, A. (1989) *Les polyvalences du contrat de travail. Les Transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*. Paris, Dalloz.

<sup>135</sup> Who would contest the contractual nature of the obligation to pay the salary, even though its amount may be determined, for the bottom line, by the legislator or collective agreement ?

of employment so that it must be perceived as a modification of the contract of employment that requires either the approval of any of the parties or their non-refusal.

### 3.2.1. *The contractual substance and the identification of the contracting parties*

Though it may be obvious that such a matter is part of the contractual substance, one could consider the undertaking for which the employee is performing his/her work to be the employer. The change of owner of this undertaking would thus not implicate a change of her/his employing party. This would imply that the contract of employment is personally binding for the employee whereas the employer is not judged by legal personality, but, rather by function and activity carried out. With such an outlook the employee's right to refuse the transfer of the employment contract would not be necessary as the employer is not considered to have changed in any matter that would be of importance for the continuation of the contract. This was the solution adopted without any disagreement by Portuguese legal thinking and courts up to 2003. It was considered that the employment relationship had been established with the undertaking; the transfer of the undertaking did not therefore imply a change of the employer but merely a change in the person owning the undertaking. The employee was rather seen as part of the assets of the undertaking than as a party of a contract of employment concluded with a physical or legal person.<sup>136</sup>

Though seductive, this solution seems, however, either false or ignorant of knowledge from different disciplines, including law. The term *undertaking* is often used as a term to designate either the firm or the employer. But all these expressions belong to fields of knowledge (law, management and economics) between which, concepts and ideas are not always interchangeable. While the firm and employer may be very close (one is an economic agent, the other is a legal actor),<sup>137</sup> the concept of undertaking is definitely not a satisfactory synonym for the concept of employer. The apparent interchangeability in colloquial language hides the specificity of the legal language and obstructs the correct application of the legal provisions. It is then hardly arguable that the identification of the contracting parties is not a matter of the contract of employment. We will now turn to the issue of to what extent the contract of employment can be modified without the consent of both parties.

### 3.2.2. *The intuitus personae and the private autonomy dimension of the contract of employment*

Undoubtedly, the identification of the contracting parties is part of the substance of the contract of employment, as showed in the previous section. We will argue that the *intuitus personae* dimension makes it a (substantial) change of the contract of

---

<sup>136</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (1980) Parecer n°.139/80.

<sup>137</sup> But even on this, there still is a lot to discuss on. Sociology could surely be called as well to evaluate the concept of undertaking. For an interdisciplinary example of such a discussion, see for instance BERNOUX, P. & LIVIAN, Y.-F. (1999) L'entreprise est-elle toujours une institution? *Sociologie du travail*, 41, 179-194.

employment<sup>138</sup> that requires either the approval of both parties or, at least, the non-refusal of the worker.

A contract of employment is a convention based on private law,<sup>139</sup> therefore general principles of contract law are applicable as long as the characteristics of the employment relationship do not require otherwise. The first focus when analysing the right of the employee to refuse to transfer is the concept of private autonomy. Private autonomy and, an important element of it, freedom of contract, basically provide natural and legal persons with the right to freely conclude agreements. These agreements for all parties are only binding thanks to their will, because they freely agree to all conditions.<sup>140</sup> And therefore contractual conditions can only be changed with the consent of all parties.

Private autonomy is another pillar on which the right to refuse has been based, within **German** Labour Court case-law.<sup>141</sup> As stated above, section 613a para. 1 cl. 1 BGB says that the transfer of the employment in the case of a transfer of an undertaking takes place by operation of law. When this norm had not yet entered into force, transferring a part of a business was an easy way to circumvent the protection of the Protection against Dismissal Act (KschG). The transfer of an employment contract only occurred if there was a trilateral agreement on this between transferor, transferee and affected employee.<sup>142</sup> This former legal situation in the light of private autonomy points at the demand for the consent of the affected employee or at least at the demand for a right to refuse.<sup>143</sup> It should also be considered that section 613 Cl. 2 BGB states that the right to the performance of services in cases of doubt is not assignable,<sup>144</sup> which is a clear expression of the so called *intuitus personae* dimension of the labour contract. Furthermore, in the case of transfers of employment the employee gets a new debtor; the assumption of a debt in general depends on the approval of the creditor under section 415 Para. 1 Cl. 1 BGB. This principle, which is a result of the doctrine of private autonomy, is also applicable regarding a contract of employment.<sup>145</sup>

In relation to this discussion it is interesting to note the **Swedish** regulations in force before the implementation of the Directive. At this time general contract law rules were applied to such situations. This meant that if the employee did not agree the employer would not be able to liberate himself from his contractual obligations by simply

---

<sup>138</sup> In opposition to non substantial modifications or what legislation like the French one describes as a modification of the execution of the contract which is up to the power of the employer.

<sup>139</sup> With further references: PICKER, E. (2007) *Arbeitsrecht als Privatrecht - Zur Leitidee der frühen Arbeitsrechtsdogmatik bei Philipp Lotmar und Erwin Jacobi*, ANNUSS, G., PICKER.,E., WISSMANN, H. (Eds.) *Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag*, p. 141 et sqq.

<sup>140</sup> As to the interdependency of private autonomy and the underlying legal system see with basic and essential consideration (1992) *Flume, W.*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II – Das Rechtsgeschäft*, chapt. I, § 1.

<sup>141</sup> For further discussion on third party interest as a limit to freedom of contract: (1992) *Habersack, M.*, *Vertragsfreiheit und Drittinteressen*.

<sup>142</sup> (1960) Bundesarbeitsgericht, *BAGE* 9, 62, 5 AZR 472/57. *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE)*.

<sup>143</sup> (1974) Bundesarbeitsgericht, *BAGE* 26, 301, 5 AZR 504/73. *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE)*.

<sup>144</sup> (1977) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a Nr. 8, AZR 703/75. Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*.

<sup>145</sup> *Ibid.*

transferring those obligations to someone else.<sup>146</sup> In order for the employment to be transferred to the transferee an agreement to this would have to be established between the employer and the employees. In practice, however, the transferor and the transferee did during this period often agree that the employees in the undertaking at stake were to be offered employment with the transferee and in practice such an agreement could be called upon by employees in order to claim a right to employment with the transferee.<sup>147</sup> The right to re-employment in accordance with Article 25 of the Employment Protection Act<sup>148</sup> was not fully applicable in situations of transfer of undertakings and it was actually possible for transferees to choose the employees with the transferor that were to be offered new employment. The weakness of the right to re-employment in these situations, not surprisingly, received a lot of criticism from trade unions and the problems that were pointed out by trade unions and scholars<sup>149</sup> have to a great extent been solved through the implementation of the Directive. Aspects of contract law were thus prevailing in the Swedish system at the time of implementation of the Directive and any changes that could be seen as decreasing the protection of the workers could not be considered.<sup>150</sup> It would thus have been impossible to implement the Directive in the Swedish system without including the right to refuse as such a solution would have neglected the worker's contractual autonomy in that (s) he would not have the possibility of voicing disagreement to the changes of the contract.

**Hungarian** private law recognizes the fundamental principle that a debt may be transferred only with the creditor's consent.<sup>151</sup> However, if the transfer of the obligations is prescribed by law, i.e. by an Act of Parliament, the transfer is mandatory and it does not require the consent of the creditor(s).<sup>152</sup> In order to provide job security and the protection of acquired rights of the workers under the conditions of growing unemployment and the dispersion of state ownership in the early 1990s, the rules on the transfer of undertakings in the Labour Code established an exception according to the above mentioned section in private law.<sup>153</sup>

The need for the acceptance of both parties for the contract of employment to be valid poses some problems when considering the automatic transfer of the contract of

---

<sup>146</sup> MULDER, B. J. (2004) *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Lund, Juristförlaget i Lund., pp. 128-129.

<sup>147</sup> (1985a) Arbetsdomstolen, *AD 1985 nr 35 Gävleborgs Bygglåt*. (The Swedish labour court judgement 1985 number 35).

<sup>148</sup> Article 25 LAS.

<sup>149</sup> EKLUND, R. (1990) *Entreprenader - arbetsrättsliga aspekter på en organisationsfråga*. *Juridisk Tidskrift*, 1989-90, 271-285. p. 284.

<sup>150</sup> On this position of the Swedish legislator see (1994c) *Regeringens proposition 1994/95:102 - Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar* The Swedish Government Prop. 1994/95:102., p. 45 where it is stated that any changes to the domestic legal order should not give rise to implications that are detrimental to the workers in comparison with the law in the current domestic legal order and that this current legal order does not oblige the workers to continue the employment relationship with the transferee. This was thus one of the major reasons for the Swedish legislator to implement the right to refuse.

<sup>151</sup> S. 332 (1)-2) of the Hungarian Civil Code (Act of Parliament No. 1959/IV).

<sup>152</sup> S. 333.

<sup>153</sup> In order to reinforce the aim of Directive to protect the interests of the workers the ECJ came to a similar conclusion as early as in the 1980s. See Joined Cases C-144 and 145/87 *Harry Berg and Johannes Theodorus Maria Busschers v Ivo Martin Besselsen* para. 13.

employment to the transferee as such a transfer automatically substitutes one of the contracting parties, i.e. the employer. The worker's right to refuse the transfer thus serves as a means of ensuring that the change of employer does not occur without the acceptance of the employee. This also includes the acceptance of being transferred since an employee who is entitled to the right could decide to exercise it by not refusing the proposition of the modification of her/his contract of employment.

This section aimed to investigate the different arguments that have been or could be used to claim the existence of the right to refuse. A plurality of sources has been called upon in this research, and the results certainly do not indicate the irrelevance of such a claim. As Dockès observes:

“when the only means to refuse one's employer's decision is to resign, then this decision is contingent on the employer's and not the employee's decision. On the other hand, if a right to refuse exists, the contract remains with its actual contracting parties. It cannot be said on one side that the worker has the freedom to choose her/his employer, and on the other side that the substitution of the employing party is imposed on the worker unless (s)he resigns. The first contradicts the latter”.<sup>154</sup>

Thus the most obvious solution is the possibility of seeing a reluctant worker remaining at the services of the transferor. However, this solution has rarely been chosen by the Member States though it may be one to be explored.

#### **4. Conclusion and Outlook**

In summarising our findings and drawing some conclusions we can first of all state that the *Katsikas* case has been received and interpreted differently in the Member States. Some Member States have interpreted the judgement in the *Katsikas* case as introducing a right for the workers to refuse to have the contract of employment transferred and obliging the Member States to implement this right, as, for example, Sweden and the UK. Others have, however, instead interpreted the judgement as leaving it to the discretion of the Member States to decide whether or not such a right should be implemented in the national legal order, for example Hungary and Portugal. This has led to national variation concerning the solutions adopted in the Member States covered in our study.

In France, Hungary and Portugal the workers' right to refuse to have the contract of employment transferred has not been implemented. The main reasons for this have been: that the Directive imposes on both parties the continuation of the employment relationship and the fundamental freedom of the worker is respected as (s)he still has the freedom to resign if (s)he refuses to work for the transferee in France; that the legal consequences of business transfers are perceived as an automatic modification of the contract of employment since the contract of employment will be automatically maintained without any changes in terms and conditions, because the contract of employment is personally binding on the side of the employee, but not so on the side of the employer in Hungary; and grounds of political economy encompassing the idea that

---

<sup>154</sup> DOCKÈS, E. (2005) *Droit du travail, Relations individuelles*, Paris, Dalloz. (The translation is ours)

workers are part of the assets of the undertaking rather than a party to a labour contract in Portugal.

In the UK the right has been implemented, but since the exercise of the right will have the effect of the worker being considered as having resigned from the contract of employment, such a disposition can be considered as emptying the right. The reason being that the UK understood the *Katsikas* case as obliging the Member States to implement this right, but there was a wish to preserve classical notions of freedom of contract, but not to provide a basis for the employee to be able to claim compensation for wrongful dismissal or redundancy payments as a result of the transfer. In Germany and Sweden the right to refuse has been implemented in a manner that can provide the worker with a stronger protection since the exercise of the right will oblige the transferor to find a replacement position for the worker and only if this is not possible will the employment contract be terminated. This termination will, however, be considered as a dismissal which grants the worker the right to redundancy payments, thus limiting the financial consequences for the workers exercising their right to refuse. Whereas the implementation of this right in the German system was what generated the *Katsikas* case, the Swedish legislator interpreted the *Katsikas* case as providing an option to implement this right and chose to do so in order to assure that the level of protection for the workers would not be infringed by the implementation of the Directive.

It has further been shown that fundamental rights, such as the right to work, the prohibition of forced labour and the protection against unfair dismissal, are all of relevance when discussing the workers' right to refuse to have the contract of employment transferred. However, these fundamental rights have been used in arguments both in favour of and against the implementation of the right to refuse. This diversity of possible interpretations, both of the fundamental rights and of the ECJ judgement in the *Katsikas* case, shows two things. First, something that is commonly known amongst lawyers, that law is an art of interpretation and formulation of convincing arguments based on legal sources. Secondly, and more important in this discussion, that the national context is of utmost importance when law is interpreted and implemented. In fact the solutions adopted in the Member States that we have examined all show that the national traditions have governed the choice of the legislator.

The most promising track might be actually located in the contract of employment itself. Indeed, two interpretations can be elaborated from that section. A first and modest interpretation would be to state that those tools, which could be used to enable a worker to refuse her/his transfer, are only epiphenomena that do not predetermine a general recognition of the right to refuse. A second and certainly more ambitious one would rather consider that the contractual vigour demonstrates its potentiality to enable workers to refuse their transfer. These examples indicate the beginning of a more general judicial process that would recognize for the worker the right to refuse her/his transfer. Once all the other paths have been examined, they will appear conclusive elements to admit that workers are entitled to refuse. This solution would only mean that there are different ways to implement this right to refuse, but that normatively the right is no longer to be questioned. The variety of implementation would hence demonstrate the plurality of possibilities in the Member States that are conceivable in order to safeguard employees' rights in the event of a transfer of undertaking.

But this question of the right to refuse also raises matters of legal policy considerations concerning labour market structures and systems that deserve some more detailed attention. One of the words most often repeated over the last 20 years in the legal thinking concerning labour law has been *flexibility*. There is a perceived need for labour markets to be more flexible although the perception is not as strong when you ask what exactly the content of this flexibility is.

The question of the right to refuse could be framed within such a discussion; the protection in events of transfers of undertakings plays in itself a dual role of protection, it intends both to protect employers and employees. The intention to protect employers is manifested in ensuring them a stable undertaking, in particular in sectors where the workforce is of crucial importance for the commercial value of the undertaking. The intention to protect employees is manifested in the obligation of the transferee to accept all of them and prohibit situations of cherry-picking and bargaining over which employees are transferred. In this context, the recognition of the right to refuse is an expression of this movement of individualisation of labour law because in this framework employees are *not* considered to be part of the assets of the undertaking. It is an expression of the emancipation of the employee as an individual and a party of a contract and at the same time it functions as a strong instrument for his/her protection because it grants him/her a say in the destiny of his/her employment relationship.

However, this might work as a double-edged sword, taking into account its impact on the market. If on the one hand it emancipates the individual, it might on the other hand have adverse effects on the commercial transactions that have the undertaking as its object because a mass refusal to be transferred could jeopardise the whole intention underlying the transfer. This is where the information and consultation procedures provided for in the Directive are of primary importance, in order to achieve a harmonisation of interests beforehand.

Agell argues

“It is common to argue that the process of globalization will pressure politicians to make the labour market more flexible... I argue that the opposite may happen. Labour market institutions can be thought of as an instrument of social insurance that protects workers against risks that for which private insurance is hard to come by. Due to the increased external risks that accompany globalization, the demand for social insurance through a rigid labour market may increase in the future”.<sup>155</sup>

The current debate on the right to refuse could illustrate this demand; such a position would be a very worker-oriented position of both notions of employment and stability. However, as some authors indicate,<sup>156</sup> the main function of the Directive, through the

---

<sup>155</sup> AGELL, J. (1999) On the Benefits from Rigid Labour Markets: Norms, Market Failures and Social Insurance. *The Economic Journal*, 109, 143-164. quoted from POCHEP, P. (2007) Restructurations: quelles politiques publiques d'accompagnement: Construction des mécanismes d'adaptabilité dans l'Union européenne. *unpublished*.

<sup>156</sup> BAILLY, P. (2003) Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise? *Dr. Soc.*, p. 474-481, BAILLY, P. (2007) L'actualité de l'article L. 122-12. *Semaine Sociale Lamy*, 1290, 7-11, CHAGNY, Y. (2005) "La jurisprudence française sur le libre choix du salarié". IN ISLSSL (Ed.) *VIII European Congress*. Bologna, HENRY, M. (2006) Aux limites de l'article L. 122-12. *Dr. Soc.*, 275-279, JEAMMAUD, A., CHAGNY, Y. & RODIÈRE, P. (2007) Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail? *Revue de droit du travail*, 216-221, MAZEAUD, A. (2005) Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprises. *Dr. Soc.*, 737-742, SUPIOT, A. (2006) Les salariés ne sont pas à vendre. *Dr. Soc.*, 264-273.

automatic transfer of the contracts from the transferor to the transferee, is nowadays to enable the latter to have the workforce needed to pursue the operation of the undertaking. We then assume that the stability, targeted through the Directive and its national transposition, is more sought by the employing entities than by the workers. The Directive seemed to pursue a particular goal: safeguarding the employees' rights. Time may have come to reset the interpretation of the Directive and correct the growing dissymmetry between the objective and the current solutions.

## **Bibliography**

### ***Court cases***

#### **European Court of Justice**

- (1985b) European Court of Justice, *Case 105/84. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation*. 11-07-1985 ECr 02639.
- (1988a) European Court of Justice, *Case 324/86. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S*. 10-02-1988 ECR 00739.
- (1988b) The European Court of Justice, Joined cases 144 and 145/87. Harry Berg and Johannes Theodorus Maria Busschers v Ivo Martin Besselsen. 05-05-1988 ECR 2559.
- (1992b) The European Court of Justice, Joined cases C-132/91, C-138/91 and C-139/91. Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH. 16-12-1992 ECR I-6577
- (1996) European Court of Justice, *Case C-305/94. Claude Rotsart de Hertaing v J. Benoidt SA, in liquidation and IGC Housing Service SA*. . 14-11-1996 ECR I-05927.
- (2000) European Court of Justice, *Case C-175/99. Didier Mayeur v Association Promotion de l'information messine (APIM)*. ECR I-07755.
- (2002b) European Court of Justice, *Case C-51/00. Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen and Others*. 01-24-2002 ECR I-00969.

#### **French courts**

- (1983) French Constitutional Council, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*. May, 28th 1983
- (2002) Cour de Cassation, Soc. 10th of July, 2002, *Recueil Dalloz* 2002, Somm. 3111, obs. J. Péliissier
- (2006) Cour de Cassation, 10 octobre 2006, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 472, obs. J. Mouly

#### **German courts**

- (1960) Bundesarbeitsgericht, *BAGE* 9, 62, 5 AZR 472/57. Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE) 9, 62 sqq.
- (1974) Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 504/73, *BAG AP § 613a BGB Nr. 1*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (1977) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 8, AZR 703/75*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).

- (1986) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 55, 2 AZR 101/85*, Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (1992a) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 96, 2 AZR 449/91*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (1993a) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 103, 2 AZR 50/92*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (1993b) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 22, 2 AZR 449/91 (B)*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (1998b) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 177, 8 AZR 139/97*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (2001a) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 215, 8 AZR 336/00*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (2004) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a BGB Nr. 275, 8 AZR 462/03*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (2006) Bundesarbeitsgericht, *BAG AP § 613a Nr. 312, 8 AZR 305/05*. Arbeitsrechtliche Praxis (AP).
- (2007) Bundesarbeitsgericht, *2 AZR 276/06*. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP) 2007, p. 2433

### **Hungarian courts**

- (1993c) *BH 1993/1*. Court Reports (Bírósági Határozatok)
- (1994a) Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága (Constitutional Court of the Hungarian Republic), *500/B/1994*
- (1995) *BH 1995/7/434*. Court Reports (Bírósági Határozatok)
- (1997) *BH 1997/3/153*. Court Reports (Bírósági Határozatok)
- (1998c) Supreme Court, *LB Mfv. I. 10. 161/1998*. unpublished

### **Portuguese courts**

- (1994b) Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão de 9 de Novembro de 1994*
- (2002a) Supremo Tribunal de Justiça, *Acórdão de 19.06.2002*.

### **Swedish courts**

- (1985a) Arbetsdomstolen, *AD 1985 nr 35 Gävleborgs Byggplåt*.
- (1998a) Arbetsdomstolen, *AD 1998 nr 144. Handelsanställdas förbund mot Blomman SC Aktiebolag i Stockholm*. 1998-12-16

### **Public printings**

- (1994c) *Regeringens proposition 1994/95:102 - Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar* The Swedish Government Prop. 1994/95:102.
- (1998d) *Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses* OJ L 201 , 17/07/1998, p. 88-92.
- (2001b) *Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache, BT-Drs. 14/7760* p. 20
- (2002c) *Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes Bundesgesetzblatt (BGBl.) (Federal Law Gazette) Teil I Nr. 21* p. 1163.

### **Conference proceedings and reports**

- CHAGNY, Y. (2005) "La jurisprudence française sur le libre choix du salarié". IN ISLSSL (Ed.) *VIII European Congress*. Bologna.
- GARCIA PEREIRA, R. (2005) *Natureza Jurídica da Transmissão do Estabelecimento Comercial*. Verbo Jurídico.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (1980) *Parecer n°.139/80*.

### **Articles and books**

- ABRANTES, M. C. (1989) *A transmissão do estabelecimento comercial e seus efeitos no contrato de trabalho*, Coimbra.
- ABREU, J. C. D. A. (1982) *A empresa e o empregador np Direito do Trabalho*, Coimbra.
- AGELL, J. (1999) *On the Benefits from Rigid Labour Markets: Norms, Market Failures and Social Insurance*. *The Economic Journal*, 109, 143-164.
- ANACORETA CORREIA, J. & AMORIM MAGALHÃES, J. (2007) *Perspectiva laboral da transmissão de estabelecimento*. *Actualidade Jurídica (Uría Menendez)*, 98 ff.
- AUSSEM, U. (1994) *Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht*, 1st edition, Köln.

- BAILLY, P. (2003) Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise? *Dr. Soc.*, p. 474-481.
- BAILLY, P. (2007) L'actualité de l'article L. 122-12. *Semaine Sociale Lamy*, 1290, 7-11.
- BERKE, G. (2001a) A munkavállalói jogok védelme a munkáltató személyében bekövetkező változások esetében IN KISS, G. (Ed.) *Az Európai Unió Munkajoga*. Budapest Osiris Kiadó
- BERKE, G. (2001b) A munkajogi jogutódlás. *JURA*, 1, 19-35.
- BERNOUX, P. & LIVIAN, Y.-F. (1999) L'entreprise est-elle toujours une institution? *Sociologie du travail*, 41, 179-194.
- BOUBLI, B. (2005) L. 122-12 dissout dans le service public. *Semaine Sociale Lamy*, 1238, 6-9.
- CARVALHO, C. N. D. O. (2003) Admissibilidade de um acordo entre o transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão dos contratos de trabalho. *Questões Laborais*, XXI, 99-103.
- DARDALHON, L. (2005) La liberté du travail devant le Conseil Constitutionnel et la Cour de Cassation. *Revue française de droit constitutionnel*, 755-780.
- DAVIES, P. (1993) Transfers Again: Contracting Out and the Employee's Option. *Industrial Law Journal*, 151-153.
- DOCKÈS, E. (2002) Equality in Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective. *The International Journal of Comparative Labour Law and industrial Relations*, 18, 187-196.
- DOCKÈS, E. (2005) *Droit du travail, Relations individuelles*, Paris, Dalloz.
- EICHLER, M. (2002) *Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang nach § 613a BGB*, 1<sup>st</sup> edition, Berlin, Mensch & Buch.
- EKLUND, R. (1983) *Anställningsförhållandet vid företagsövertagelser*, Stockholm, Norstedts.
- EKLUND, R. (1990) Entreprenader - arbetsrättsliga aspekter på en organisationsfråga. *Juridisk Tidskrift*, 1989-90, 271-285.
- FLUME, W. (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft*, 4th edition, Berlin, Heidelberg, New York, Springer.
- GAUL, B. (2005) Sozialauswahl nach Widerspruch gegen Betriebsübergang. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2005, 730 et sqq.

- GOMES, J. (1996) O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJ das CCEE em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art.37º da LCT e a Directiva 77/187/CEE *Revista de Direito e Estudos Sociais*.
- GOMES, J. (2001) A jurisprudência recente do TJCE em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento: inflexão ou continuidade? *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Lisboa, Almedina.
- GOMES, J. (2007) *Direito do Trabalho*, Coimbra.
- GONÇALVES DA SILVA, L. (2007) Nótula sobre os efeitos colectivos da transmissão de empresa *Sub-Judice*.
- GRATANI, A. (1993) L'impresa viene trasferita, la tutela del lavoratore resta *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 93-94.
- HABERSACK, M. (1992) *Vertragsfreiheit und Drittinteressen*, 1st edition, Berlin, Duncker und Humboldt.
- HAGELMAYER, I. A. S., DR. SEBESTYÉN KATALIN (1999) *A gazdasági társaságok, az egyesülés és közhasznú társaság munkajogi kérdéseinek új szabályai*, Budapest, Agrocent Kiadó.
- HENRY, M. (2006) Aux limites de l'article L. 122-12. *Dr. Soc.*, 275-279.
- HIRSCH, J.-P. (1989) Revolutionary France, Cradle of Free Enterprise. *The American Historical Review*, 94, 1281-1289.
- JEAMMAUD, A. (1989) Les polyvalences du contrat de travail. *Les Transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*. Paris, Dalloz.
- JEAMMAUD, A. (2005) Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT*, 41.
- JEAMMAUD, A., CHAGNY, Y. & RODIÈRE, P. (2007) Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail? *Revue de droit du travail*, 216-221.
- JEAMMAUD, A. & LE FRIANT, M. (1997) La Directive 77/187 CEE, la Cour de Justice et le droit français. *EUI Working Paper*, 97/3.
- KISS, G. (1995) A Legfelsőbb Bíróság MK 154. számú állásfoglalása a munkavállalók jogainak és a vállaltok, üzemek és üzemszervek tulajdonosváltozása esetén történő megóvásáról szóló 77/187 (EGK) számú Irányelvnek tükrében *Jogtudományi Közlöny*, Vol. 10, pp. 437-450.
- KISS, G. (2005a) *Munkajog*, Budapest, Osiris.

- KISS, G. (2005b) Néhány észrevétel a „munkához való jog” és a foglalkozás és a munkavégzés szabad megválasztása alapjogi minősítéséhez. IN BALOGH, Á. É. S., HORNYÁK (Ed.) *Tanulmánykötet Erdősy Emil Professzor 80. Születésnapja Tiszteletére*. Pécs, Kódex Nyomda Kft.
- KRAUSE, R. (2006) Kollektiver Widerspruch beim Betriebsübergang - Rechtsmissbrauch wegen zu Grunde liegender Zweckverfolgung. *Recht der Arbeit (RdA)* 2006, 229 - 235.
- KÄLLSTRÖM, K. & MALMBERG, J. (2006) *Anställningsförhållandet - Inledning till den individuella arbetsrätten*, Uppsala, Iustus Förlag AB.
- LEHOCZKYNÉ KOLLONAY, C. (2002) Alkotmányos alapelvek a munkajogi szabályozásban. IN CZÚCZ, O. A. I., SZABÓ (Ed.) *Munkaiügyi Igazgatás, Munkaiügyi Bírászkodás, Ünnepi Tanulmányok Radany József 75. születésnapjára*. Miskolc, Bíbor Kiadó.
- LIBERAL FERNANDES, F. (1999) Transmissão do estabelecimento e oposição à transferência do contrato do trabalho: uma leitura do art.37º da LCT conforme ao Direito Comunitário. *Questões Laborais*, VI.
- LOBO XAVIER, V. D. G. (1986) Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art.37º da LCT. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXVIII.
- LÜKE, G. (1986) Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*, case comment on § 613a BGB Nr. 55.
- LUNNING, L. & TOIJER, G. (2002) *Anställningsskydd*, Stockholm, Norstedts Juridik Ab.
- MAZEAUD, A. (2005) Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprises. *Dr. Soc.*, 737-742.
- MCMULLEN, J (2008) *The 'Right' to Object to Transfer of Employment under TUPE*, 2008 *Industrial Law Journal* 37(2): 169-177.
- MENZE, S. (2000) *Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang*, 1st edition, Frankfurt, Lang.
- MONTEIRO FERNANDES, A. (2007) *Direito do Trabalho*, Almedina.
- MOULY, J. (2007) Une nouvelle rupture du contrat de travail produisant les effets d'une démission : le refus du salarié de passer au service du repreneur. *Recueil Dalloz*, 472.
- MULDER, B. J. (2004) *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Lund, Juristförlaget i Lund.

- MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. AND SCHMIDT, I. (Eds.) (2008) *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8th Edition.*
- NYSTRÖM, B. (2002) *EU och arbetsrätten*, Stockholm, Norstedts Juridik AB.
- PÉLISSIER, J., SUPIOT, A. & JEAMMAUD, A. (2006) *Droit du travail*, Paris, Dalloz.
- PICKER, E. (2007) Arbeitsrecht als Privatrecht - Zur Leitidee der frühen Arbeitsrechtsdogmatik bei Philipp Lotmar und Erwin Jacobi, ANNUSS, G., PICKER, E., WISSMANN, H. (Eds.) *Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag*, p. 141 et sqq. .
- POCHET, P. (2007) Restructurations: quelles politiques publiques d'accompagnement: Construction des mécanismes d'adaptabilité dans l'Union européenne. *unpublished.*
- PRUGBERGER, T. (2001) *Európai és Magyar Összehasonlító Munka- és Közszolgálati jog* Budapest, KJK-KERSZÖV.
- RADNAY, J. (2004) A munkáltatói jogutódlás kérdései. *Gazdaság és Jog*, Vol. 2., pp. 17-22.
- RIEBLE, V. (2005) Kollektivwiderspruch nach § 613a VI BGB. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2005, 1-8.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2007) *Direito do Trabalho*, Almedina.
- ROMANO MARTINEZ, P., MONTEIRO, L. M., VASCONCELOS, J., BRITO, P. M. D., DRAY, G. & SILVA, L. G. D. (2004) *Código do Trabalho Anotado*, Almedina.
- SCHMIDT, F. (1997) *Facklig arbetsrätt*, Stockholm, Juristförlaget.
- SIGEMAN, T. (2001) *Arbetsrätten*, Stockholm, Norstedts juridik.
- SIMÃO, J. (2002) A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional. *Questões Laborais*, IX.
- SOUBIRAN-PAILET, F. (1998) De nouvelles règles du jeu? Le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. IN LE CROM, J.-P. (Ed.) *Deux siècles de Droit du Travail*. Paris, Les éditions de l'atelier.
- SUPIOT, A. (2006) Les salariés ne sont pas à vendre. *Dr. Soc.*, 264-273.
- VASCONCELOS, J. (2004) A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho. *Revista do CEJ*, 73-95.
- VILLEY, M. (2001) *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## A fraude à lei e o despedimento colectivo na transmissão da unidade económica<sup>1</sup>

Publicado em Questões Laborais, Ano XVII, n.ºs 35 e 36 (JAN/DEZ), 2010, pp. 158-202.

Cláudia Maria Monteiro Gomes de Sousa

### Introdução

O tema da transmissão do estabelecimento, da empresa ou da unidade económica abrange uma multiplicidade de questões; por isso, a economia do presente trabalho exigiu uma delimitação precisa do objecto da dissertação.

O objectivo visado consiste em demonstrar que mesmo nos casos em que o despedimento colectivo é válido, visto que estão preenchidos todos os pressupostos, este toma-se ilícito, porque a transmissão de uma empresa ou de estabelecimento nunca pode ser fundamento para o despedimento por parte do transmitente ou transmissário.

Para o efeito, tentarei apresentar soluções que ajudem a esclarecer as dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Antes de entrar no tema propriamente dito, começarei por fazer um breve enquadramento da situação através do recurso à análise do instituto da fraude à lei no âmbito da transmissão da unidade económica e das teorias subjacentes, e qual a posição da nossa doutrina relativamente a cada uma delas, demonstrando como é que essa figura pode ser utilizada pelo transmitente/transmissário para contornar a Directiva, através do recurso a um despedimento colectivo aparentemente válido, e por conseguinte, os direitos dos trabalhadores ficam desprotegidos, ao contornarem a regra geral da manutenção dos contratos de trabalho e o princípio da estabilidade do emprego consagrado na CRP.

De seguida, explicarei o âmbito de aplicação da directiva e, de forma abreviada, o problema da incompleta ou incorrecta transposição e respectivas consequências, assim como

---

<sup>1</sup> O trabalho que agora se apresenta corresponde, com alterações, à tese de Mestrado defendida em Outubro de 2009, na Universidade Católica Portuguesa, Porto, perante um júri presidido pelo Prof. Doutor Júlio Vieira Gomes, pela Prof. Doutora Catarina de Oliveira Carvalho, orientadora desta dissertação, e pela Mestre Paula Camanho.

a questão do efeito vertical e horizontal das directivas e a relevância do princípio da interpretação conforme.

Após esta análise prévia, estarei apta a abordar o tema que dá origem à minha tese.

Para tal, começarei por analisar em termos muito sintéticos a noção de despedimento colectivo, com especial incidência nos seus pressupostos e, a partir daí, está traçado o fio condutor para demonstrar que, apesar da aparência de licitude de um despedimento colectivo, este será ilícito sempre que for motivado pela transmissão. Toda a explanação que se segue tem por objectivo cimentar essa ideia através do recurso à doutrina e jurisprudência portuguesas e estrangeiras.

Por último, apresentarei soluções possíveis para a identificação da relação de causalidade entre a transmissão e o despedimento, as quais passarão por uma proposta de reformulação da redacção do art. 4.º/1 da Directiva, ou por uma interpretação extensiva do preceito.

## 1. Fraude à Lei

Ao recuarmos no tempo, poderemos constatar que, no Direito Romano, o conceito de fraude (*fraus*) não existia, embora pudesse ser encontrada uma vaga ideia de *fraus*, a qual era tida como «um comportamento malicioso e contrário à norma explícita ou implícita, ou ao costume, através do qual se tenta conseguir um resultado ilícito»<sup>2</sup>. Deste modo, distinguia-se os actos em fraude à lei dos actos contrários à lei nos termos apontados por Paulo<sup>3</sup>. Esta citação foi traduzida por Castro Mendes e diz o seguinte: «Age contra a lei aquele que fez aquilo que a lei proíbe; age em fraude à lei aquele que evita o comando dela respeitando as palavras da lei»<sup>4</sup>. Todavia, esta definição não tem razão de ser, uma vez que «não se pode violar uma letra, só um comando, revelado pelo verdadeiro sentido ou espírito de lei, *mens legis*»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol. II, reimpressão, Coimbra, 1992, p. 691.

<sup>3</sup> «[C]ontra legem facit quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit» in Ulpiano, D.1.3.30. e C.1.14.5, fascículo 65-III.

<sup>4</sup> Vd. Manuel de Andrade, *ob. cit.*, p. 691.

<sup>5</sup> João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, AAFDL, 1995, p. 501.

Na doutrina portuguesa, um dos primeiros autores a abordar o instituto da fraude à lei foi Beleza dos Santos<sup>6</sup> que, em paralelo com a doutrina alemã, defendia a não autonomização do instituto. Tal ideia é ainda hoje defendida pela nossa doutrina.

Em termos práticos, a fraude à lei equipara-se aos actos contrários à lei<sup>7</sup>.

Deste modo, «a fraude à lei toma-se possível sempre que o legislador, ao redigir o texto legal, intenta impedir um resultado que considera indesejável ou promover um resultado que considera desejável através da proibição ou da imposição das condutas tidas como causais desses resultados desejáveis ou indesejáveis»<sup>8</sup>.

Para falarmos de fraude à lei, temos que ter em consideração duas teorias: uma objectiva e outra subjectiva.

Na teoria objectiva está implícito o resultado ilícito. Aqui não se exige o elemento intencional, nem a imputação subjectiva, bastando que a conduta do agente produza um resultado ilícito, isto é, um resultado que a lei pretende que não se produza. A violação da lei existe sempre independentemente de se violar a letra ou o espírito da lei e de esta ser ou não uma violação directa ou indirecta, porque não há forma, nem faz sentido algum, distinguirmos os actos contrários à lei dos actos em fraude à lei. Daí a nossa doutrina considerar totalmente irrelevante o carácter intencional de defraudar a lei<sup>9</sup>. Nas palavras de Larenz, existe fraude à lei

---

<sup>6</sup> José Beleza dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, pp. 101 e ss. Nas palavras do autor: «Tudo depende portanto da interpretação e nada fica como âmbito autónomo para a doutrina da fraude à lei, não podendo por isso, contrapor-se os actos de fraude à lei aos actos contra a lei. Na verdade, os primeiros ofendem a letra do texto legal, os segundos, o seu espírito, mas uns e outros violam a lei, porque letra e espírito são elementos essenciais e inseparáveis da norma legal».

<sup>7</sup> «É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável». Na mesma orientação, Emílio Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, T. II, trad. port. de Fernando Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1969, p. 349.

<sup>8</sup> Neste sentido, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 345; Emílio Betti, *ob. cit.*, p. 331.

<sup>9</sup> Esta é a concepção seguida quer pela doutrina portuguesa (Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 557 e ss.); Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol. II, Coimbra, 1964 (reimpressão de 1992), pp. 338 e ss.; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, T. 1 - Parte Geral, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 694 e ss.; Castro Mendes, *ob. cit.*, pp. 501 e ss. (Vol. III, 1979, pp. 769 e ss.); Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 594 e ss.; quer pela doutrina alemã, Karl Larenz, Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C.H.Beck, München, 2004, pp. 731 e ss. Tal orientação é também perfilhada pela doutrina espanhola. Neste sentido, *vd.* Galiana Moreno, *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: El Fraude de Ley en las Relaciones de Trabajo: un análisis jurisprudencial -*

«quando as partes procuram alcançar o escopo de um negócio proibido por causa desse mesmo escopo, com o auxílio de um negócio não proibido»<sup>10</sup>.

Por sua vez, à teoria subjectiva subjaz o intuito fraudulento do agente. Aqui está presente a conduta do agente (*animus fraudandi*). Contudo, é muito difícil provar as intenções do agente e, muitas vezes, essa mesma intenção «pode não existir sempre que o resultado prático seja o da frustração da intencionalidade legal»<sup>11</sup>.

Na minha opinião, toma-se fácil defraudar, manobrar, iludir a lei ou os mecanismos legislativos que visavam impedir o resultado ilícito, em virtude da instabilidade e deficiências legislativas do nosso país, porque a nossa legislação tem sido objecto de sucessivas alterações e, por consequência, os mecanismos processuais para fazer face a situações fraudulentas, como é lógico, não conseguem acompanhar essas mesmas alterações e, por sua vez, deixam de ser eficazes para solucionar essas questões. Por isso, é urgente criar-se uma certa estabilidade legislativa para que os mecanismos processuais possam ser eficazes para travar ou impedir situações fraudulentas.

A sanção aplicável aos negócios em fraude à lei é a nulidade. No entanto, temos que ter presente duas previsões legais: o art. 280.º CC, visto que tais negócios são contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes (esta é a sanção perfilhada pela doutrina) e o art. 294.º CC, uma vez que certos autores entendem que estes negócios são nulos por violarem disposições de carácter imperativo. A meu ver, parece-me mais correcto aplicar-se o art. 294.º CC, uma vez que é uma disposição mais abrangente, não se limitando ao objecto-conteúdo do negócio jurídico. Neste sentido, afirma Heinrich Hörster que «o art. 294.º não abrange somente os negócios em que a violação da lei é manifesta, mas abrange também os “negócios Sucedâneos”, ou seja, os negócios jurídicos em que os interessados defraudam uma norma imperativa»<sup>12</sup>.

Em Itália, a sanção é idêntica, ou seja, a nulidade do negócio prevista no art. 1418.º/2 CCI.

Relativamente à ordem jurídica portuguesa é importante sabermos qual das teorias *supra* mencionadas deveremos ter em conta, porque torna-se imperativo averiguar que

---

*Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 446 e ss.*

<sup>10</sup> Cfr. António Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 693; Karl Larenz, Manfred Wolf, *ob. cit.*, pp. 731 e ss.

<sup>11</sup> *Vd.* Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 346.

<sup>12</sup> Assim, Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 521.

princípios da ordem pública é que estão implícitos à lei que é objecto de fraude, uma vez que tudo varia consoante a teoria adaptada. Assim, no âmbito contratual, o conteúdo do negócio jurídico não infringe de forma directa a lei objecto de fraude, colidindo apenas com a imperatividade da norma defraudada, com a intencionalidade normativa dessa mesma norma que é a ordem pública e, como tal, um contrato fraudulento é considerado ilícito<sup>13</sup>.

Daqui se retira que as normas objecto de fraude são as normas imperativas<sup>14</sup> e, dentro destas, as proibitivas.

Ora, segundo a teoria subjectiva, temos que saber até que ponto tal conduta/intenção não colide com os bons costumes, ou seja, saber se a conduta do agente é tida como moral ou imoral. E, como tal, teríamos que fazer um juízo de mérito.

Já se adaptarmos a teoria objectiva, a questão prende-se com a interpretação da lei e do contrato, isto é, saber se a lei que é objecto de fraude «deve ser interpretada de modo a abranger também aquela situação e se o contrato em concreto celebrado deve ser interpretado de modo a lhe ser aplicável aquela lei»<sup>15</sup>. É por isto que a doutrina portuguesa e alemã defendem a não autonomização da figura da fraude à lei «como categoria jurídica com uma estrutura e disciplina próprias»<sup>16</sup>, porque a questão da fraude à lei se «subsume numa questão de interpretação da norma “iludida” e de fixação do seu âmbito de aplicação»<sup>17</sup>, É através da explicação da norma que se combate a ilusão. Para cimentar esta ideia, note-se que o nosso legislador não prevê nenhuma norma relativa à fraude, contrariamente ao que acontece no Direito Internacional Privado (art. 21.º CC). O motivo que levou o nosso legislador a não criar uma norma que regulasse a figura da fraude à lei, foi pelo facto de tal instituto consistir numa violação da lei, que existirá sempre que se viole a letra da lei ou o espírito da lei, dado que não há forma de se distinguir os actos *contra legem* e em fraude à lei.

<sup>13</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 347, nota 693: a doutrina italiana «considera contrários à ordem pública e aos bons costumes os contratos que realizam um programa económico que, nos seus resultados, colide com normas imperativas».

<sup>14</sup> Neste sentido, Luigi Carraro, *Il Negozio in Frode Alla Legge*, Cedam, Padova, 1943, pp. 143 e ss.

<sup>15</sup> *Vd* Pedro Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 348. Esta é também a orientação de Frederico de Castro Y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 371: tudo depende do valor que se atribui às leis e qual o significado que têm relativamente ao objecto negocial. E é precisamente por isto que a fraude à lei é uma questão que se prende com a interpretação, quer da lei, quer do negócio jurídico.

<sup>16</sup> Cfr. Joana Isabel Sousa Nunes Vicente, *A Fuga à Relação de Trabalho (Típica): Em Torno da Simulação e da Fraude à Lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 31.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 42.

A doutrina espanhola<sup>18</sup> define a fraude à lei como uma conduta humana, intencional ou não intencional que, por acção ou omissão, evita a aplicação da lei a uma determinada situação de que é parte o agente defraudador<sup>19</sup>, com o objectivo de obter uma contrapartida para si próprio e originando a outrem um dano ou prejuízo. Esta definição segue os termos da nossa doutrina.

No Direito do Trabalho, podemos encontrar a fraude à lei relativamente à transmissão da empresa ou estabelecimento com o objectivo de defraudar os direitos e os deveres dos trabalhadores e, na maioria dos casos, as actuações fraudulentas têm como objectivo impedir a eficácia do princípio da estabilidade do emprego<sup>20</sup>.

Em primeiro lugar, convém sublinhar que a regra base é a de que com a transmissão do estabelecimento os contratos de trabalho mantêm-se, ou seja, transmitem-se para o transmissário<sup>21</sup>. Daqui a doutrina retira a existência de uma sub-rogação legal<sup>22</sup> do transmissário, isto é, operada a transmissão do estabelecimento, os contratos de trabalho transmitem-se automaticamente para o transmissário independentemente da vontade

---

<sup>18</sup> Cfr. Rafael Iruzubieta Fernández, *El Abuso del Derecho y el Fraude de Ley en en Derecho del Trabajo*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1989, pp. 137-138. A doutrina espanhola teria três modalidades de fraude à lei: o incumprimento da lei traduzido, em regra, por um comportamento omissivo – é o que chamam de fraude em sentido genérico; o incumprimento da lei devida por força de uma conduta simulada que disfarça, dissimula a realidade jurídica que daria origem à aplicação da norma objecto de fraude – fraude em sentido concreto ou próprio; e por último, o incumprimento da lei devida através de uma conduta externa que está em conformidade em termos formais, com outra norma que oculta ou dissimula a anterior - fraude em sentido jurídico que vem prevista no art. 6.º, parágrafo 4, do CCE.

<sup>19</sup> Neste sentido, Rafael Iruzubieta Fernández, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>20</sup> Assim, Galiana Moreno, *ob. cit.*, p. 453.

<sup>21</sup> Cfr. 285.º CT; § 613.a BGB; 44.º ET; 2112.º CC I; L. 1224-1 *Code du Travail* e 3.ª Directiva 2001/23/CE.

<sup>22</sup> Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 30.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 435; Jesús Garcia Ortega, José María Goerlich Peset, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Juan M. Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco, *Curso de Derecho del Trabajo*, 17.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 321; Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 771187/CEE, RDES*, Ano 38, 2.ª série, n. 05 1, 2, 3, 4, Jan-Dez, 1996, p. 82; Catarina Oliveira Carvalho, *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 164 e ss.; Pedro Romano Martínez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 802; Ac. TRL, de 3-02-1999, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

deste<sup>23</sup>. Assim, o transmissário sucede na posição do transmitente<sup>24</sup>, inclusive nos respectivos direitos e obrigações laborais.

A lei prevê que os contratos mantêm-se com o transmissário do estabelecimento e que este responde solidariamente com o transmitente «pelas obrigações vencidas até à data da transmissão, durante o ano subseqüente a esta»<sup>25</sup>. Estes são os efeitos consequentes que decorrem de quase todos os negócios que importam a substituição do seu titular<sup>26</sup>. Ora, a fraude à lei nos casos de transmissão do estabelecimento visa precisamente evitar a continuação do vínculo laboral decorrente da sucessão *ope legis* dos respectivos contratos de trabalho<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Maria Teresa Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavaro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo – Diritto del Lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 165, 184; Véronique Bertrand, *Transfert des contrats de travail et cession d'entreprise*, Éditions Bruylant, 1988, p. 148; Luís Gonçalves da Silva, *Nótula sobre os efeitos colectivos da transmissão da empresa*, *Sub Iudice*, n.º 27, Janeiro, 2004, p. 130; Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, *RL*, 1, 2002, p. 668; António Jorge da Motta Veiga, *Direito do Trabalho Internacional e Europeu*, Univ. Lusíada, Lisboa, 1994, p. 242. Na jurisprudência nacional temos o exemplo do Ac. STJ, de 28-03-2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>24</sup> Cfr. José María Blanco Martín, *La subrogación empresarial en la actividad de limpieza de edificios y locale (Comentario a la STS 4.ª 30 de septiembre de 1999)*, *RL*, 1, 2000, p. 870; Ac. TRP, de 15-05-2006, em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>25</sup> Segundo o art. 285.º/2 CT.

<sup>26</sup> *Vd.* Giuseppe Cricenti, *J Contratti in Frode Alla legge*, Giuffrè 1996, p. 248 e os seguintes acórdãos citados pelo autor: Cass. 5.4.95, n. 3974; Cass. 17.3.93, n. 3148, DPL, 2658; Cass. 12.2.93, n. 1771, DPL, 1993, 1024; Cass. 7.6.92, n. 8252, DPL, 1992, 2685; Cass. 19.8.91, n. 8907, MGL, 1991, 676, AC, 1992, 696, OGL, 1992, 708, RGLPS, 1992, 502; Cass. 17.4.90, n. 3167, MGC, 1990, 743; Cass. 15.1.90, n. 123, GCO, 1991, II, 229; RN, 1991, 297.

<sup>27</sup> Assim, Galiana Moreno, *ob. cit.*, pp. 462 e ss.: «la confabulación entre empresas... para evitar la subrogación ... constituye una acción fraudulenta». Nas palavras do autor, o art. 44.º/1 do ET impõe uma substituição *ope legis* do adquirente, cuja finalidade é a continuidade dos contratos de trabalho, quando existe uma mudança do titular da empresa e, neste sentido, o TS, em decisão de 22-06-1983, declarou expressamente que a conspiração entre empresas para evitar a mudança da titularidade constitui por si só uma acção fraudulenta e que, nos termos do art. 6.4 do Código Civil, tal atitude fraudulenta não impedirá a aplicação da norma devida. O mesmo se passa quando o transmitente em acordo com o transmissário tenta exonerar este último das obrigações laborais anteriores à transmissão, uma vez que o art. 44.º ET não é susceptível de negociação quanto à sua aplicação porque é um artigo que garante/assegura com firmeza o princípio da estabilidade dos contratos de trabalho – neste sentido TCT, de 1-06-1983. Ambos respondem também solidariamente face às obrigações decorrentes *a posteriori* da transmissão, independentemente de

Neste âmbito, a questão da fraude à lei prende-se, essencialmente, com os despedimentos colectivos realizados antes da transmissão da unidade económica que serão abordados com mais rigor em momento posterior. Note-se que este assunto tem de ser tratado com algum cuidado, porque está-se a restringir o direito do empregador de despedir nos casos e termos seguintes previstos. É de considerar que o empregador age em fraude à lei quando despede os trabalhadores em momento anterior ao da transmissão, porque estará a impedir que estes continuem a sua relação laboral<sup>28</sup> nos termos dos arts. 285.º CT e 3.º da Directiva e, por consequência, o objectivo da directiva não fica assegurado. Aqui não é relevante o intuito fraudulento de ambas as partes, mas a produção do resultado ilícito que a lei pretende evitar, que é o despedimento e a consequente ruptura com a relação laboral. Não podemos crer que o escopo da directiva seja unicamente a transmissão, tem de estar para além disso, ou seja, é premente que, em virtude da transmissão, a relação laboral também perdue, mas não por breves instantes, caso contrário, a dupla *ratio* apontada pela doutrina, que passa pela manutenção dos contratos de trabalho e pela estabilidade do emprego, seria uma miragem no deserto. A norma criada pelo legislador nacional é de cariz imperativo, não podendo ser derogada pelo transmitente/transmissário e a transmissão não pode ser a causa do despedimento<sup>29</sup> segundo o disposto no art. 4.º/1 da Directiva<sup>30</sup>. Esta última afirmação é a

---

essa cessão ser declarada ilícita, porque, no entendimento dos tribunais espanhóis, o importante é sancionar as situações de mudança fraudulenta da titularidade da empresa (TCT, de 7-06-1979); todo o engenho humano tendente a suprimir o princípio da estabilidade do emprego (TCT, de 15-12-1977) como por exemplo: a constituição fraudulenta de uma sociedade (TCT, de 19-10-1978); a simulação de um contrato de arrendamento com um empresário insolvente de forma a defraudar os direitos dos trabalhadores (TCT, de 2-09-1983).

<sup>28</sup> O transmitente faz uso desta figura para iludir o regime imperativo dos arts. 285.º CT, 3.º, 4.º/1 da Directiva através da invocação dos pressupostos do despedimento colectivo (art. 359.º CT), tentando desta forma, evitar que o despedimento seja considerado como o motivo real para proceder à transmissão da unidade económica, dando-lhe uma aparência de licitude. Relativamente aos desvios fraudulentos à regra da proibição do despedimento motivado pela transmissão no direito alemão, destaca-se Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, coord. Müller-Glöße, Preis, Schmidt, 9.ª ed., Verlag, C.H.Beck, München, 2009, pp. 1554 e ss.

<sup>29</sup> *Vd.*, Jean Mouly, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus*, DS, n.º 5, Maio, 2007, pp. 538 e ss.

<sup>30</sup> «A transferência de uma empresa ou estabelecimento ou de uma parte de empresa ou de estabelecimento não constitui em si mesma fundamento de despedimento por parte do cedente ou do cessionário. Esta disposição não constitui obstáculo aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças da força de trabalho».

pedra de toque que dá origem à explanação que se seguirá, isto é, os empregadores sucessivos devem poder conservar o direito de despedir, sob a reserva de que este despedimento não seja operado devido à transmissão, se não, estaríamos a criar um direito que possibilitaria o empregador de fazer um “xeque-mate” às disposições imperativas da lei. Em suma, o despedimento objecto de fraude<sup>31</sup> será nulo e, como tal, no âmbito da transmissão, os contratos de trabalho mantêm-se inalterados, prosseguindo com o transmissário.

## 2. Interesses subjacentes ao regime do art. 285.º CT e à Directiva 2001/23

A matéria da transmissão do estabelecimento vem prevista nos arts. 285.º e ss. CT<sup>32</sup> cuja leitura e interpretação não podem ser feitas separadamente da Directiva 2001/23/CE, do Conselho, de 12-03-2001<sup>33</sup>. O regime previsto naqueles preceitos tem como objectivo primordial, por um lado, proteger os direitos dos trabalhadores face a uma possível ruptura ao meio de trabalho a que pertencem, garantindo desta forma, a manutenção dos seus postos de trabalho, de acordo com a garantia constitucional prevista no art. 53.º CRP<sup>34</sup> (estabilidade e segurança no emprego), nos casos de transmissão da empresa ou estabelecimento. Por outro lado, visa tutelar a continuidade do próprio estabelecimento que é objecto de transmissão<sup>35 36</sup>.

<sup>31</sup> Assim, Jean Mouly, *ob. cit.*, pp. 535 e ss. Tradicionalmente, a jurisprudência francesa entendia que os despedimentos anteriores à transmissão eram ilícitos por fraude à lei. Todavia, tem-se entendido, actualmente, que esses despedimentos, por si só, são contrários às normas do CT, porque impedem que o art. 285.º CT e os arts. 3.º e 4.º/1 da Directiva produzam os seus efeitos. Uma vez que constituem uma violação directa da lei, não é necessário recorrer à, figura da fraude à lei para estigmatizarmos o intuito fraudulento do empregador.

<sup>32</sup> Quanto ao sentido e alcance do § 613.a BGB, Preis, *ob. cit.*, pp. 1513 e ss.; Müller-Glöge, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II*, coord. Franz Jürgen Sacker, Roland Rixecker, 5.ed., Verlag C.H.Beck, München, 2009, pp. 369 e ss., Georg Anuss, *Staudinger BGB, Dienstvertragsrecht 1*, coord. Georg Anuss, Reinhard Richardi, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2005, pp. 707 e ss.

<sup>33</sup> Cujo aparecimento vem revogar a Directiva 77/187/CE, do Conselho, de 14-02, mais tarde modificada pela Directiva 98/50/CE, do Conselho, de 29-06. As alterações de que foi objecto visaram interpretar as decisões do TJCE de forma a obter-se uma explicitação das normas em conformidade com a vasta jurisprudência relativamente à matéria da transmissão.

<sup>34</sup> J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed., revista, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 702 e ss.: «É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos».

<sup>35</sup> Neste sentido, Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 814 e ss.; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 4.ª ed.,

Almedina, Coimbra, 2007, p. 775; Francisco Liberal Fernandes, *Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário*, QL, Ano VI, n.º 14, 1999, Coimbra Editora, pp. 216 e ss.; M. Costa Abrantes, *A Transmissão do Estabelecimento Comercial e a Responsabilidade pelas Dívidas Laborais*, QL, Ano V, n.º 11, 1998, Coimbra Editora, p. 10; Joana Simão, *A Transmissão de Estabelecimento na Jurisprudência do Trabalho Comunitária e Nacional*, QL, Ano IX, n.º 20, 2002, Coimbra Editora, p. 208; Ac. *Daddy 's Dance Hall*, proc. 324/86, de 10-02-1988, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>; Maria Ribeiro da Rocha, *Da Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no âmbito da Relação Laboral*, *Minerva – REL*, n.º 5, Ano III, 2004, pp. 137 e ss.; Luís Gonçalves da Silva, *Nótula sobre os Efeitos Colectivos da Transmissão da Empresa*, in *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Vol. 1, 2.ª ed., Almedina, pp. 257 e ss.; Luís Gonçalves da Silva, *Nótula sobre os Efeitos Colectivos da Transmissão da Empresa in Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, pp. 803 e ss.; João Leal Amado, *Contrato de Trabalho – À Luz do Novo Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2009, pp. 193 e ss.; Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 690 e ss.; António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 262 e ss.; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 394 e ss.; Rita Pereira Garcia, *Natureza Jurídica da Transmissão de Estabelecimento Comercial*, 2005, pp. 6 e ss., em <http://www.verbojuridico.com>; Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho*, in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 460 e ss.; Jorge Leite, Liberal Fernandes, João Reis, *Colectânea de Jurisprudência Social Comunitária*, T. II, 1986-91, Edições Cosmos, Lisboa, 1996, Acs. *Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica* de 11 de Abril de 1986, proc. 237/84, pp. 523 e ss., e *Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana* de 10 de Julho de 1986, proc. 235/84, pp. 529 e ss.; Fabrícia de Almeida Henriques, *Transmissão do Estabelecimento e Flexibilização das Relações de Trabalho*, *ROA*, Ano 61, Abril de 2001, T. II, pp. 981 e ss.; Coutinho de Abreu, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho in Estudos em Homenagem ao Prof Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, III, *juridica*, 1983, pp. 297 e ss. (isto a respeito do art. 37.º LCT que, apesar das profundas alterações que a legislação sofreu no âmbito desta matéria, já seguia a mesma regra, ou seja, a da continuação dos contratos de trabalho); Liberal Fernandes, *Harmonização Social no Direito Comunitário: A Directiva 77/187/CEE, relativa à Transferência dos Trabalhadores de Empresa. Suas Implicações no Direito Português in AB VNO AD OMNES- 75 Anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, 1998, pp. 1326 e ss.; Vítor Nunes de Almeida, *A Manutenção dos Direitos dos Trabalhadores em caso de Transferência de Empresas, Estabelecimentos ou Partes de Estabelecimentos*, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 90 e ss.; Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, pp. 88 e ss.; João Reis, *O Regime da Transmissão da Empresa no Código do Trabalho, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 309-314; Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência ...*, cit., pp. 80 e ss.; Joana Vasconcelos, *A Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no Código do Trabalho*, *PDT*, n.º 71, 2005, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 74-76; Acs. STJ, de 2-10-1996, *CJ (STJ)*, Ano IV, T. III, p. 236 e do TRL, de 3-02-1999, *CJ*, Ano XXIV, T. I, p. 165, e o do TRP, de 20-04-2009, em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>36</sup> Esta dupla *ratio* também pode ser constatada na doutrina estrangeira: Giuseppe Suppiej, Marcello De Cristofaro, Carlo Cester, *Diritto Del Lavoro – Il Rapporto Individuale*, 4.ª ed., Cedam, Padova, 2008, p. 238; Franco Carinci, Raffaele De Luca Tamajo, Paolo Tosi, Tiziano Treu, *Diritto Del Lavoro – il rapporto di lavoro subordinato*, 2., 6.ª ed., UTET, Torino, 2005, pp. 131 e ss.; Mattia Persiani, Giampiero Proia, *Contratto e Rapporto del Lavoro*, 4.ª ed., Cedam, Padova, 2005, pp. 145 e ss.; Renato Scognamiglio, *Diritto del Lavoro*, 5.ª ed. ampiamente riveduta ed aggiornata, Jovene, Napoli, 2000, pp. 504 e ss.; Ernesto Vitiello, *I Nuovi Rapporti di Lavoro – Secondo la «Riforma Biagi»*, Cedam, Padova, 2004, p. 85; Giuliano Mazzoni, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 6.ª ed., Vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 772 e ss.; Luca Francesco Franceschi, *La Cessione D 'Azienda – Profili Economico Aziendali e Procedurali*, Cedam, Padova, 2007, p. 108; Oronzo Mazzotta, *Diritto del Lavoro*, 2.ª ed., em *Trattato do Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 288; Pietro Ichino, *Il Contrato di Lavoro – Sospensione del lavoro, sciopero riservatezza e segreto, potere disciplinare, cessazione del rapporto, conservazione e gestione dei diritti in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 572 e ss.; Cesare Ruperto, *La Giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la Dottrina*, Libro V, *Del Lavoro*, T. I, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 657 e ss.; Michele Tiraboschi, *La esternalizzazioni dopo la riforma Biagi: somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 422; Franco Scarpelli, *Il Mantenimento dei Diritti del Lavoratore nel Trasferimento D 'Azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, n. 28, 2004, pp. 92 e 93; Franco Carinci, *Diritto del Lavoro – Comentario diretto*, Vol. II, 1.ª ed., 1998, ristampa, 1999, UTET, Torino, pp. 1060, 1071, 1072, 1073; Stefano Liebman, *Cessione D'Azienda e Rapporto di Lavoro: Il Contratto Collettivo «Applicabile» Ai Lavoratori dell'Azienda Trasferita in Studi in Onore di Renato Scognamiglio*, Vol. II, Libreria dello Stato, Roma, 1997, pp. 419 e ss.; Mario Grandi, *Trasferimento D 'Azienda, Solidarietà per i Crediti del Lavoratore e Vigenza del Rapporto di Lavoro in Studi sul Lavoro, Scritti in onore di Gino Giugni*, T. I, Cacucci Editore, Bari, 1999, pp. 514-517; Antoine Mazeaud, *Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise*, *DS*, n. 9s 7/8, Juillet-Août, 2005, p. 737; Pierre Bailly, *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du Travail*, *DS*, n. 9 4, Avril, 2004, p. 372; Manuel Carlos Palomeque López, Manuel Álvarez de La Rosa, *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1999, pp. 901 e ss.; José Vida Soria, José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, *Manual de Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Editorial Comares, Granada, 2009, p. 577; Salvador Del Rey Guanter, Daniel Martínez Fons, Raquel Serrano Olivares, *El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *RMTAS*, n.º 58, 2005, pp. 222, 240 e ss.

### 3. Incumprimento da Directiva Comunitária

Em caso de eventual incumprimento da directiva comunitária, no plano comunitário, a sua fiscalização é da responsabilidade da Comissão, visto que a directiva estabelece a obrigação dos Estados-Membros “Ihe comunicarem as medidas nacionais de execução”<sup>37</sup>. Não sendo a directiva devidamente transposta no prazo pré-estabelecido, como é o caso da directiva em questão, a Comissão, se assim o entender, pode propor uma acção por incumprimento contra o Estado-Membro, nos termos do art. 226.º TA<sup>38</sup>.

Por sua vez, no plano nacional, este controlo é da competência dos tribunais nacionais.

«As directivas são actos previstos tipicamente no art. 249.º TA<sup>39</sup>, mas que impõem apenas objectivos, deixando aos Estados Membros uma margem – maior ou menor – na escolha da forma e dos meios para a sua implementação»<sup>40</sup>, Tendo como destinatários directos única e exclusivamente os Estados Membros, ficando estes apenas vinculados no que diz respeito aos objectivos a alcançar, dispendo de livre arbítrio quanto à forma e aos meios de atingir o resultado visado pela directiva<sup>41</sup>. Este livre arbítrio também pode ser verificado relativamente à conformação normativa: cada Estado Membro tem liberdade para fazer o enquadramento jurídico, económico e social (do texto) da directiva. Por tal facto, a directiva assume uma importância fundamental no que diz respeito à harmonização legislativa, sendo considerada para esse efeito como o meio preferencial.

<sup>37</sup> Vd. Sofia Oliveira Pais, *Incumprimento das Directivas Comunitárias em Dois Temas de Direito Comunitário do Trabalho*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 19.

<sup>38</sup> «Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça».

<sup>39</sup> «A directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando no entanto às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios».

<sup>40</sup> Miguel Gorjão Henriques, *Direito Comunitário*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 279; Sofia Oliveira Pais, *ob. cit.*, pp. 15 e ss., e Maria Luísa Duarte, *Direito Comunitário do Trabalho*, em *EIDT*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p. 166.

<sup>41</sup> Neste sentido, José Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 161, e Francisco Liberal Fernandes, *Aspectos da Interferência do Direito Social Comunitário no Direito Laboral Português*, em *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 431.

Como sabemos, contrariamente ao que se passa com os regulamentos, a directiva não tem aplicabilidade directa, ou seja, precisa de ser alvo de um acto de transposição para poder criar direitos e obrigações na esfera jurídica dos particulares.

#### 4. Efeitos Verticais e Horizontais das Directivas

Actualmente, os mecanismos de defesa dos trabalhadores relativamente à não transposição ou à transposição indevida da directiva por parte do Estado são: o princípio do efeito directo vertical<sup>42</sup>; o princípio da interpretação conforme e o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário.

Contudo, surge uma dúvida relativamente aos seus efeitos, isto é, saber se as directivas têm ou não efeitos directos horizontais, porque no que diz respeito ao efeito directo vertical – que consiste na possibilidade de os particulares poderem invocar contra o Estado as disposições da directiva – a jurisprudência do TJCE é unânime em aceitá-la, o mesmo não se passando relativamente ao outro efeito<sup>43</sup>. Este órgão jurisdicional entende que a directiva só pode ter efeito vertical uma vez que tem como destinatários exclusivos os Estados Membros, e como tal, só poderá criar obrigações para estes, porque se admitirmos o efeito horizontal das

---

<sup>42</sup> Esta questão surgiu pela primeira vez no Ac. *Franz Grad*, de 6-10-1970, proc. 9/70, *Rec.*, p. 825, onde do Tribunal utilizou a expressão «efeitos análogos» ao invés de efeitos directos, sugerindo que as directivas não teriam verdadeiros efeitos directos. Tal problema terminológico foi resolvido através dos critérios definidos no Ac. *Van Gend en Loos*, de 5-02-1963, proc. 26/62, *Rec.*, p. 3; aqui, o Tribunal entendeu que as disposições da directiva são susceptíveis de produzir efeitos directos nas relações entre os Estados-Membros e os particulares, desde que sejam claras, precisas e incondicionais. A questão do efeito directo das directivas foi abordada no Ac. *Van Duyn*, de 3-12-1974, proc. 41-74 *Rec.*, p. 1337, que estabeleceu que as normas da directiva podiam ser invocadas pelos particulares perante os tribunais nacionais se fossem precisas e incondicionais e não estivessem sujeitas a qualquer reserva ou condição de qualquer acto posterior proveniente das autoridades comunitárias ou nacionais. Mais tarde, com o Ac. *Ratti*, o TJCE acrescentou que as disposições da directiva só podiam ser invocadas se o prazo fixado para a transposição tivesse expirado. O efeito directo da directiva é uma espécie de sanção contra o Estado pelo facto de não ter transposto a directiva tempestivamente, efeito esse que, quando invocado pelos particulares, pode causar o afastamento das normas nacionais que estejam em contradição com a directiva ou, atribuírem um determinado direito que as normas nacionais não contemplam mas que a directiva prevê. Esta consequência resulta do Ac. *Ursula Becker* de 19-01-1982, proc. 8/81 *Rec.*, p. 53. Neste sentido, Sofia Oliveira Pais, *O Acórdão Marleasing – Rumo à Consagração Implícita do Efeito Horizontal das Directivas?*, *BFDUC*, Vol. 68, 1994, pp. 286 e ss.

<sup>43</sup> Vd. Francisco Liberal Fernandes, *Aspectos da Interferência do Direito Social Comunitário...*, cit., p. 438.

directivas, estaremos a eliminar a distinção entre regulamento e directiva – esta foi a orientação seguida no Ac. *Marshall*<sup>44</sup> e é a que vigora actualmente. Desta forma, nega-se em absoluto a existência do efeito directo horizontal, ou seja, um particular não pode invocar a norma comunitária contra outro particular<sup>45</sup>. É esta a posição que tem sido seguida pelos tribunais portugueses<sup>46</sup>.

No que respeita aos efeitos verticais, o TJCE fixou três critérios para que as disposições da directiva possam ser invocadas pelos particulares contra o Estado: serem precisas e incondicionais e que o prazo para a transposição já tenha expirado.

## 5. Princípio da Interpretação Conforme

Na sequência do que acima foi dito, o TJCE resolve o problema da não admissibilidade dos efeitos horizontais das directivas através do recurso a outro mecanismo que é o do princípio da interpretação conforme que tem sido defendido «para se referir o dever de interpretar o Direito derivado em conformidade com os Tratados»<sup>47</sup>. Numa visão mais abrangente, significa interpretarmos «o Direito estadual em conformidade com o Direito Comunitário»<sup>48</sup>. Isto quer dizer que os Estados Membros devem aplicar e interpretar a directiva em conformidade com o seu conteúdo, independentemente do efeito directo vertical dado à directiva. Mesmo que o acto de transposição da directiva esteja incorrecto, esta terá que ser sempre interpretada pelos órgãos nacionais dos Estados Membros «em sentido

<sup>44</sup> Ac. de 26-02-1986, proc. 152/84, Col., pp. 723.

<sup>45</sup> Cf. Acs. *Marleasing* de 13-11-1990, Proc. C-106/89, em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>; *Fratelli Constanzo* de 22-06-1989, proc. 103/88 e *Faccini Dori* de 14-07-1994, proc. C-91/92 e *Jean Victor Louis, A Ordem Jurídica Comunitária*, 5.ª ed. revista e actualizada, Perspectivas Europeias, Bruxelas, 1995, p. 160.

<sup>46</sup> *Vd* Ac. STJ de 1-10-1996, disponível em <http://www.dgsi.pt> que afirmou de acordo com a jurisprudência comunitária: (*Van Duyn; Marshall e Fratelli Constanzo*) que «uma directiva comunitária, desde que ainda não haja sido transposta para a ordem jurídica portuguesa, pode ser invocada contra qualquer entidade pública (efeito interdirecto vertical), mas não pode ser invocada contra um particular, pessoa singular ou colectiva (efeito directo horizontal)».

<sup>47</sup> Cfr. Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, 2.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008, p. 489.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, p. 489; e Acs. *Marleasing* (já citado) e *Von Colson e Kamann*, de 10-04-1984, proc. n.º 14/83, disponível no site *supra* citado; Stefania Scarponi, *Il Dialogo tra Giudice Comunitario e Giudice Nazionale alla luce della Direttiva sul Trasferimento D 'Azienda, Scritti in onore di Giuseppe Feferico Mancini*, Vol 1, *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 531 e ss.

conforme com a directiva que se pretende transpor»<sup>49</sup>, de forma a assegurar o resultado por ela prosseguido e, por conseguinte, cumprir o preceituado no art. 249.º CE, parágrafo terceiro<sup>50</sup>. Essa interpretação, por um lado, deve ter presente os princípios da segurança jurídica e da não retroactividade para o princípio poder ser aplicado e, por outro lado, é preciso que haja uma lei obscura ou lacunosa «que possa ser interdrecto pretada em conformidade com a directiva, não sendo, todavia, de aceitar uma interpretação *contra legem*»<sup>51</sup>.

## 6. O despedimento colectivo e seus pressupostos

O despedimento colectivo<sup>52</sup> constitui uma das modalidades de cessação do contrato de trabalho<sup>53</sup>, de acordo com o disposto nos arts. 340.º/d) e 359.º/1 CT, «promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses<sup>54</sup>, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores<sup>55</sup>, conforme de trate, respectivamente, de microempresa ou pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa<sup>56</sup>, por

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*, p. 489. Neste sentido, Ac. TJCE, de 10-04-1984, proc. n.º 14/83 – caso *Von Colson e Kamann*.

<sup>50</sup> Cfr. Acs. *F accini Dori* de 14-07-1994, Proc. C-91192 e *World Wildlife Fund* de 7-03-1996, Proc. C-118/94, (<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>) e Jean Victor Louis, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>51</sup> Neste sentido, Sofia Oliveira Pais, *Incumprimento das directivas ...*, cit., p. 34; Maria Luísa Duarte, *ob. cit.*, p. 168; e Ac. STJ, de 27-05-2004, em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>52</sup> Para um maior desenvolvimento, José García Tena y Fernando Alarcón Beira, *Despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, RL, 1, 2000, pp. 1161 e ss.

<sup>53</sup> Assim, Mário Pinto, Furtado Martins, *Despedimentos Colectivos*, RDES, n.ºs 1, 2, 3 e 4, 1993, p. 36.

<sup>54</sup> Este pressuposto temporal procura essencialmente evitar que o empregador proceda a despedimentos individuais sob a aparência de despedimentos colectivos.

<sup>55</sup> Relativamente ao n.º de trabalhadores que o despedimento colectivo deve ter em conta, é de evidenciar os Acs. de 6-11-1996, *CJ* (STJ), 1996, T. III, p. 248, que diz: «se o despedimento se inicia como colectivo e em relação a todos os trabalhadores de uma divisão, ele não perde essa característica se, após a empresa, no âmbito do despedimento colectivo chegou a acordo com todos os trabalhadores, menos um», o de 29-05-95, o do TRL, de 2-11-2005, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

Neste sentido, Bernardo da Gama Lobo Xavier, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, pp. 377 e ss.

<sup>56</sup> Para efeitos do art. 100.º CT (correspondente ao anterior art. 91.º CT) considera-se: microempresa a que emprega menos de 10 trabalhadores; pequena empresa a que emprega de 10 a menos de 50 trabalhadores;

outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos»<sup>57</sup>. Ora, o que se entende por motivos de mercado, estruturais e tecnológicos vem previsto no n.º 2, correspondendo a uma enumeração meramente exemplificativa<sup>58</sup>, sendo certo que esta modalidade de despedimento só é válida se estiver preenchido um dos pressupostos enunciados nos n.ºs 1 e 2 do art. 359.º CT.

Estes motivos carecem de uma especial atenção, uma vez que é em virtude dos mesmos, que se pode consubstanciar uma redução do número de trabalhadores. O despedimento colectivo é uma medida de superação de uma crise empresarial, passando pelo redimensionamento ou reestruturação de um serviço ou secção, ou pela redução do número de trabalhadores.

Deste modo, os motivos do despedimento colectivo podiam ser agrupados da seguinte forma: motivos que se destinam a fazer face a uma crise empresarial ou relacionados com questões de estratégia da empresa.

Fazendo uma análise dos pressupostos do despedimento colectivo, consideram-se motivos de mercado, aqueles que dizem respeito à «redução da actividade da empresa» provocada pela quebra da «procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado»; motivos estruturais são os que se baseiam no desequilíbrio económico-financeiro da actividade empresarial, «mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes»; já os motivos tecnológicos dizem respeito a «alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controlo ou de

---

média empresa a que emprega 50 a menos de 250 trabalhadores; grande empresa a que emprega 250 ou mais trabalhadores.

<sup>57</sup> Relativamente a este assunto, António Monteiro Fernandes, *ob. cit.*, p. 632. O autor entende que o despedimento colectivo caracteriza-se essencialmente por abranger uma pluralidade de trabalhadores da empresa e pelo facto da ruptura dos contratos de trabalho se fundar em razão comum a todos eles. No mesmo sentido, Acs. STJ, de 13-01-93, *CJ* (STJ), T. I, 1993, p. 222, e o de 21-09-2000, *CJ* (STJ), 2000, T. III, p. 259; Bernardo da Gama Lobo Xavier, *ob. cit.*, pp. 377 e ss.; Catarina de Oliveira Carvalho, *Cessação do contrato de trabalho promovida pelo empregador com justa causa objectiva no contexto dos grupos empresariais, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Afonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 210 e ss.

<sup>58</sup> Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho ...*, cit., p. 1003.

movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação».

Relativamente ao primeiro pressuposto, podemos ligá-lo às situações de insolvência do empregador que, nos termos do art. 347.º/1 CT, não faz cessar imediatamente os contratos de trabalho, devendo o administrador da insolvência continuar a cumprir pontualmente com as obrigações que daí decorrem para os respectivos trabalhadores, «enquanto o estabelecimento não for definitivamente encerrado». Porém, o n.º 2 estabelece que o administrador da insolvência, antes do encerramento definitivo do estabelecimento, pode cessar com certos contratos de trabalho, quando se lhe afigure que aqueles trabalhadores deixaram de ser indispensáveis para a continuação do funcionamento do estabelecimento – aqui temos um fundamento autónomo de despedimento colectivo com maior afirmação no disposto do n.º 3 do art. 347.º CT. Da conjugação dos arts. 359.º, 346.º/2 e 3 CT e estando em causa o encerramento definitivo da empresa, o empregador deveria invocar a caducidade do respectivo contrato de trabalho, porém, segundo o disposto nos arts. 346.º/3 e 347.º/3 CT aplica-se com as devidas adaptações o regime do despedimento colectivo<sup>59</sup>. Ainda dentro do primeiro pressuposto, temos as situações de impossibilidade superveniente que se podem subsumir na perfeição na eventual destruição das instalações, como por exemplo, uma catástrofe natural ou um incêndio. Nestas circunstâncias, o empregador pode cessar a actividade laboral e, conseqüentemente, os respectivos contratos de trabalho, porque a prossecução laboral pode tomar-se para ele demasiado dispendiosa<sup>60</sup>. Note-se que esta redução dos trabalhadores por motivos de mercado, não tem que ser actual, pode ser potencialmente previsível.

Apesar de evidente, entendo que é importante referir que caso o despedimento colectivo se baseie em modificações de carácter tecnológico, o empregador tem o ónus de provar que essas alterações tecnológicas foram a causa do despedimento colectivo de certos trabalhadores<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho, *ob. cit.*, p. 888.

<sup>60</sup> Neste sentido, Luís Miguel Monteiro, *Notas sobre articulação entre Direito Nacional e Direito Comunitário a propósito da noção de Despedimento Colectivo*, in *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 169 e ss.

<sup>61</sup> Cfr. Ac. STJ, de 1-03-2000, *CJ (STJ)*, Ano VIII, T. I, 2000, pp. 271 e ss.

«O despedimento colectivo é basicamente, uma decisão de gestão»<sup>62</sup>, sendo tal decisão improcedente se a conduta do empregador for considerada abusiva, simulada ou de má fé, isto é, o juiz vai verificar se os motivos invocados pelo empregador são susceptíveis de indiciar o intuito fraudulento, visto que o empregador pode munir-se de motivos fictícios para poder accionar o despedimento colectivo<sup>63</sup>.

O julgador para aferir a legalidade de tal despedimento terá que ter em conta os motivos do despedimento colectivo legalmente enunciados e a existência de um nexo de causalidade entre os motivos invocados e o despedimento propriamente dito – isto por questões de razoabilidade<sup>64</sup>. Se o nexo de causalidade (causa-efeito) não for devidamente comprovado, o despedimento colectivo é ilícito. A sua legalidade não pode ser unicamente aferida pela viabilização da empresa, ou, evitando a sua insolvência<sup>65</sup>. Assim, «O controlo judicial da validade do despedimento colectivo implica, por parte do tribunal, não só a verificação objectiva da motivação invocada para justificar a redução global dos postos de trabalho, mas também, a verificação da idoneidade de tal motivação para, em termos de razoabilidade, determinar a extinção dos concretos postos de trabalho, ou seja, implica também uma análise da adequação da motivação invocada para justificar o despedimento colectivo e a extinção de cada um dos contratos de trabalho que caem por efeito desse despedimento»<sup>66</sup>.

Alguma jurisprudência do STJ afirma que as dificuldades económico-financeiras de uma empresa não constituem, por si só, pressuposto legal para o despedimento colectivo, relevando apenas quando tais dificuldades impliquem o encerramento definitivo da empresa,

<sup>62</sup> Neste sentido, Abílio Neto, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 1.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 780; Ac. STJ, de 28-09-2000, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>63</sup> Relativamente a este ponto, Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 480.

<sup>64</sup> Veja-se Acs. STJ, de 28-09-2000, de 24-05-2006, de 27-06-2007, de 17-01-2007, de 26-11-2008, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>; Júlio Gomes, *Direito do Trabalho ...*, cit., p. 995; Bernardo da Gama Lobo Xavier, *ob. cit.*, pp. 557 e ss. Para este autor, o controlo da legalidade do despedimento colectivo é feito em termos sumários «(o *continuum* formado pela fundamentação preliminar da decisão de redução de emprego; decisão definitiva de redução; queda previsível, em consequência, dos postos de trabalho; motivação, em conformidade, dos despedimentos; selecção dos trabalhadores a despedir)».

<sup>65</sup> *Vd. Ac. STJ*, de 21-09-2000, *CJ (STJ)*, Ano VIII, T. III, 2000, p. 259.

<sup>66</sup> *Cfr. Acs. TRL*, de 12-03-2009 e do STJ, de 26-11-2008, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

de uma ou várias secções, ou estrutura equivalente<sup>67</sup>. Tal afirmação não faz sentido, visto que as dificuldades económico-financeiras enquadram-se no primeiro pressuposto para o despedimento colectivo – motivos de mercado. Não se percebe a orientação seguida neste acórdão, uma vez que não tem apoio na lei, porque esse motivo é permitido por lei, e os tribunais devem julgar de acordo com a lei.

Os trabalhadores afectados pelo despedimento colectivo têm direito a uma compensação segundo o disposto no art. 366.º/1 CT, que é «condição indispensável à licitude do despedimento»<sup>68</sup> nos termos do art. 383.º/c) CT.

De todos os motivos analisados, aqueles que poderão ser invocados com mais frequência no âmbito de uma transmissão de estabelecimento ou empresa serão: os motivos de mercado (redução da actividade empresarial) e os de carácter estrutural (reestruturação produtiva da empresa) devido a um desequilíbrio económico-financeiro que, muitas vezes, passa por uma má gestão da própria empresa e, por conseguinte, todos têm um elemento em comum, que é a redução dos postos de trabalho. A análise dos pressupostos do despedimento colectivo é muito importante para averiguarmos se realmente este tipo de despedimento foi ou não motivado pela transmissão.

## **7. O Despedimento Motivado pela Transmissão do Estabelecimento ou da Empresa**

### **7.1. Despedimento antes de efectuada a transmissão da unidade económica**

A regra no âmbito da transmissão do estabelecimento é, como *supra* referi, a da continuidade da relação laboral. Esta regra tem cariz imperativo e, como tal, não pode ser afastada nem derogada pelo transmitente/transmissário para criar situações desfavoráveis para os trabalhadores<sup>69</sup>.

A situação complica-se quando relacionamos o despedimento colectivo com a transmissão da unidade económica, pois pela leitura do preceituado no art. 4.º/1 da Directiva<sup>70</sup>, verifica-se que a transmissão da empresa ou de estabelecimento nunca pode ser

<sup>67</sup> Vd. Ac. STJ, de 19-11-2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>68</sup> Cfr. João Leal Amado, *ob. cit.*, p. 389. Neste sentido, no âmbito da legislação anterior à nova redacção do CT (art. 401.º/1 CT), Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 135.

<sup>69</sup> Neste sentido, Miguel Rodríguez Piñero, *Transmisión de empresas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores*, RL, n.º 7, 2006, p. 4.

<sup>70</sup> É de lembrar que o art. 4.º/1 da Directiva estabelece que «a transferência de uma empresa ou estabelecimento ou de uma parte de empresa ou de estabelecimento não constitui em si mesma

fundamento para a prossecução do despedimento colectivo<sup>71</sup>. Se tal fosse permitido estaríamos não só a violar uma directiva comunitária como os próprios direitos dos trabalhadores que a directiva tanto visa assegurar. Por isso, coloca-se a questão de saber até que ponto este despedimento é ou não ilícito. É preciso saber até que ponto o nosso ordenamento jurídico está em conformidade com o escopo da directiva comunitária, daí ser necessário recorrermos ao princípio da interpretação conforme, isto é, os tribunais nacionais devem aplicar e interpretar a lei nacional de acordo com as disposições da directiva, na medida em que as disposições desta última são vinculativas.

Este é o entendimento que tem sido seguido de forma unânime, quer pela doutrina<sup>72</sup> e jurisprudência nacionais, quer pela doutrina<sup>73</sup> e jurisprudência<sup>74</sup> estrangeiras, assim como pela jurisprudência do TJCE<sup>75</sup>.

---

fundamento de despedimento por parte de cedente ou do cessionário», acrescentando que «esta disposição não constitui obstáculos aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças da força de trabalho».

<sup>71</sup> Vd. Júlio Gomes, *Direito do Trabalho...*, cit., p. 830; Francisco Liberal Fernandes, *Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador...*, cit., pp. 228 e ss.

<sup>72</sup> Assim, Júlio Gomes, *ob. cit.*, p. 830; Motta Veiga, *ob. cit.*, pp. 242-243.

<sup>73</sup> Cfr. Giuseppe Suppiej, Marcello De Cristofaro, Carlo Cester, *ob. cit.*, p. 239; Franco Carinci, Raffaele De Luca Tamajo, Paolo Tosi, Tiziano Treu, *ob. cit.*, p. 137; Mattia Persiani, Giampiero Proia, *ob. cit.*, p. 147; Renato Scognamiglio, *ob. cit.*, p. 508; Ernesto Vitiello, *ob. cit.*, p. 85; Luca Francesco Franceschi, *ob. cit.*, p. 109; Oronzo Mazzotta, *ob. cit.*, p. 289; Pietro Ichino, *ob. cit.*, p. 572; Franco Scarpelli, *ob. cit.*, pp. 93 a 96; Franco Carinci, *ob. cit.*, pp. 1077-1080; Stefano Liebman, *ob. cit.*, pp. 425 e ss.; Antoine Mazeaud, *ob. cit.*, pp. 737-739; Pierre Bailly, *ob. cit.*, pp. 372-374; Jean Mouly, *ob. cit.*, pp. 534-548; Manuel do Nascimento Baptista, *A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas ou estabelecimentos*, RMP, Ano 16, n.º 62, Abril-Junho, 1995, pp. 92-98; Francesco Buffa, Giuseppe De Lucia, *Il lavoratore nel trasferimento di azienda*, Halley, Matelica, 2006, pp. 113 e ss.; Alessandra Raffi, *Tutela del Lavoratore nel Trasferimento di Azienda tra Normativa Nazionale e Normativa Comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 92; Maria Teresa Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta ...*, cit., pp. 184-185; José María Marín Correa, *La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001123*, RMTAS, n.º 48, 2004, p. 85; Salvador Del Rey Guanter, Daniel Martínez Fons, Raquel Serrano Olivares, *ob. cit.*, pp. 240-242; Giovanni Nicolini, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 3.ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 803 e ss.; Giuseppe Pera, *Diritto del Lavoro*, 6.ª ed., Cedam, Padova, 2000, pp. 523 e ss.; Pietro Magno, *La Tutela del Lavoro nel Diritto Comunitario*, II, Grafiche Fiorini, Verona, 2000, p. 123; Maria Teresa Carinci, *La fornitura de lavoro altrui interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 479 e ss.; Santoro Passarelli, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, GDRLI, n.º 112, Ano XXVIII, 2006, 4, pp. 689 e 702 e ss.; Georg Annuss, *ob. cit.*, pp. 839 e ss., Preis, *ob. cit.*, pp. 1553

Trata-se de uma questão muito delicada pelo facto de se tentar «conciliar esta proibição com o poder de despedir que continua a pertencer ao transmitente até à data da transmissão e ao transmissário a partir desse momento»<sup>76</sup>. Acresce que a transmissão propriamente dita, segundo Jean Mouly, apesar de não poder constituir motivo para o despedimento, não pode ser vista como um entrave total para os despedimentos efectuados antes da transmissão, dado que estaríamos a violar um direito fundamental do empregador que consiste no direito de despedir<sup>77</sup>.

Todavia, a norma em questão ressalva os casos do despedimento colectivo desde que, a sua causa, não seja, a transmissão da unidade económica propriamente dita.

A jurisprudência francesa afirma de forma inequívoca que o art. L. 1224-1 (equivalente ao nosso art. 285.º CT), também contempla a dupla *ratio* acima descrita<sup>78</sup>. Para tal, teremos que analisar a possibilidade, segundo a directiva, da realização de um despedimento colectivo.

Isto significa que o transmitente apenas poderá despedir se tiver um motivo justificativo, ou seja, se houver justa causa para o despedimento. No entanto, esta justa causa nunca poderá estar relacionada com o facto de se proceder à transmissão de uma unidade

---

e ss.; Müller-Glöge, *ob. cit.*, pp. 431 e ss. (relativamente ao âmbito da proibição do despedimento na transmissão da unidade económica no direito alemão).

<sup>74</sup> *Vd.* Cesare Ruperto, *ob. cit.*, pp. 657, 674 e ss., e acórdãos devidamente citados pelo autor: sentença do Tribunal de Pádua de 25-05-2002, *Corte di Cass.* de 19-01-2004, Tribunal de Perugia de 16-07-2001 que estabelece claramente que a transmissão da empresa não constitui uma modalidade de cessação dos contratos de trabalho; Tribunale Grosseto, 19-12-2006, *Il Lavoro nella giurisprudenza*, n.º 8, 2007, pp. 838 e ss.

<sup>75</sup> O caso *P Bork International*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>.

Numa perspectiva de direito comparado e relativamente à evolução da jurisprudência do TJCE sobre a transmissão de estabelecimento veja-se, Robert Rebhahn, *Probleme der Ausführung der Betriebsübergangsrichtlinie in Kontinental-europa*, Rda, 59. Jahrgang, C.H.Beck, 2006, pp. 14-15.

<sup>76</sup> Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, QL, Ano XV, n.º 32, 2008, p. 164. A propósito dos problemas suscitados pelo facto de o transmitente despedir trabalhadores baseando-se na concepção do transmissário (*“Verauflererkündigung auf Erwerberkonzept”*), porque sabe de antemão que este último não os vai querer, Annuss, *ob. cit.*, pp. 840 e ss., Preis, *ob. cit.*, pp. 1557 e ss., Müller-Glöge, *ob. cit.*, pp. 432 e ss. Quanto à proibição dos despedimentos selectivos, na sugestiva expressão alemã *“Verbot der Negativauslese”*, que resultem da transmissão da empresa, Annuss, *ob. cit.*, p. 839.

<sup>77</sup> Jean Mouly, *ob. cit.*, pp. 539 e ss.

<sup>78</sup> Cfr. Antoine Mazeaud, *ob. cit.*, p. 737: tem por vocação assegurar a estabilidade do emprego dos assalariados afectos à entidade económica transferida.

económica. Por isso, tende-se a presumir que os despedimentos efectuados antes da transmissão são realizados por causa desta, na medida em que o hiato temporal do despedimento é demasiado próximo da transmissão<sup>79</sup>. Trata-se de uma presunção judicial que pode ser ilidida, porque, nestas circunstâncias, caberá ao empregador o ónus de provar e demonstrar que o real motivo do despedimento não foi a transmissão, mas outro. Pode acontecer que apesar desta proximidade temporal entre o despedimento e a transmissão, este não seja o verdadeiro motivo, como por exemplo, nas palavras de Gert-Peter Reissner, quando se encerra uma secção deficitária de uma unidade económica transmitida que teria que ser premente fechada, independentemente de haver ou não transmissão<sup>80</sup>.

Obviamente, não poderemos impedir o transmissário de se libertar dos trabalhadores que, estejam eventualmente em excesso, invocando o processo de reorganização ou reestruturação da empresa, mas jamais podendo alegar o simples facto de ter adquirido a empresa ou o estabelecimento, porque isso seria indicador do despedimento ter sido efectuado por causa da transmissão<sup>81</sup>.

Em suma, o despedimento colectivo é nulo sempre que o motivo seja conexo com a transmissão. Todavia, se o motivo for diverso da transmissão, este já será possível<sup>82</sup>.

A razão possível de justificar o despedimento deve existir no momento em que o empregador comunica essa intenção aos trabalhadores afectados para tal e nunca, pelo facto de querer transmitir a empresa. É de recriminar a conduta do empregador quando este

---

<sup>79</sup> Martin Franzen, *Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrecht für die arbeitsrechtliche Regulierung des Betriebsübergang*, NZA, Beilage, n.º 4, 2008, pp. 139 e ss. É importante destacar que o que realmente releva é, por um lado, o hiato temporal entre o despedimento e a transmissão e, por outro, a consequente contratação por parte do transmissário dos trabalhadores outrora despedidos pelo transmitente. Relativamente à limitação temporal do despedimento por consequência da transmissão, ver Martin Binder, *Befristung des Kündigungsschutzes bei Betriebsübergang?*, DRDA, 58. Jahr, 5, 2008, pp. 411 e ss., em especial, pp. 416-417, Gert-Peter Reissner, *Zur Arbeitgeberkündigung nach Betriebsübergang, Zugleich eine Besprechung der E OGH9 OB A 97/02h*, ZAS, 2003, pp. 254 e ss. , em especial, p. 260.

<sup>80</sup> Sobre este assunto, destaca-se Gert-Peter Reissner, *ob. cit.*, pp. 257 e s. Ainda a este propósito, Georg Annuß, *ob. cit.*, pp. 844 e ss., com a indicação de recentes decisões do BAG que consideraram válidos os despedimentos em certas circunstâncias como, por exemplo, em caso de encerramento de uma secção ou parte de estabelecimento em crise que, mais cedo ou mais tarde, iria ser encerrado independentemente da transmissão.

<sup>81</sup> Neste sentido, Franco Carinci, Raffaele De Luca Tamajo, Paolo Tosi, Tiziano Treu, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>82</sup> Assim, Francesco Buffa, Giuseppe De Lucia, *ob. cit.*, p. 115.

procede à transmissão da unidade económica, colocando o transmissário como condição essencial para que a transmissão tenha lugar, uma redução dos contratos de trabalho.

A conexão existente entre a transmissão e o despedimento deve ser valorada de forma objectiva, tendo em conta a causa e o seu efeito, prescindindo-se da consciência subjectiva e vontade do transmissário<sup>83</sup>.

Para melhor explicação do problema é importante fazer referência ao único caso da jurisprudência do TJCE que aborda na perfeição esta questão: o caso *P. Bork International (PBI)*<sup>84</sup>. Para uma cabal compreensão do problema, cumpre fazer uma síntese dos factos. Em Abril de 1980, a sociedade «PBI» tomou de arrendamento à sociedade «OTF» uma fábrica, mantendo ao seu serviço todos os respectivos trabalhadores. Porém, no Outono do mesmo ano, a PBI denunciou o contrato de arrendamento com efeitos a partir de 22 de Dezembro de 1981, tendo, nesse mesmo mês, despedido todo o pessoal da fábrica. Com o fim do contrato de arrendamento, a fábrica ficou inoperacional. A 30 de Dezembro, a «JI» comprou à OTF a fábrica em causa, ficando acordado que o terreno, as instalações, máquinas e peças sobressalentes da fábrica vendida deveriam ser transferidos em 4 de Janeiro de 1982, para a JI. Acresce que a JI, iniciou a laboração da fábrica e readmitiu mais de metade dos trabalhadores que pertenciam à PBI. É de salientar que não contratou pessoal novo, apenas os que pertenciam à PBI. Colocou-se a questão de saber se a directiva aplicava-se ao facto do proprietário do estabelecimento ter concedido a sua exploração a outrem, tendo posteriormente retomado a sua propriedade, finda a concessão, vindo mais tarde a transmitir o referido estabelecimento a um terceiro, que retoma a actividade pouco tempo depois, sem qualquer acordo entre o primeiro concessionário e o terceiro adquirente ou, entre este último e o proprietário relativamente à prossecução dos contratos de trabalho<sup>85</sup>.

O TJCE, depois de analisar o caso em apreço, considerou existir uma transferência de um estabelecimento de acordo com a directiva comunitária, uma vez que esta manteve a sua identidade económica. Contudo, a questão principal relaciona-se com a readmissão de parte do pessoal pertencente à PBI. E é nesta situação que se pode falar em despedimento motivado pela transmissão previsto no art. 4.º/1 Directiva, visto que o hiato temporal entre o despedimento e a transmissão da unidade económica é muito curto, e por sua vez, um grosso

<sup>83</sup> Cfr. Franco Scarpelli, *ob. cit.*, p. 95.

<sup>84</sup> Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>.

<sup>85</sup> Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência...*, cit., p. 114.

dos trabalhadores foram readmitidos pelo transmissário<sup>86</sup> e, como já tive oportunidade de dizer, esse é um dos indícios fulcrais para afirmarmos com segurança a existência do despedimento motivado pela transmissão. Este tipo de comportamentos contraria, em absoluto, a norma do art. 4.º/1, na medida em que não está em conformidade com o âmbito da directiva.

Deveremos ter em consideração dois indícios essenciais para saber até que ponto o despedimento colectivo foi motivado pela transmissão: o hiato temporal entre o despedimento e a transmissão da unidade económica e o facto de a empresa continuar a subsistir como entidade económica idêntica<sup>87</sup> ou ter cessado a sua actividade aquando da transmissão e depois ter reiniciado a sua exploração com a mesma actividade económica ou actividade idêntica, readmitindo os trabalhadores que haviam sido despedidos<sup>88</sup>.

A doutrina estrangeira (espanhola, francesa, italiana e alemã), em conformidade com a jurisprudência comunitária, entende, maioritariamente, que os contratos de trabalho dos trabalhadores ilegalmente despedidos pelo transmitente, pouco tempo antes da transmissão, impõem-se ao transmissário. E, como tal, os trabalhadores afectados pelo despedimento ilegal e, mesmo que não readmitidos pelo transmissário, podem invocar a ilegalidade desse mesmo despedimento em relação ao transmissário<sup>89</sup>.

De acordo com a doutrina italiana, o despedimento motivado pela transmissão deve ser sancionado de forma diversa consoante se trate de despedimento exercido pelo

---

<sup>86</sup> Cfr. Antonio Martín Valverde, Joaquín García Murcia, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 1140.

<sup>87</sup> Aqui é de evidenciar o caso *Spijkers*, proc. 24/85, o *Schmidt*, proc. 392/92, de 14-04-1994, o *Daddy's Dance Hall*, proc. 324/86, de 10-02-1988, e o *Vidal*, proc. 127/96, de 13-03-1999, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>, onde o TJCE considerou ser decisivo, no âmbito da directiva esse requisito para averiguarmos se houve ou não transmissão. Por sua vez, o carácter pioneiro do TJCE apresenta-se em dois casos relativamente à admissibilidade da transmissão em duas fases com base numa relação triangular, sendo a terceira parte o elo crucial para que a relação jurídica se complete - é o exemplo do *Daddy's Dance Hall* e do *P Bork International*, já citados. Por sua vez, na jurisprudência nacional temos os Acs. STJ, de 18-02-2002, de 25-02-2009, do TRL, 15-02-2006, do TRC, de 7-04-2005, do TRL, de 16-01-2008, o de 24-05-2006 e o de 27-06-2007, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>88</sup> Franco Scarpelli, *ob. cit.*, p. 95; Manuel do Nascimento Baptista, *ob. cit.*, pp. 95 e ss.

<sup>89</sup> Neste sentido, Ac. TJCE *Dethier*, de 12-03-1998, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>; Júlio Gomes, *A Jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de Transmissão de Empresa, Estabelecimento ou parte de Estabelecimento - inflexão ou continuidade?*, in *EIDT*, Vol. 1, pp. 505 e ss.

transmitente ou pelo transmissário e, ainda, consoante tenha ocorrido antes ou depois da transmissão.

Em suma, tendo o despedimento sido exercido pelo transmitente antes de efectuada a transmissão, a jurisprudência limita-se a afirmar que os despedimentos decorridos antes da transmissão, são ilegítimos e, por sua vez, os trabalhadores afectados podem impugnar o despedimento, sendo-lhes reconhecidos os seus direitos; como tal, os seus contratos de trabalho continuarão com o transmissário. Também poderemos justificar a ilicitude do despedimento com base no recurso ao instituto da fraude à lei (como, por exemplo, através do encerramento de uma empresa, aparecendo posteriormente uma outra empresa dedicada a actividade similar, empregando a maioria dos trabalhadores da empresa que tinha encerrado – nestes casos, para além de se entender que houve transmissão da unidade económica, os contratos de trabalho também prosseguem)<sup>90</sup>, apesar de não existir nada na nossa lei que impeça a possibilidade de o transmitente poder exercer essa faculdade e, portanto, essa possibilidade de iludir a norma imperativa é mais facilitada. Digamos que o transmitente utiliza uma operação convenientemente lícita, dado que não cai directamente sob o golpe da lei subtraída; mas há lá, no entanto, e somente, uma aparência de licitude, dado que, no momento em que o empregador despede os trabalhadores, está a impedi-los de passar ao serviço do novo empregador, despede-os por causa da transmissão, e, por conseguinte, em violação dos arts. 285.º CT, e 3.0 e 4.º/1 da Directiva<sup>91</sup>.

## 7.2. Despedimento ulterior à transmissão da unidade económica

Tendo o despedimento sido decidido depois de efectuada a transmissão, o transmissário não beneficia de qualquer regime que possa derrogar as regras do direito comum, pois, como já tive oportunidade de dizer, são regras de cariz imperativo.

---

<sup>90</sup> Carlos Alfonso Mellado, M.ª Amparo Ballester Pastor, Ángel Biasco Pellicer, M.ª Eugenia García Gómez de la Flor, Carlos Rosat Aced, J. Ignacio Rosat Aced, Tomás Sala Franco, Marien Velasco Paños, *La sucesión de empresa, RL*, 31, 2006, p. 559. Nas palavras dos autores, em Espanha deverá aplicar-se nas situações de fraude à lei o disposto no art. 44.º ET e, a título de exemplo, faz referência a um Ac. STS, de 28-11-1997.

<sup>91</sup> Em França, os juízes, tradicionalmente, condenavam este tipo de despedimentos através do recurso à figura da fraude à lei, e não por violação do disposto na L. 122-12-al. 2 (actualmente L. 1224-1), assinalando a intenção do empregador em subtrair-se às disposições legais. Ainda a propósito do cariz fraudulento, no direito alemão, veja-se, Müller-Glöge, *ob. cit.*, pp. 435 e ss., Preis, *ob. cit.*, pp. 1554 e ss., Anuss, *ob. cit.*, p. 844, Gert-Peter Reissner, *ob. cit.*, pp. 259 e s.

Contudo, o transmissário pode decidir reduzir o número de trabalhadores ou proceder à modificação dos respectivos contratos de trabalho, invocando dificuldades económicas ou mutações a nível tecnológico da empresa objecto de transmissão<sup>92</sup>. Claro que nós não nos deveremos contentar com a invocação desses motivos, porque tais razões da empresa transferida ou, do grupo no qual a entidade económica se integra surgem a nível mundial. A prossecução por parte do transmissário de uma entidade deficitária não justifica o despedimento.

Pode acontecer que o transmissário seja quase que forçado a proceder à reorganização da empresa, e até mesmo, a propor modificações nos contratos de trabalho. Esta reorganização ou reestruturação pode tomar-se premente, com o objectivo de só assim se conseguir assegurar a competitividade empresarial.

Através da aplicação das regras do direito comum, o transmissário não pode invocar as causas próprias da transmissão, tais como: a necessidade de alinhar a matéria respeitante à remuneração dos novos trabalhadores, assim como, daqueles que vieram em consequência da transmissão, ou o suprimento da hierarquia ou a sede social em caso de fusão<sup>93</sup>.

Nas palavras de Ronald M. Beltzer, o transmissário tem a “faculdade” de poder despedir os trabalhadores, após a transmissão, quando entende que existe um excesso de mão-de-obra, mesmo que este excesso seja, de certa forma, o resultado da transmissão, porque, em rigor, a transmissão não seria o fundamento do despedimento<sup>94</sup>. Este autor chega mesmo a afirmar que o despedimento efectuado pelo transmissário deve ser encarado e avaliado como se não tivesse ocorrido a transmissão.

Em virtude do facto de a lei não permitir o despedimento motivado pela transmissão, o transmitente tem a faculdade de proceder à ruptura dos contratos de trabalho de acordo com as regras do despedimento, mas, para tal, terá que ter um motivo justificativo. No entanto, esse motivo não pode prender-se com a transmissão. Como é certo, não se pode privar de forma definitiva o transmitente nem o transmissário de despedir os seus trabalhadores, na eventualidade de ter uma causa objectiva que tal o justifique. Essa causa pode enquadrar-se perfeitamente nos motivos que servem de fundamento para o

<sup>92</sup> Cfr. Marie-Hélène Chezlemas, *La Situation des Salaries dans les Operations de Transfert d'Entreprise en Droit Compare: France, Royaume-Uni, États-Unis*, L.G.D.J., Lextenso Éditions, 2009, p. 406.

<sup>93</sup> *Vd. Antoine Mazeaud, ob. cit.*, p. 738.

<sup>94</sup> Ronald M. Beltzer, *The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, 2007, pp. 139 e ss.

despedimento colectivo, mas não pode ser utilizada quer pelo transmitente ou pelo transmissário no momento da transmissão da unidade económica. Seria ilógico se privássemos ambas as partes de procederem a um despedimento em termos gerais, no âmbito da transmissão como, por exemplo, um despedimento com justa causa previsto no art. 351.º CT. Esta modalidade é perfeitamente admissível.

Porém, daqui surge-nos uma questão relativamente aos despedimentos realizados em momento posterior à transmissão, ou seja, será que poderemos falar em fraude à lei quando os trabalhadores são despedidos depois da transmissão do estabelecimento? É certo que o transmissário, na qualidade de empregador, tem pleno direito, desde que justificado, de despedir. Esta questão suscita-se a propósito das fusões de empresas em que por força destas, há uma ou várias secções que são supridas e, como tal, passa a existir excesso de trabalhadores, e a consequência será o despedimento. Ora, nestas circunstâncias não poderíamos falar de fraude à lei? Eu entendo que sim, apesar do escopo da directiva estar preenchido, isto é, houve transmissão e, por sua vez, os contratos de trabalho também foram transmitidos. Mas não poderemos considerar que o objectivo da directiva se confine apenas à transmissão, esta também visa a continuação da relação laboral. E aqui coloca-se outra questão, será que se pode considerar que o escopo da directiva está preenchido com a transmissão e com a continuação dos contratos de trabalho, nem que seja por um dia? Não estará a ser violado o princípio da estabilidade do emprego? O trabalhador tem direito a prosseguir com o seu contrato, mas será que o transmissário, na qualidade de novo empregador, tem direito a despedir os trabalhadores em momento imediato ao da transmissão? É certo que o empregador tem esse direito, no entanto, ao exercê-lo em momento imediatamente posterior à transmissão, entendo que estará a agir em fraude à lei, porque estará a contornar o regime imperativo da directiva, ou seja, a manutenção da relação laboral, sendo nesses casos considerado o despedimento inválido<sup>95</sup>. A directiva não se deve compaginar à manutenção da relação laboral por breves instantes.

Contudo, o trabalhador também tem uma alternativa que consiste no facto de manifestar expressamente a sua vontade em continuar com o transmitente, e como tal, o seu contrato de trabalho não passará para a esfera do transmissário. É um direito que lhe assiste e

---

<sup>95</sup> Houve um Ac. STA, de 5-06-2002, que estabeleceu que um despedimento efectuado após a transmissão tinha sido realizado em fraude à lei e com violação das regras sobre a transmissão. Esta anotação foi retirada de um artigo da autoria de Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão...*, cit., p. 166.

que deriva da regra geral do art. 3.º Directiva, ou seja, em caso de transmissão da unidade económica, o contrato de trabalho prossegue com o transmissário, conservando o trabalhador todos os direitos que daí advêm. Deste princípio, também se pode retirar o inverso, isto é, o trabalhador pode acordar com o transmitente e o transmissário o destino do seu contrato de trabalho<sup>96</sup>.

Todavia, desta negociação podem ocorrer ilegalidades, como já tive oportunidade de referir no ponto sobre a fraude à lei, isto é, o transmitente e o transmissário aquando dessa negociação com o trabalhador podem estar a agir de má fé, ou seja, através do recurso a essa figura, podem não lhes reconhecer os direitos oriundos da transmissão, e nessa hipótese, a consequência a ser aplicada não seria a nulidade em termos gerais – arts. 280.º e 294 CC mas sim, a consequência prevista no art. 285.º CT que consiste na continuação do contrato de trabalho com o transmissário e a conservação de todos os direitos que daí derivam<sup>97</sup>, Como estamos perante um contrato, ambas as partes devem pautar-se por regras de conduta, devem agir de acordo com os trâmites da boa fé - este é um princípio que se aplica a qualquer contrato<sup>98</sup>.

Claro que o trabalhador, na fase que antecede a transmissão, pode informar-se no sindicato (se estiver filiado) sobre a sua situação laboral enquanto ligado ao transmitente, assim como ficará a sua situação depois de ligado ao transmissário<sup>99</sup>. O trabalhador tem todo o direito em saber se o seu contrato poderá ser alterado pelo transmissário depois de efectuada a transmissão.

Porém, num país como o nosso, toma-se quase impossível provarmos o despedimento motivado pela transmissão e o próprio intuito fraudulento dado que a intervenção das nossas autoridades judiciais nessa matéria está muito limitada.

<sup>96</sup> Assim, Francesco Buffa, Giuseppe De Lucia, *ob. cit.*, p. 111.

<sup>97</sup> *Idem, ibidem*, pp. 112-113. Neste seguimento, veja-se a sentença de 19-01-2004 da *Corte di Cass.*, adaptando o regime da transmissão do estabelecimento ao art. 2112.º CCI que estabelece que a transmissão não pode, por si só, ser fundamento do despedimento, acrescentando que o transmitente conserva o direito de poder rescindir com o trabalhador de acordo com a norma geral; porém, o empregador transmitente, na iminência da transmissão da unidade económica não pode romper a relação laboral. Tal comportamento é-lhe negado por ser fraudulento e, como tal, contrário à boa fé.

<sup>98</sup> Para uma melhor explicação da aplicação do princípio da boa fé, veja-se, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 632 e ss.

<sup>99</sup> Cfr. Alessandra Raffi, *ob. cit.*, p. 92.

Contudo, da leitura do art. 4.º da Directiva retira-se, a meu ver, uma certa contradição, ou melhor, uma permissão que pode dar origem a situações perigosas para os trabalhadores, designadamente, situações fraudulentas, uma vez que o transmitente e o transmissário podem aproveitar a transmissão do estabelecimento para subtrair alguns trabalhadores, invocando os motivos do despedimento colectivo, isto é, utilizando a aparência de um despedimento lícito, mas na realidade ilícito, porque no momento em que transmitem a empresa ou o estabelecimento ocultam o verdadeiro objectivo que é o despedimento colectivo.

#### **8. A visão da directiva comunitária em relação aos despedimentos colectivos efectuados no contexto de uma transmissão de unidade económica**

Relativamente a este ponto, a directiva não exclui a possibilidade dos despedimentos poderem acontecer aquando da transmissão da unidade económica pelos motivos sufragados no art. 4.º/1, proibindo unicamente os que se prendam com a transmissão. Todavia, a directiva tem a noção de que a transmissão pode implicar «uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento dos trabalhadores»<sup>100</sup>. Note-se que as condições de trabalho vêm clausuladas, em geral, em convenções colectivas. Se o contrato de trabalho for rescindido por força de uma modificação de carácter substancial, tal rescisão é encarada como tendo sido feita pelo empregador, e como tal, não se tratará de uma demissão, mas sim de um despedimento claramente ilícito<sup>101</sup>. Evidentemente, isto não significa que o transmissário possa, de livre e espontânea vontade, alterar o contrato de trabalho, porque isso implicaria uma violação ao princípio da conservação dos direitos dos trabalhadores. Todavia, a directiva admite essa possibilidade, embora com reservas, no caso, de a empresa ser objecto de um processo de insolvência.

#### **9. Possíveis soluções para a resolução da questão da redacção do art. 4.º/1 Directiva**

Como já tivemos oportunidade de verificar, a transmissão, por si só, nunca pode ser fundamento para um despedimento colectivo, independentemente de, à primeira vista, tal despedimento ter uma aparência “imaculada”.

A questão está na redacção do preceito porque, ao ressaltar os motivos que se enquadram no despedimento colectivo, está a permitir uma certa margem de manobra quer para o transmitente, quer para o transmissário, para facilmente contornarem a norma,

<sup>100</sup> Cf. Antoine Mazeaud, *ob. cit.*, p. 738.

<sup>101</sup> *Idem, ibidem*, p. 738.

despedindo os trabalhadores de forma aparentemente lícita, tendo unicamente de pagar uma compensação nos termos do art. 366.º/1 CT «correspondente a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade» aos trabalhadores afectados, sem terem que arcar com as consequências de um despedimento ilícito.

Desta forma, considero a redacção do preceito deficiente, pelo facto de o seu carácter evasivo se traduzir na diminuição dos direitos dos trabalhadores, contrariando o princípio da estabilidade do emprego consagrado no art. 53.º CRP e, acima de tudo, a continuidade da relação laboral que é a pedra de toque quando se fala em transmissão de estabelecimento ou de empresa. A permissão ou a tensão do art. 4.º/1 da Directiva não tem razão de ser, nem faz sentido, na medida em que a directiva tem como princípio a manutenção dos contratos de trabalho, com afirmação no art. 3.º, mas, ao mesmo tempo, o art. 4.º/1 comporta a possibilidade de essa regra ser iludida.

Assim, a falta de clareza do art. 4.º/1 da Directiva poderia ser resolvida através do recurso à interpretação extensiva e, ainda, numa medida mais extremista, à reformulação da própria norma.

Esta última hipótese prende-se com o facto de o preceito em si não delimitar o seu âmbito de aplicação, ou seja, não esclarecer se comporta unicamente os despedimentos anteriores à transmissão ou se também abrange os posteriores. Apesar de subentendermos que o art. 4.º/1 da Directiva se refere aos despedimentos anteriores à transmissão, a sua redacção não é clara. Após a sua leitura, verifica-se que a transmissão nunca pode servir de fundamento para um despedimento colectivo, e é precisamente desta afirmação que se fala em despedimento motivado pela transmissão da unidade económica ou despedimento anterior à transmissão da unidade económica, porque a letra da lei não faz qualquer referência aos despedimentos anteriores à transmissão. Por força do carácter evasivo do dito preceito, presumimos que o n.º 1 do art. 4.º se refere a um despedimento motivado pela transmissão.

E já agora, porque não fazer referência ao hiato temporal entre o despedimento e a transmissão? Seria, a meu ver, extremamente importante a dita norma fazer menção de tal aspecto, que é relevante, para não dizer crucial, para a averiguação da existência de um despedimento motivado pela transmissão, visto que é um dos indícios concebidos pela jurisprudência do TJCE. O TJCE atende à proximidade ou ao hiato temporal entre o despedimento e a transmissão; mas que tipo de proximidade é essa em termos quantitativos? Qual o espaço temporal que deve ser considerado como próximo?

Claro que a criação de um prazo, será sempre problemática, visto que irá sempre gerar determinados problemas como, por exemplo, a utilização do mesmo para contornar o regime imperativo da Directiva, como explicarei seguidamente. Mas tal facto, não deverá constituir obstáculo para a fixação, em abstracto, de um hiato temporal.

A definição de um prazo é uma questão delicada. Porém, tal criação poderia, tomar mais clara a verificação da existência de despedimentos motivados pela transmissão. Como tal, justificar-se-ia que o legislador comunitário estabelecesse um prazo concreto, tal como tem sido sugerido por alguma doutrina estrangeira, em particular, alemã e austríaca.

Tenho consciência que não será fácil determinar o hiato temporal entre o despedimento e a transmissão, na medida em que nunca poderá ser fixado em termos absolutos. Qualquer que seja o prazo – 3 meses, 6 meses ou 1 ano –, não poderemos confinar, unicamente, os despedimentos motivados pelo fenómeno transmissivo a tal prazo, porque seria como estarmos a criar, indirectamente, uma forma de esses despedimentos serem apenas considerados ilícitos enquanto estivessem dentro do prazo pré-determinado, findo o qual, deixariam de ser motivados pela transmissão e passariam a ser perfeitamente lícitos. Daqui surgiria de imediato uma multiplicidade de questões. Por exemplo; se a Directiva fixasse um prazo de 3 meses e porventura; tivesse decorrido o prazo de 3 meses e uma semana ou 3 meses e um dia, deveria considerar-se o despedimento não motivado pela transmissão por já terem decorrido os 3 meses?

Em minha opinião, não poderá fixar-se um prazo absoluto para se evitar a utilização do mesmo como forma de contornar o regime imperativo da Directiva, porque uma vez estabelecido um prazo, decorrido o mesmo, não se poderia falar em despedimento motivado pela transmissão, causando, dessa forma, a possibilidade de o transmitente proceder a um despedimento colectivo perfeitamente válido.

Deste modo, considero que seria preferível optar-se por uma presunção, isto é, findos os 6 meses, o despedimento colectivo já não se presume motivado pela transmissão, mas poderá provar-se que ainda o é e, conseqüentemente, será qualificado como ilícito apesar de o prazo de 6 meses já ter terminado. De igual modo, se o despedimento tiver lugar dentro do prazo de 6 meses, a presunção pode ser ilidida quer pelo empregador transmitente, quer pelo empregador transmissário ao demonstrarem que o motivo subjacente ao despedimento colectivo não se prende com a transmissão do estabelecimento.

Ora, o que é que deveremos considerar como prazo razoável? Tendo em conta a complexidade do assunto, dado que não existe qualquer suporte doutrinal, ou jurisprudencial

e, segundo a minha perspectiva, poderíamos estipular um prazo de 3 ou 6 meses para um despedimento ser considerado motivado pela transmissão.

Este mesmo prazo, a meu ver, deveria também aplicar-se aos despedimentos ulteriores à transmissão, na medida em que estes últimos também poderão ser motivados pelo fenómeno transmissivo.

Contudo, o prazo não deve ser demasiado alargado; porque seria abusivo, tendo em conta que não deveremos limitar excessivamente o direito de despedir que pertence ao transmitente até à transmissão efectiva, e do transmissário a partir da transmissão do estabelecimento. O escopo da Directiva deve ser assegurado mas não de forma extremista, caso contrário, os trabalhadores no âmbito da transmissão do estabelecimento ou da empresa teriam um prazo mais alargado para impugnar o despedimento colectivo com base na transmissão. Porém, apesar de se ter que proteger o direito de despedir, ao mesmo tempo, tal direito deverá ser restringido, cuidadosamente, para se acautelar os direitos dos trabalhadores quando confrontados com um despedimento colectivo motivado pela transmissão da unidade económica.

Como já referi oportunamente, uma das hipóteses de se ultrapassar o carácter omissivo do art. 4.º/1 da Directiva passa pelo recurso à interpretação extensiva<sup>102</sup>.

Já tivemos oportunidade de constatar que os arts. 285.º e ss. CT e o art. 3.º da Directiva consagram uma protecção face à transmissão do estabelecimento que passa pela manutenção dos contratos de trabalho, assegurada constitucionalmente através do art. 53.º CRP. Porém, o art. 4.º/1 da Directiva quase que aniquila essa protecção pelas razões supramencionadas. É precisamente nesses motivos que se encontra a “doença” do preceito. Torna-se premente que a norma em si faça distinção entre despedimentos colectivos anteriores e ulteriores à transmissão.

A proibição tal como está prevista na Directiva não delimita o âmbito de aplicação. Por isso, coloca-se a questão de saber se essa proibição abrange unicamente os despedimentos anteriores ou se o seu alcance comporta os que são efectuados após a transmissão. Por tal facto, o dito preceito deveria ser estendido ou reformulado, isto é, a norma em causa, quando

---

<sup>102</sup> Cfr. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 11.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 185 e ss.: o intérprete constata que a letra da lei fica aquém do espírito da lei, porque a lei consagra menos do que realmente pretende dizer isto é, não existe uma total correspondência entre a letra e o espírito, porque a letra é deficiente, peca não por excesso, mas por defeito. É o que precisamente acontece com o art. 4.º/1 da Directiva.

afirma que a transmissão não pode ter como fundamento o despedimento, deveria mencionar, a meu ver, de forma clara e inequívoca, que tal proibição abrange os despedimentos colectivos anteriores e ulteriores à transmissão da unidade económica – questão já tratada nos pontos anteriores, e não apenas os motivos que se enquadram no despedimento colectivo que, por sua vez, se aplicam, com as devidas adaptações, ao despedimento por extinção do posto de trabalho.

Por tal facto, segundo a minha opinião, o art. 4.º/1 poderia consagrar, por exemplo: o *despedimento colectivo nunca pode por si só ter como fundamento por parte do transmitente/transmissário a transmissão de um estabelecimento ou empresa, enquanto a empresa subsistir como entidade económica e sem antes ter decorrido um certo espaço temporal entre o despedimento e a transmissão, independentemente, de o despedimento ocorrer antes ou depois da transmissão, salvo estas situações, nada obsta para que os despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização se concretizem desde que devidamente justificados.*

Esta é a minha concepção e creio que através dela a dupla *ratio* imputada ao regime do art. 285.º CT, assim como o escopo da directiva, estariam mais protegidos e, de certa forma, as situações susceptíveis de fraude seriam menores ou, pelo menos, a tarefa daqueles que querem contornar a lei estaria mais dificultada.

### Siglas e Abreviaturas

- AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- Ac./Acs. – Acórdão/ Acórdãos
- Art./Arts. – Artigo/ Artigos
- BAG – *Bundesarbeitsgericht*
- BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*
- BFDUC – *Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)*
- Cass. – *Cassazione*
- CC – Código Civil
- CCE – Código Civil Espanhol
- CCI – Código Civil Italiano
- CJ – *Colectânea de Jurisprudência*
- Col. – *Colectânea*
- CRP – Constituição da República Portuguesa

- CT – Código do Trabalho
- Dez – Dezembro
- DRDA - Das Recht Der Arbeit
- DS – Droit Social
- ed. –Edição
- EIDT – Estudos do Instituto de Direito do Trabalho
- ET – Estatuto de los Trabajadores
- FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- *GDLRI – Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*
- Jan – Janeiro
- *JI – Junkers Industrier*
- LCT – Lei do Contrato de Trabalho
- n.ºs – Números
- *NZA – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*
- *OTF – Orehoved Trae-og Finérindustri*
- *PBI – P Bork International*
- *PDT – Prontuário do Direito do Trabalho*
- p./pp. – Página/Páginas
- port. – português
- Proc. – Processo
- *QDLRI – Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*
- *QL – Questões Laborais*
- *Rec. – Recueil*
- *RDA – Recht der Arbeit*
- *RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais*
- *REL – Revista de Estudos Laborais*
- *RMP - Revista do Ministério Público*
- *RMTAS - Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*
- *RL – Relaciones Laborales*
- *ROA – Revista da Ordem dos Advogados*
- s. – seguinte

- ss. – seguintes
- STA – Supremo Tribunal Austríaco
- STF – Supremo Tribunal Francês
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- STS – Supremo Tribunal Social
- T. –Tomo
- TA-Tratado de Amesterdão
- TCT –Tribunal Central de Trabajo
- TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
- Trad. – Tradução
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- TS – Tribunal Supremo
- Univ. – Universidade
- Vol. – Volume
- ZAS – *Zeitschrift für Arbeits und Sozialrecht*

### **Bibliografia**

- Abrantes, M. Costa, *A Transmissão do Estabelecimento Comercial e a Responsabilidade pelas Dividas laborais, Questões Laborais, Ano V, n.º 11, 1998, 1-35.*
- Abreu, José Manuel Coutinho de, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho, in Estudos em Homenagem ao Prof Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, III, Iuridica, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1983, 257-314.*
- Alfonso Mellado, Carlos, M.ª Amparo Ballester Pastor, Ángel Blasco Pellicer, M.ª Eugenia García Gómez de la Flor, Carlos Rosat Aced, J. Ignacio Rosat Aced, Tomás Sala Franco, Marien Velasco Paños, *La sucesión de empresa, Relaciones Laborales, 31, 2006, 555-564.*
- Almeida, Vítor Nunes de, *A Manutenção dos Direitos dos Trabalhadores em caso de Transferência de Empresas, Estabelecimentos ou Partes de Estabelecimentos, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 89-108.*

- Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho - À Luz do Novo Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol. II, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1992.
- Bailly, Pierre, *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du Travail, Droit Social*, n.º 4, Avril, 2004, 366-374.
- Baptista, Manuel do Nascimento, *A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas ou estabelecimentos*, *Revista do Ministério Público*, Ano 16, n.º 62, Abril-Junho, 1995, 89-105.
- Beltzer, Ronald M., *The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, 2007.
- Bertrand, Véronique, *Transferts des contrats de travail et cession d'entreprise*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1988.
- Betti, Emílio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, T. II, trad. port. de Fernando Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1969.
- Binder, Martin, *Befristung des Kündigungsschutzes bei Betriebsübergang?*, *Das Recht Der Arbeit*, 58. Jahr, 5, Oktober, 2008, 411-417.
- Blanco Martín, José María, *La subrogación empresarial en la actividad de limpieza de edificios y locales (Comentaria a la STS 4.ª 30 de septiembre de 1999)*, *Relaciones Laborales*, I, 2000, 867-877.
- Buffa, Francesco, Giuseppe De Lucia, *Il lavoratore nel trasferimento di azienda*, Halley Editrice, Matelica, 2006.
- Carraro, Luigi, *Il Negozio in Frade Alla Legge*, Cedam, Padova, 1943.
- Carinci, Franco, *Diritto del Lavoro – Comentaria diritto*, Vol. II, I .ª ed. (ristampa 1999), UTET, Torino, 1998.
- Carinci, Franco, Raffaele De Luca Tamajo, Paolo Tosi, Tiziano Treu, *Diritto Del Lavoro - Il rapporto di lavoro subordinato*, 2., 6.ª ed., Torino, UTET, 2005.
- Carinci, Maria Teresa, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo – Diritto del Lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

—, *La fornitura de lavaro altrui interposizione, comando, lavaro temporaneo, lavaro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000.

- Carvalho, Catarina de Oliveira, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho*, em *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 437-474.
- , *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001.
- , *Cessação do contrato de trabalho promovida pelo empregador com justa causa objectiva no contexto dos grupos empresariais*, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Afonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, 205-239.
- Castro Y Bravo, Frederico de, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- Chezlmaz, Marie-Hélène, *La Situation dès Salaries dans les Operations de Transfert d'Entreprise en Droit Compare: France, Royaume-Uni, États-Unis*, L.G.D.J., Lextenso Éditions, Paris, 2009.
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, T. 1 - Parte Geral, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005.
- Cricenti, Giuseppe, *I Contratti in Frade Alla Legge*, Giuffrè, Milano, 1996.
- Duarte, Maria Luísa, *Direito Comunitário do Trabalho*, em *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Almedina, 2001, 153-188.
- Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- Fernandes, Francisco Liberal, *Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário*, *Questões Laborais*, Ano VI, n.º 14, 1999, 213-240.
- , *Harmonização Social no Direito Comunitário: A Directiva 77/187/CEE, relativa à Transferência dos Trabalhadores de Empresa. Suas Implicações no Direito Português in AB VNO AD OMNES – 75 Anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, 1998, 1323-1354.
- , *Aspectos da Interferência do Direito Social Comunitário no Direito Laboral Português*, em *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, 418-463.

- Franceschi, Luca Francesco, *La Cessione D 'Azienda - Profili Economico Aziendali e Procedurali*, Cedam, Padova, 2007.
- Franzen, Martin, *Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrecht für die arbeitsrechtliche Regulierung des Betriebsübergang*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Beilage, n.º 4, 2008, 139-145.
- Galiana Moreno, Jesús María, *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo: El Fraude de Ley en las Relaciones de Trabajo: un análisis jurisprudencial – Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Afonso Olea*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, 436-483.
- García Tena, José, y Fernando Alarcón Beira, *Despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *Relaciones Laborales*, 1, 2000, 1161-1249.
- Garcia Ortega, Jesús, José María Goerlich Peset, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Juan M. Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco, *Curso de Derecho del Trabajo*, 17.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Garcia, Rita Pereira, *Natureza Jurídica da Transmissão de Estabelecimento Comercial*, 2005, disponível em <http://www.verbojuridico.com>.
- Gomes, José Caramelo, *Lições de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE*, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano 38, 2.ª série, n.ºs 1, 2, 3, 4, Janeiro-Dezembro, 1996, 77-188.  
 — , *A Jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de Transmissão de Empresa, Estabelecimento ou parte de Estabelecimento – inflexão ou continuidade?*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 1, 481-521.  
 — , *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

—, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho, Questões Laborais*, Ano XV, n.º 32, 2008, 141-167.

- Grandi, Mario, *Trasferimento D'Azienda, Solidarietà per i Crediti del Lavoratore e Vigenza del Rapporto di Lavara in Studi sul Lavoro, Scritti in onore di Gino Giugni*, T. 1, Cacucci Editore, Bari, 1999.
- Henriques, Fabrícia de Almeida, *Transmissão do Estabelecimento e Flexibilização das Relações de Trabalho, Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Abril de 2001, T. II, 969-1038.
- Henriques, Miguel Gorjão, *Direito Comunitário*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- Hörter, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.
- Ichino, Pietro, *Il Contratto di Lavoro – sospensione del lavoro, sciopero riservatezza e segreto, potere disciplinare, cessazione dei rapporti, conservazione e gestione dei diritti in Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003.
- Iruzubieta Fernández, Rafael, *El Abuso del Derecho y el Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- Larenz, Karl; Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C.H.Beck, München, 2004.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008.
- Leite, Jorge, Liberal Fernandes, João Reis, *Colectânea de Jurisprudência Social Comunitária*, T. II, 1986-91, Edições Cosmos, Lisboa, 1996.
- Liebman, Stefano, *Cessione D'Azienda e Rapporto di Lavara: Il Contratto Collettivo «Applicabile» Ai Lavoratori dell'Azienda Trasferita in Studi in Onore di Renato Scognamiglio*, Vol. II, Libreria dello Stato, Roma, 1997, 419-437.
- Louis, Jean Victor, *A Ordem Jurídica Comunitária*, 5.ª edição revista e actualizada, Perspectivas Europeias, Bruxelas, 1995.
- Machado, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 11.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.
- Marín Correa, José María, *La sucesión de empresas. Rejlexión a la luz de la Directiva CE 2001123, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 48, 2004, 83-96.

- Martín Valverde, Antonio, Joaquín García Murcia, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2002.
- Martínez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.  
—, *Da Cessaçã do Contrato*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- Mazeaud, Antoine, *Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise*, *Droit Social*, n.ºs 7/8, Juillet-Août, 2005, 737-742.
- Mazzoni, Giuliano, *Manuale di Diritto dell'avoro*, 6.ª ed., Vol. I, Giuffrè, Milano, 1988.
- Mazzotta, Oronzo, *Diritto del Lavoro*, 2.ª ed., em *Trattato do Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Mendes, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.  
—, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. III, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979.
- Monteiro, Luís Miguel, *Notas sobre articulação entre Direito Nacional e Direito Comunitário a propósito da noção de Despedimento Colectivo*, in *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho - Memórias*, Almedina, Coimbra, 2007, 163-179.
- Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 30.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- Mouly, Jean, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus*, *Droit Social*, n.º 5, Maio, 2007, 534-548.
- Nascimento, Ricardo, *Da Cessaçã do Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- Nicolini, Giovanni, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 3.ª ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- Pais, Sofia Oliveira, *Incumprimento das Directivas Comunitárias em Dois Temas de Direito Comunitário do Trabalho*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.  
—, *O Acórdão Marleasing - Rumo à Consagração Implícita do Efeito Horizontal das Directivas?*, Vol. 68, *BFUDC*, 1994, 283-322.
- Palomeque López, Manuel Carlos, Manuel Álvarez de La Rosa, *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1999.
- Passarelli, Santoro, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 112, Ano XXVIII, 2006, 4, 667-743.
- Pera, Giuseppe, *Diritto del Lavoro*, 6.ª ed., Cedam, Padova, 2000.

- Persiani, Mattia, Giampiero Praia, *Contratto e Rapporto di Lavoro*, 4.ª ed., Cedam, Padova, 2005.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.  
—, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970.
- Pinto, Mário, Furtado Martins, *Despedimentos Colectivos*, RDES, n.ºs 1, 2, 3 e 4, Jan-Dez, 1993, 3-70.
- Quadros, Fausto de, *Direito da União Europeia*, 2.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008.
- Raffi, Alessandra, *Tutela del Lavoratore nel Trasferimento di Azienda tra Normativa Nazionale e Normativa Comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 2.ª ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008.
- Rebhahn, Robert, *Probleme der Ausführung der Betriebsübergangsrichtlinie in Kontinental-europa, Recht der Arbeit*, 59. Jahrgang, 2006, 4-15.
- Reis, João, *O Regime da Transmissão da Empresa no Código do Trabalho*, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 305-359.
- Reissner, Gert-Peter, *Zur Arbeitgeberkündigung nach Betriebsübergang, Zugleich eine Besprechung der E OGH 9 OB A 97/02h*, *Zeitschrift für Arbeits und Sozialrecht*, 2003, 254-261.
- Rey Guanter, Salvador Del, Daniel Martínez Fons, Raquel Serrano Olivares, *El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, 2005, 221-287.
- Rocha, António Manuel da e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 1984.
- Rocha, Maria Jorge Morais Ribeiro da, *Da Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no âmbito da Relação Laboral*, *Minerva - Revista de Estudos Laborais*, n.º 5, Ano III, Almedina, Universidade Lusíada, Instituto Lusíada de Direito do Trabalho, 2004, 129-156.

- Rodríguez Piñero, Miguel y Bravo Ferrer, *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, *Relaciones Laborales*, 1, 2002, 645-673.
- Rodríguez Piñero, Miguel, *Transmisión de empresas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores*, *Relaciones Laborales*, n.º 7, Año XXII, Abril, 2006, 1-12.
- Santos, José Beleza dos, *A Simulação em Direito Civil*, Vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1921.
- Scarpelli, Franco, *Il Mantenimento del Diritti del Lavoratore nel Trasferimento D 'Azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, n. 28, 2004, 91-126.
- Scarponi, Stefania, *Il Dialogo tra Giudice Comunitario e Giudice Nazionale alla luce delta Direttiva sul Trasferimento D 'Azienda*, *Scritti in onore di Giuseppe Feferico Mancini*, Vol. 1, *Diritto dei Lavoro*, Giuffre, Milano, 1998, 523-562.
- Scognamiglio, Renato, *Diritto del Lavoro*, 5.ª ed. ampiamente riveduta ed aggiornata, Jovene Editore, Napoli, 2000.
- Silva, Luís Gonçalves da, *Nótula sobre os Efeitos Colectivos da Transmissão da Empresa em Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Vol. 1, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 257-274.
- , *Nótula sobre os Efeitos Colectivos da Transmissão da Empresa, Sub Judice*, n.º 27, Janeiro, 2004, 127-135.
- , *Nótula sobre os Efeitos Colectivos da Transmissão da Empresa em Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Vol. 1, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, 803-817.
- Simão, Joana, *A Transmissão de Estabelecimento na Jurisprudência do Trabalho Comunitária e Nacional*, *Questões Laborais*, Año IX, n. 0 20, 2002, 203-220.
- Suppiej, Giuseppe, Marcello De Cristofaro, Cario Cester, *Diritto Del Lavoro – Il Rapporto Individuale*, 4.ª ed., Cedam, Padova, 2008.
- Tiraboschi, Michele, *La esternalizzazioni dopo la riforma Biagi: somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Vasconcelos, Joana, *A Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no Código do Trabalho*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, Maio-Agosto, 2005, 73-93.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.

—, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

- Veiga, António Jorge da Motta, *Direito do Trabalho Internacional e Europeu*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1994.
- Vicente, Joana Isabel Sousa Nunes, *A Fuga à Relação de Trabalho (Típica): Em Torno da Simulação e da Fraude à Lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Vida Soria, José, José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, *Manual de Derecho del Trabajo*, 7.ª ed, Editorial Comares, Granada, 2009.
- Vitiello, Ernesto, *I Nuovi Rapporti di Lavoro – Secondo la «Riforma Biagi»*, Cedam, Padova, 2004.
- Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000.

#### Legislação

- Canotilho, J. J. Gomes, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.ª a 107.ª*, 4.ª ed., revista, Vol. I, Coimbra Editora, 2007.
- *Erfurter Kommentar zum Aeorbeitsrecht* coord. Müller-Glöße, Preis, Schmidt, 9.ª ed., Verlag, C.H.Beck, München, 2009.
- Martinez, Pedro Romano, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II*, coord. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, 5. ed., Verlag C.H.Beck, München, 2009.
- Neto, Abílio, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 1.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009.
- Ruperto, Cesare, *La Giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la Dottrina*, Libro V, *Dei Lavara*, T. I, Giuffrè, Milano, 2005.
- Staudinger, J. von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-615, Dienstvertragsrecht 1, Sellier de Gruyter, Berlin, 2005.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Contrato de prestação de serviço versus cedência ilegal de trabalhadores: diálogo com a doutrina da transmissão de empresa (\*)

Publicado em Questões Laborais, Coimbra, n.º 32, 2008, pp. 183-202.

Joana Nunes Vicente

### Introdução

Como é sabido, o princípio da proibição de cedência de trabalhadores, outrora princípio de valor absoluto em ordenamentos jurídicos como o espanhol ou o italiano (e até mesmo o português)<sup>1</sup>, vive nas últimas décadas um contexto de menor hostilidade. Essa tolerância começou por ser essencialmente de índole jurisprudencial. Com efeito, numa época em que a proibição assumia, do ponto de vista legal, uma forma tão geral e incondicionada, os tribunais, para excluírem do âmbito da proibição certas modalidades de cedência, exigiam para "dificultar" a verificação do tipo de ilícito legal, o preenchimento de um elemento intencional ou fraudulento<sup>2</sup>. Mais recentemente, o princípio da proibição de cedência de trabalhadores passou a admitir várias derrogações de origem legal ou, se preferirmos, a cedência de trabalhadores passou a registar uma *admissibilidade condicionada* pela verificação de determinados pressupostos. Em primeiro lugar, através da regulamentação jurídica da figura do trabalho temporário<sup>3</sup>; em segundo lugar, por força da admissibilidade da figuras

<sup>1</sup> Princípio enunciado no art. 43 do *Estatuto de los Trabajadores*, no art. 111 da *Legge* 1369/1960 (actualmente revogada) e no art. 129.0/1/g) do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro), respectivamente, nos ordenamentos jurídicos espanhol, italiano e português.

<sup>2</sup> Técnica utilizada sobretudo em Espanha, como apontam MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO I MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, "El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, n.º 58, 2005, pág. 197.

<sup>3</sup> Actualmente, contida nos arts. 172.º e ss. do Código do Trabalho, no ordenamento jurídico português; no D. Lgs. 276/2003, de 10 de Setembro (com as alterações introduzidas pela *Legge* 247/2007, de 24 de Dezembro), no ordenamento jurídico italiano; e na *Ley* 14/1994, de 1 de Junho (com as sucessivas alterações), no ordenamento jurídico espanhol.

como a cedência ocasional de trabalhadores, no sistema jurídico português, ou o *comando* ou *distacco*<sup>4</sup>, em Itália<sup>5</sup>.

Mas, se a expressão "cedência de trabalhadores" deixou de ser sinónimo de ilicitude - tomando-se viável distinguir a cedência legal da cedência ilegal - nem por isso a delimitação das hipóteses de cedência ilegal de trabalhadores ficaria isenta de dificuldades, todavia, agora numa outra perspectiva: a da fronteira que a separa do contrato de prestação de serviço.

Desde logo, porque só com uma certa ingenuidade - como já alguém observou<sup>6</sup> - seria de esperar que, abrindo-se a via para a legalização das práticas de fornecimento de mão-de-

---

<sup>4</sup> Cf. os arts. 288.º e ss. do Código do Trabalho e o D. Lgs. 276/2003, de 10 de Setembro, respectivamente.

<sup>5</sup> Para tal inflexão legislativa terá contribuído, entre outros aspectos, a perda de importância de alguns dos argumentos que sustentavam a mencionada proibição. Por um lado, a circunstância de a cedência operar uma certa "coisificação" do trabalhador, transformando-o em objecto de uma actividade empresarial de escopo lucrativo, não implica que fique comprometido o dever de tratar o trabalhador com o respeito e a dignidade que lhe são devidos (cf. CARIDAD LÓPEZ SANCHEZ, "Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal: una perspectiva de estudio comparado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 131, Julho-Setembro 2006, pág. 726; e GIUSEPPE PERA apud JÚLIO GOMES, "Algumas observações sobre o contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária", *Questões Laborais*, ano VIII, n.º 17, 2001, págs. 51 e 52). Por outro lado, é sabido que o princípio da proibição da cedência traduz a falta de apreço por figuras que impliquem um desdobramento do estatuto de entidade empregadora, atenta a presunção de que a interposição no contrato constitui um mecanismo para defraudar os interesses e os direitos dos trabalhadores, uma fonte de aspirações fraudulentas por parte de fornecedores e utilizadores da mão-de-obra (de novo, CARIDAD LÓPEZ SANCHEZ, "Cesión de trabajadores...", *cit.*, pág. 726; também CATARINA CARVALHO, "Contrato de trabalho e pluralidade de empregadores", *Questões Laborais*, ano XII, n.º 26, 2005, pág. 233, destaca esse perigo). Ora, pode dizer-se que, em grande medida, o alcance daquele efeito perverso perde importância a partir do momento em que se toma claro que a lei pode justamente criar expedientes para evitar o sucesso daquelas manobras. Contra isso responde, em matéria de trabalho temporário, por exemplo, a exigência de uma definição precisa das relações contratuais entre os vários intervenientes, nomeadamente, através da redução a escrito dos contratos que devem conter um conjunto de menções obrigatórias e da previsão de deveres de informação a cargo do utilizador, nomeadamente, em matéria de higiene, segurança e saúde. Por outro lado, o legislador pretende evitar que quer a poupança de custos que o recurso ao trabalho temporário permite ao utilizador quer a margem de lucro que a empresa de trabalho temporário obtém com a operação, sejam alcançadas à custa de um sacrifício salarial dos trabalhadores temporários. Os primeiros, estabelecendo uma desigualdade salarial entre trabalhadores internos e trabalhadores externos que desempenhem as mesmas funções; as segundas, através da fixação de salários mais baixos para permitir uma maior margem de locupletamento. Daí que, na generalidade dos sistemas jurídicos, a lei estipule que o trabalhador temporário tenha o direito de auferir pelo menos a mesma retribuição que o trabalhador do utilizador que execute as mesmas funções.

<sup>6</sup> MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO I MIGUEL RODRIGUEZ-PINERO ROYO, "El artículo 43 del. ..", *cit.*, pág. 203.

obra, todas elas haveriam de regularizar-se através do recurso ao trabalho temporário. Sob a aparência de pretensos "contratos de prestação de serviço", muitas são as situações em que aquilo que se encobre são sim prestações *sui generis*, de fornecimento de trabalhadores, ilícitas porque celebradas à margem dos esquemas de cedência de mão-de-obra permitidos pela lei. Depois, porque evidencia-se hoje - fruto das muitas formas que as estratégias de descentralização produtiva e de externalização podem assumir - uma falta de unidade naquilo que é comumente designado como prestação de serviço, nem sempre correspondendo essa noção a uma realidade positiva homogénea<sup>7</sup>. Essa falta de homogeneidade regista-se, desde logo, no facto de a actividade objecto de descentralização poder ter carácter ocasional ou permanente (continuado), ser inerente ao ciclo produtivo do beneficiário ou meramente acessória, poder ser realizada por antigos trabalhadores do beneficiário ou não, etc.<sup>8</sup>. Ora, este traço não só arrasta consigo uma multiplicidade de situações com uma forte dose de ambiguidade, em face do esquema classificatório fornecimento de serviço/fornecimento de mão-de-obra, como implica que aquele esquema não possa ser guiado por um pensamento rígido, baseado em significados apriorísticos.

Tomando como ponto de partida as dificuldades de distinção entre cedência ilegal e prestação de serviço, julgámos útil estabelecer a partir daqui um diálogo com a matéria sobre transmissão de estabelecimento e analisar os pontos de contacto que, entre as duas matérias, foram surgindo na doutrina, na jurisprudência e na legislação<sup>9</sup>. Começaremos por evidenciar a importância que a noção de entidade económica organizada assume nos dois domínios (I); seguidamente, debruçar-nos-emos sobre a metodologia que tem sido proposta para torner as dificuldades de qualificação (II); por fim, far-se-á uma alusão a algumas situações que ilustram a perda de importância do suporte material da empresa (III).

<sup>7</sup> Há mesmo quem se refira a uma crise na construção tradicional do conceito de "serviço", como observa ANNALISA PESSI, "Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo dellavoro: dalla Riforma Biagi alla "Legge sul Welfare", *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2/2008, pág. 406.

<sup>8</sup> OUVIA BONARDI, "La distinzione tra somministrazione e appalto nei servizi c.d.. labour intensive", *Rivista critica di diritto dellavoro*, 2004, pág. 241, refere que alguns destes elementos já não podem assumir relevo na tarefa qualificativa. Sobre este ponto, cf., ainda, a análise feita no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Outubro de 2007 (Proc. n.º 07S1260)- disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>9</sup> Pode, aliás, num genuíno processo de externalização de actividades de uma empresa estar envolvida uma transmissão de estabelecimento (ou melhor, de parte do estabelecimento) como momento instrumental da própria externalização, assim observa ANNALISA PESSI, "Le esternalizzazioni e lo statuto ...", *cit.*, pág. 416.

## I. A importância da noção de entidade económica organizada (empresa)

A importância que a noção de entidade económica organizada envolve nos dois domínios em cotejo é fácil de alcançar. Em matéria de transmissão de estabelecimento e, de acordo com a noção de transmissão acolhida pela Directiva 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, a referência ao "conjunto de meios organizados" para o exercício de uma actividade assume relevância, no plano analítico, em dois momentos distintos<sup>10</sup>. Por um lado, numa *perspectiva estática*, toma-se decisivo para averiguar se existe um objecto susceptível de transferência. Na verdade, se para a Directiva só é possível falar em transmissão de estabelecimento quando esteja em causa uma entidade económica autónoma e adequadamente estruturada (dotada de uma organização própria), o primeiro passo será sempre o de saber se estão reunidos e organizados certos elementos que constituem e identificam o potencial *quid* passível de transferência. Por outro, numa *perspectiva dinâmica*, para aferir se houve ou não transmissão. Isto porque se o critério crucial para indagar se houve transmissão é a preservação da identidade da entidade económica, tudo estará em apurar da passagem daquele conjunto de elementos constitutivos da empresa e que determinam a identidade da mesma.

No que concerne a fronteira entre cedência ilegal e prestação de serviço, um dos critérios fundamentais, para averiguar do carácter genuíno ou não da prestação de serviço, consiste em indagar da "consistência empresarial" do prestador de serviço ou, se quisermos, da actuação de uma organização empresarial mínima. E também aqui, a jurisprudência espanhola tem salientado uma *nuance* que importa reter. O fenómeno da cedência ilícita pode produzir-se tanto através de uma empresa verdadeiramente fictícia - desprovida de património (capital social, instrumentos, maquinaria, etc.), como através de uma empresa real - isto é, dotada de uma actividade e uma organização próprias- mas que, na realidade, não põe em jogo essa organização, limitando-se a fornecer mão-de-obra a outrem. Vale por dizer: independentemente do carácter aparente ou real da empresa prestadora de serviço, fundamental é que o complexo de meios não esteja a ser "posto em acção" ou "em funcionamento" na realização do serviço.

---

<sup>10</sup> Cf., também, art. 285.º/5 do Código do Trabalho ("unidade económica"), art. 2112, co. 5.º, do *Codice Civile* ("attività economica organizzata") e art. 44.1 do *Estatuto de los Trabajadores* ("empresa", "centro de trabajo" ou "unidad productiva").

## II. O método indiciário de qualificação

Passemos agora ao método. A técnica qualificativa que têm sido privilegiada nos dois domínios é o conhecido método indiciário de qualificação ou método do "feixe de indícios", método não privativo dos problemas em mãos, antes do qual a doutrina, e sobretudo, as instâncias judiciais, em Direito do Trabalho, se socorrem em processos de qualificação complexos. Basta pensar que é esta a técnica qualificativa utilizada em matérias tão controversas como sejam a da qualificação de uma relação como *trabalho subordinado ou trabalho autónomo*<sup>11</sup>.

Em traços gerais, trata-se de um processo de qualificação que permite ao intérprete, através dos chamados *índices de qualificação* - elementos que exprimem pressupostos, consequências ou aspectos colaterais de um determinado tipo -, proceder a uma aproximação comparativa entre esses índices e a relação negociai fáctica e concreta para acertar da ocorrência ou não dos elementos que identificam um determinado tipo negociai. Cada um dos índices, isoladamente considerado, não tem valor absoluto, não é determinante de uma dada qualificação negociai, e cada um pode assumir um peso diferente atendendo à situação concreta, ao contexto relacional em que se insere<sup>12</sup>.

Vale a pena reparar como esta nota é visível nos dois temas em cotejo. Em matéria de transmissão de estabelecimento, e nos termos do art. 2.º /b) da Directiva 2001/23/CE, de 12 de Março, é considerada transmissão "a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o

<sup>11</sup> Assim, a título meramente exemplificativo, na doutrina portuguesa, cf. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, págs. 146 e ss.; JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Serviço de Textos, Coimbra, 2004, págs. 37 e ss.; JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2004, págs. 361 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 315 e ss. Na jurisprudência portuguesa recente, cf., designadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Outubro de 2008 (Proc. n.º 08S1688), de 23 de Janeiro de 2008 (Proc. n.º 07S36679), de 9 de Novembro de 2005 (Proc. n.º 05S1591); também os Acórdãos da Relação do Porto de 8 de Outubro de 2007 (Proc. n.º 0741443); da Relação de Coimbra de 3 de Janeiro de 2007 (Proc. n.º 193/05.0TTCVL.C1); e da Relação de Lisboa de 9 de Abril de 2008 (Proc. n.º 1466/2008-4) - todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>12</sup> Sobre as características desta técnica qualificativa, em geral, e especificadamente, na distinção trabalho subordinado versus trabalho autónomo, ver, por todos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho", *Direito dos Contratos - Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 360 e ss., em particular, pág. 369.

objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória". Pois bem, o *critério de identificação de transferência de empresa* laboriosamente construído pelo Tribunal das Comunidades<sup>13</sup> assenta precisamente na ideia de uma apreciação global de diversos factores que não devem ser considerados isoladamente: é imprescindível considerar o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação, desde a transmissão de bens do activo da entidade, designadamente, bens imóveis, equipamentos, bens incorpóreos como o *know-how*, a manutenção da maioria essencial dos efectivos, a manutenção da clientela, o grau de similaridade entre a actividade desenvolvida antes e a actividade desenvolvida depois<sup>14</sup>. No que à cedência ilícita de trabalhadores diz respeito, designadamente em Espanha durante muito tempo, o *Tribunal de Suplicación* enumerou os chamados "criterios generales" e "indicadores", os quais, sendo objecto de uma ponderação contextualizada, permitem acertar a ocorrência ou não de uma cedência ilícita. Como indícios mais relevantes são geralmente apontados: a (in)existência de património e de uma organização empresarial mínima actuante (capital social, maquinaria, instrumentos, etc.); a falta de justificação técnica para detectar a autonomia do serviço contratado; o não exercício dos poderes patronais ou até mesmo o fraccionamento das diferentes componentes do poder de direcção entre empresa beneficiária e empresa prestadora; a "mistura" de trabalhadores da empresa beneficiária e da empresa prestadora; a circunstância de a contraprestação do serviço ser calculada com base em tarifas por unidade de tempo<sup>15</sup>, entre outros<sup>16</sup>. Mais recentemente,

<sup>13</sup> Uma vez que nem a Directiva 77/187/CEE, do Conselho, de 14 de Fevereiro (que entretanto fora modificada pela Directiva 98/50/CE, de 29 de Junho), nem a actual Directiva 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, adiantaram, em rigor, critérios para a respectiva identificação.

<sup>14</sup> Cf., designadamente, o Acórdão Spijkers, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 16 de Março de 1986, Proc. n.º C-24/85, *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, 1986, págs. 1119 e ss. Na jurisprudência portuguesa, neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 2005 (Proc. n.º 05S164), de 27 de Maio de 2004 (Proc. n.º 03S2467); ou o Acórdão da Relação do Porto de 7 de Abril de 2008 (Proc. n.º 0714789) - todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>15</sup> O modo como é calculada a contraprestação permite apurar, de modo indirecto, se a entidade prestadora suporta ou não o risco da empresa. A circunstância de a contraprestação devida pela entidade beneficiária ser calculada com base nas horas de trabalho prestadas pelos trabalhadores da entidade prestadora denunciaria que esta última tinha garantida uma determinada remuneração, independentemente do resultado obtido na execução do contrato. Curiosa é a proposta de OUVIA BONARDI, "La distinzione tra somministrazione...", *cit.*, pág. 243, para quem do *quantum* da contraprestação se extrai outro significado. Se uma entidade prestadora, mesmo de um serviço que recorra fundamentalmente ao factor humano, puser em prática uma organização própria, este elemento, com valor económico em si, não pode deixar de

alguns desses indícios de distinção foram cristalizados, por força do Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de Junho, num preceito legal, o art. 43/2 do *Estatuto de los Trabajadores*, o qual fornece uma definição de "cesión ilegal de trabajadores"<sup>17</sup>. A mesma tendência, embora com contornos sensivelmente diferentes, foi seguida pelo legislador italiano que entendeu por bem positivar uma definição distintiva de "contratto de appalto" genuíno com base nos indícios jurisprudenciais<sup>18</sup>. A elas voltaremos mais adiante.

Acresce que, dado o carácter empírico da maioria dos indícios, a aplicação do método indiciário exige, quase sempre, que a análise, em fase de qualificação, incida sobre as circunstâncias da situação fáctica, sobre a relação instaurada na sua execução efectiva - e desvalorize ou, pelo menos, secundarize o que, porventura, foi formalmente declarado pelos intervenientes. Esta última característica- a da primazia da fase executiva ou da realidade- não é, como é sabido, de todo, inocente num domínio como o do Direito do Trabalho. Referimo-nos à *suspeição qualificada* de existência nesta área de "declarações fictícias", isto é, de o enunciado contratual funcionar como uma "cortina de fumo" do verdadeiro programa

---

ter reflexo no *quantum* da contraprestação. Quer isto dizer que, na óptica da Autora, existe mero fornecimento de mão-de-obra quando a contraprestação corresponda basicamente ao preço de mercado do custo dessa mão-de-obra (ao que se adiciona a percentagem de lucro da entidade fornecedora), e já existirá fornecimento de um serviço quando no valor da contraprestação for computada a profissionalidade e/ou o método de organização da entidade prestadora.

<sup>16</sup> Cf. JOSÉ MARIA MARIN CORREA, "Cesión ilegal de trabajadores: inexistente", *Actualidad Laboral*, n.º 16, Setembro 2006, págs. 1914 e ss.; e MARIA LUZ GARCIA PAREDES, "Cesión ilegal- Comentaría a la STS de 14 de marzo de 2006", *Actualidad Laboral*, n.º 16, Setembro 2006, pág. 1963.

<sup>17</sup> Reza assim o art. 43/2 do *Estatuto de los Trabajadores*: "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las circunstancias siguientes: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente careza de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

<sup>18</sup> Art. 29, co. 1º, do D. Lgs. 276/2003: "il contratto di appalto, stipulato e regolato ai sensi dell'articolo 1655 del Codice Civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa."

negocial. De facto, uma disciplina imperativa, como a laboral, constitui um forte incentivo para essas *práticas simulatórias*<sup>19</sup>. Ora, dada a forte incidência e interesse que os *fenómenos simulatórios*<sup>20</sup> suscitam, os tribunais como que reclamam a primazia da conformação de facto, mesmo que em divergência com o acordo inicial, para qualificar, retroactivamente, a operação negocial. Parece enquadrar-se nesta situação, o raciocínio percorrido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em algumas decisões, a propósito de contratos de prestação de serviços "simulados". As partes teriam acordado e corporizado num documento escrito a celebração de um contrato de prestação de serviço<sup>21</sup>; porém, vêm a revelar, através das suas condutas, a

---

<sup>19</sup> Ademais, existe a percepção clara de que o plano de vulnerabilidade em que o candidato ou trabalhador se encontra pode mais facilmente conduzi-lo a emitir aquele tipo de declarações, quando aquelas declarações forem necessárias.

<sup>20</sup> Pode questionar-se se a atitude dos tribunais, em fazer prevalecer a fase executiva na tarefa de interpretação-qualificação, não reflecte, precisamente, a consciência da "desadequação" (ou das dificuldades) que um enquadramento simulatório, no seu estado "puro" suscita: nem sempre podem estar verificados os requisitos legais do instituto, ou melhor, atento o plano dos interesses em jogo, o próprio instituto reclamaria desvios na sua aplicabilidade, não tanto no plano da sanção, mas sobretudo, no plano dos requisitos e do regime de prova. Nos tribunais portugueses, a configuração prevalecte é a da "fraude à lei", como atestam as decisões do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2005, Proc. n.º 04SI505, e de 31 de Outubro de 2007, Proc. n.º 07S1260 (ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Veja-se, ainda, a interessante análise de JOÃO CALVÃO DA SILVA em anotação a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2008, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 137.º, n.º 3950, págs. 293 e ss., a propósito do qual o Autor sustenta (tratava-se, no caso, de um contrato-promessa de compra e venda) a primazia da qualificação de "negócio em fraude à lei" sobre a de "negócio simulado". Já a jurisprudência e doutrina espanholas denotam um menor constrangimento em fazer referência ao instituto da simulação. Assim, por exemplo, CARIDAD LÓPEZ SANCHEZ, "Cesión de trabajadores...", *cit.*, pág. 743, ou MARIA LUZ GARCIA PAREDES, "Cesión ilegal...", *cit.*, pág. 1962. Para mais desenvolvimentos sobre a relação entre o princípio da realidade e os fenómenos simulatórios em Direito do Trabalho, consultar JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 107 e ss.

<sup>21</sup> Atente-se, para o efeito, na redacção das cláusulas do contrato que esteve na origem de um litígio apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 4 de Maio de 2005 (já citado). Do contrato em questão resultava que: "os trabalhadores encarregados da execução dos serviços pelo segundo outorgante dependerão exclusivamente dele, quer jurídica quer economicamente, recebendo do mesmo as ordens,

verdadeira operação comercial em causa, o fornecimento de mão-de-obra, o que o tribunal entendeu ser suficiente para *requalificar* a relação<sup>22</sup>.

---

instruções e informações necessárias à boa prestação do trabalho". Mais: identificava-se a entidade prestadora como entidade patronal e aludia-se à sede da mesma como local normal de trabalho dos trabalhadores em causa.

<sup>22</sup> Quando a operação de requalificação se cifra na requalificação de uma relação como cedência ilícita de trabalhadores, surge na experiência jurídica portuguesa um aspecto controverso. Com efeito, o ordenamento jurídico português admite duas manifestações lícitas de cedência de trabalhadores: o trabalho temporário e a cedência ocasional de trabalhadores. Quando a cedência é feita à margem dos esquemas permitidos, é ilícita. Mas, pergunta-se: *ilícita por que via*? Porque não respeita os requisitos do trabalho temporário? Porque não preenche os pressupostos da cedência ocasional de trabalhadores? A verdade é que os tribunais portugueses procedem de modo indiferenciado àquela requalificação, umas vezes como cedência ocasional ilegal, outras como trabalho temporário ilegal. A razão desta relativa indiferença talvez possa estar no facto de, do ponto de vista jurídico, a requalificação de um modo ou de outro produzir *praticamente* os mesmos efeitos. Com efeito, à luz do DL n.º 358/89, de 17 de Outubro - diploma que outrora regulava conjuntamente as duas figuras em apreço - os tribunais sustentaram a aplicação extensiva da norma que previa a consequência jurídica em caso de cedência ocasional ilícita (art. 30.º) - o direito do trabalhador optar pela manutenção do vínculo junto da entidade cedente ou pela integração na entidade cessionária - aos casos de trabalho temporário ilegal, tomando-se praticamente irrelevante a requalificação de uma dada situação como cedência ocasional de trabalhadores ilegal ou como trabalho temporário ilegal. Todavia, julgamos útil fazer duas observações. Em primeiro lugar, estão em causa institutos distintos, com racionalidades distintas, o que pode tornar discutível a aplicação extensiva da norma em questão a uma hipótese requalificada como trabalho temporário ilegal. Aliás, as duas figuras são hoje reguladas separadamente (a cedência ocasional de trabalhadores, nos arts. 288.º e ss., e o trabalho temporário, nos arts. 178.º e ss., ambos do Código do Trabalho), o que pode tornar menos evidente a aplicação extensiva da norma de um instituto ao outro. Em segundo lugar, sempre nos mereceu reservas que fosse aquela a norma jurídica a aplicar numa hipótese de trabalho temporário ilegal quando o mesmo diploma previa que, em caso de trabalho temporário através de empresa não autorizada (como é muitas vezes o caso), o trabalhador se considerasse vinculado à entidade beneficiária através de contrato de trabalho sem termo (art. 16.º/3 do diploma; actualmente, a sanção é precisamente a oposta, considerando-se o trabalhador vinculado à empresa de trabalho temporário, *ex vi* art. 173.º/1 e 3 do Código do Trabalho).

### III. A relativização do suporte material da empresa

A ponderação contextualizada que o método indiciário implica é bem ilustrada quando o intérprete é confrontado com a necessidade de avaliar do impacto que a existência e a titularidade de meios materiais deve assumir para apurar da existência ou não de uma organização empresarial mínima. Para o efeito, seleccionámos dois tipos de situações que – quer em matéria de transmissão de estabelecimento, quer em matéria de distinção entre cedência ilegal e prestação de serviço - ilustram a relativização do suporte material de uma empresa.

#### a) Actividades de capital intensivo e actividades de mão-de-obra intensiva

I - De acordo com o que dissemos *supra*, há transmissão de estabelecimento quando a entidade económica preserva a sua identidade, quer isto dizer, quando ocorre a passagem dos elementos constitutivos da empresa que determinam a sua identidade e que formam, por assim dizer, o seu suporte principal. Pergunta-se: quais os elementos que compreendem esse substrato organizacional e cuja passagem se afigura essencial para que de uma transmissão se trate?

Na verdade, na esteira da tradicional doutrina comercialista, uma das características mínimas essenciais para uma transferência reside na passagem bens materiais - máquinas, equipamentos, bens imóveis. No entanto, neste ponto, o Tribunal das Comunidades veio alertar para a circunstância de a passagem ou não daquele elemento material poder assumir força qualificante e significados diversos consoante o contexto em que se insere, mais concretamente, consoante a natureza da actividade desenvolvida - pois esta última tem, necessariamente, um impacto no *perfil* do substrato organizacional de cada empresa. Esse valor será diferente consoante estejamos diante de uma empresa cuja actividade, por inerência, importa a disponibilidade de avultados bens materiais (sejam máquinas, equipamentos ou bens imóveis) - as chamadas actividades de capital intensivo (*labour intensive*) - ou diante de uma empresa cuja actividade exige escassos bens materiais e em que o factor trabalho ocupa um papel especialmente valioso (designadamente, nas empresas de serviços - limpeza, vigilância, segurança, etc.) - as empresas ditas de *mão-de-obra intensiva* (*labour intensive*). Naquelas últimas, dado o valor que o factor trabalho nelas assume, tem

maior valor indiciário a passagem (ou não) do conjunto de trabalhadores afectos à realização de uma actividade<sup>23</sup>.

Sobre o valor de indício que o reemprego do essencial dos trabalhadores tende a assumir na questão de saber se há ou não transmissão de estabelecimento, houve já quem tenha censurado esta opção por duas ordens de razões. Por um lado, dizer-se que a Directiva se aplica quando há transmissão do estabelecimento com a consequente transferência dos contratos de trabalho e que há transmissão do estabelecimento quando o pessoal é reempregue, seria um *raciocínio circular*<sup>24</sup>. Ora, se bem compreendemos a observação, não nos parece que exista aqui propriamente uma tautologia. Uma coisa é a manutenção (fáctica) dos efectivos constituir um indício de existência de transmissão da unidade económica

---

<sup>23</sup> Como atestou, pela primeira vez, o célebre Acórdão Schmidt, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Abril de 1994, Proc. n.º C-392/92, *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, 1994, págs. 1-1511 e ss. Na jurisprudência portuguesa, o critério da natureza da actividade também vai ganhando algum significado. Neste sentido, vejam-se, por exemplo, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 24 de Maio de 2006 (Proc. n.º 867/2006-4) e de 15 de Fevereiro de 2006 (Proc. n.º 12168/2005-4) – ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) - sobre transmissão de empresas de serviços de segurança e vigilância. Nos dois casos, o tribunal entendeu que não ocorreria transmissão de empresa, mas com fundamentos diferentes. No primeiro, o tribunal alicerçou a sua argumentação no facto de não se poder falar de uma "organização de meios", porquanto não foi alegado nem provado que aqueles serviços eram prestados nos mesmos moldes que anteriormente (embora se faça uma referência assaz vincada a não passagem de elementos corpóreos do activo). No segundo, foi sobretudo a circunstância de não terem sido empregues os mesmos profissionais que inquinou o juízo de existência de uma transmissão.

<sup>24</sup> Sobre a crítica que tem sido feita à orientação do Tribunal das Comunidades cf. JÚLIO GOMES, "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJ das CCEE em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: o art. 37.º da LCT e a directiva 77/187/CEE", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXVIII, Janeiro-Dezembro 1996, pág. 152. Para este Autor a circularidade é mais aparente do que real. O reemprego dos mesmos trabalhadores começou por ser um indício de transmissões de estabelecimento camufladas. Em determinadas situações, pese embora não houvesse qualquer ligação jurídica negociai entre as entidades encarregadas de um serviço, a existência da transmissão era denunciada pela circunstância de os mesmos trabalhadores se encontrarem anos a fio a exercer as mesmas funções no mesmo local de trabalho. De indício de fraude, o reemprego dos mesmos trabalhadores ter-se-á tornado um normal indício de transmissão. Cf. ainda JOÃO REIS, "O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho", *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 330, e JOANA SIMÃO, "A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional", *Questões Laborais*, ano IX, n.º 20, 2002, págs. 205 e 206.

(independentemente do expediente técnico-jurídico através do qual essa manutenção é obtida); outra é a consequência jurídico-laboral produzida pela verificação de uma transmissão do estabelecimento, a transferência dos contratos de trabalho, ou melhor, a transmissão da posição jurídica de empregador do cedente para o cessionário.

Por outra banda, atribuir relevância a um elemento como aquele podia, segundo alguns, desencadear *efeitos perversos*<sup>25</sup>. Uma norma que procura garantir a continuidade das relações laborais e que se impõe ao novo titular, dirão, transforma-se numa norma cuja aplicação passa a depender do comportamento e da decisão do próprio empresário. Quer dizer, o empresário é legalmente incentivado a não reassumir os trabalhadores para evitar a aplicação da directiva. O que dizer? Na nossa opinião, a observação é pertinente mas não prejudica uma análise mais detalhada do problema.

Em primeiro lugar, observe-se que a manutenção dos efectivos é um indício de transmissão do estabelecimento ou de parte do estabelecimento, mas não assume a mesma força qualificante em todos os contextos. Numa actividade de *capital intensivo*, por exemplo, são sobretudo factores como a transmissão de equipamentos e máquinas que apontam no sentido da transmissão. Caso os efectivos não se mantenham ao serviço - por decisão do novo titular - isso não parece dever abalar o peso que os outros indícios assumem para concluir pela existência de uma transmissão. Com isto queremos dizer que há situações em que a "decisão" de não manutenção dos trabalhadores - seja ou não pré-orientada por uma intenção de se furtar à aplicação da norma - não deve assumir relevo, ou melhor, deve constituir mesmo um elemento neutral. Já em actividades de *mão-de-obra* intensiva, é sobretudo o "capital humano" o suporte da actividade desenvolvida. Aí, a manutenção ou não dos trabalhadores deve assumir um *apport* qualificante, pelo que se, numa dada situação concreta, se apura a não manutenção dos trabalhadores, isso releva como *indício* de não transmissão. É especialmente nestes casos que se pode equacionar o referido efeito perverso. O que nos parece é que o papel atribuído àquele indício não desencadeia forçosamente o mencionado efeito. Há situações em que o não reemprego dos efectivos pode apenas querer significar que se trata, de facto, de uma mera *sucessão na actividade*. Depois, mesmo quando assim não seja, em actividades de mão-de-obra intensiva, a manutenção dos trabalhadores é um elemento importante a atender, a par de outros, designadamente, saber se a actividade é

---

<sup>25</sup> Sobre este efeito ver, novamente, JÚLIO GOMES, Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 825 e ss., embora neste ponto o Autor reconheça a pertinência de algumas das interrogações formuladas.

prestada nos mesmos moldes, com o mesmo método de organização do trabalho, pelo que nem tudo estará completamente condicionado pela decisão de "não-reemprego" dos mesmos trabalhadores.

II - A pertinência da distinção entre as chamadas actividades de capital intensivo (*capital intensive*) e as actividades de mão-de-obra intensiva (*labour intensive*) está também na ordem do dia em matéria de cedência ilícita de trabalhadores. Esse passo foi claramente dado na experiência jurídica italiana com a redacção do art. 29/1 do D. Lgs. 276/2003. Houve já quem dissesse que esta norma terá sido inspirada na orientação da jurisprudência comunitária em matéria de transmissão de estabelecimento, justamente porque também nesta sede se deu relevo à existência de entidades ou unidades económicas cuja organização de meios se esgota (praticamente) na organização do factor trabalho<sup>26</sup>. Segundo o mencionado preceito, a organização dos meios necessários à realização de um serviço pode resultar nomeadamente *do exercício do poder directivo e de coordenação dos trabalhadores utilizados*. De acordo com a interpretação prevalente, este segmento normativo visa abranger aquelas hipóteses em que o objecto do contrato de prestação de serviço consista em prestar pessoalmente um serviço. Nestes casos, uma vez que a prestação do serviço é executada com escassos bens materiais, é possível que a existência de uma organização de meios própria - e portanto, *mediatamente*, o carácter genuíno do contrato de prestação de serviço - possa ser apurado, *apenas e excepcionalmente*, pela circunstância de o empresário-prestador realizar a coordenação, direcção e controlo dos trabalhadores admitidos para a execução do serviço. Já naquelas hipóteses em que a natureza ou a modalidade da prestação do serviço não justifique uma simplificação tal do perfil organizativo do prestador, dever-se-á continuar a recorrer ao critério tradicional de existência de uma organização *hoc sensu*.

Apesar desta distinção, alguns autores já criticaram a fragilidade que uma solução interpretativa como aquela encerra. Em primeiro lugar, por poder fomentar comportamentos fraudulentos. Pode dar-se o caso de a pretensa entidade prestadora de serviço poder estar a exercer o poder de direcção de modo *meramente formal*, como um mero intermediário da empresa beneficiária do serviço. Nesta matéria é que se impõe, por parte da jurisprudência, uma vigilância atenta no sentido de averiguar se existe um acompanhamento efectivo e

<sup>26</sup> Assim, EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro*, Caccuci Editore, Bari, 2008, pág. 343.

permanente da entidade prestadora no serviço por cuja execução se responsabilizou<sup>27</sup>. Em segundo lugar, sustenta-se que mesmo os *appalti leggeri* não podem prescindir de um mínimo de organização<sup>28</sup>. Neste ponto será interessante confrontar a orientação que os tribunais portugueses vêm sustentando. Com efeito, nos tribunais portugueses, a questão de qualificar uma dada relação como prestação de serviço ou fornecimento (ilegal) de mão-de-obra, afere-se, em primeira linha e independentemente da natureza da actividade em causa, por definir quem está a assumir, *facticamente*, os poderes típicos de empregador (e não tanto as manifestações de empresário), ou a quem é que o trabalhador está a prestar a sua actividade de modo juridicamente subordinado. Ora, como a subordinação jurídica tanto pode ser aferida pelo seu conteúdo mais imediato - pelo critério da *heterodirecção* (sujeição a ordens e instruções na execução do trabalho), como pelo seu estado mais atenuado - pelo critério da *hetero-organização* (inserção funcional numa estrutura organizativa alheia), o elemento organizativo acaba, *mediatamente*, por assumir um papel na qualificação<sup>29</sup>. Depois, na

---

<sup>27</sup> A este propósito, veja-se o que pertinentemente o Supremo Tribunal de Justiça apurou no Acórdão de 4 de Maio de 2005 (já citado *supra*). Tendo verificado que durante um longo período de tempo os trabalhadores recebiam ordens da empresa beneficiária, o tribunal desconsiderou o facto de a partir de dada altura as ordens passarem a ser dadas aos trabalhadores por um encarregado da prestadora de serviço. Não só esta modificação de procedimentos de transmissão de ordens foi repentina e suspeita (na sequência de um trabalhador ter intentado uma acção judicial contra a empresa beneficiária), como ficou demonstrado que esse encarregado se limitava a transmitir as ordens dadas pelo responsável da empresa beneficiária. Diversamente, num outro litígio - o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Outubro de 2007 (também mencionado *supra*) -, o tribunal entendeu que os trabalhadores estavam juridicamente subordinados à empresa prestadora de serviço. Tratava-se de uma empresa que se obrigara à execução de serviços de manutenção junto de uma empresa dedicada ao fabrico de produtos químicos. Havia um representante da empresa de serviços de manutenção que participava diariamente nas reuniões da empresa de produtos químicos - reuniões que se relacionavam com a manutenção e com questões de segurança - e era interlocutor nas relações entre as duas empresas, actuando como supervisor e superior hierárquico da equipa de trabalhadores responsáveis pela manutenção. O tribunal entendeu que aquele dado não abalava o facto de a empresa prestadora ter sempre exercido um acompanhamento efectivo, permanente e empresarial das actividades de manutenção.

<sup>28</sup> Assim, Lucia VALENTE, "Appalto di servizi e somministrazione di manodopera" (Comentário à sentença do Tribunal de Roma de 7 de Março de 2007), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, ano LIX, n.º 1, 2008, pág. 191; e OLIVIA BONARDI, "La distinzione tra somministrazione...", *cit.*, págs. 239 e ss.

<sup>29</sup> Com isto não queremos dizer que não subsistam dificuldades. Observe-se: se o critério a mobilizar for este último, trata-se de saber em que estrutura organizativa o trabalhador está inserido, a da "suposta" entidade prestadora ou a da entidade beneficiária. Convém realçar que a execução de um contrato de prestação de serviço na estrutura empresarial de outrem (*outsourcing* endo-empresarial) pode

experiência jurídica portuguesa, não houve até agora uma intervenção legislativa, como sucedeu em Itália, que cristalizasse os elementos a preencher em caso de genuína prestação de serviço. Ora, isso, de certa forma - pese embora possa prejudicar a unidade e estabilidade na operação qualificativa -, oferece ao julgador maior margem de maleabilidade na formulação do juízo de mérito, podendo sempre, independentemente da natureza da actividade em causa, chamar à colação, todos os indícios que exprimem pressupostos, consequências ou aspectos colaterais do fornecimento de um serviço ou do fornecimento de mão-de-obra, sem ter de ficar refém de um ou outro indício.

### **b) Actividades com *know-how* específico**

I - Uma abordagem diferente deve recair sobre actividades que impliquem *know-how* específico. Por *know-how* entendam-se todos os "conhecimentos e experiências (sob a forma de planos, instruções, desenhos, fórmulas, conselhos, informações, receitas, dados, cálculos, combinações, processos, etc.) atinentes ao processo produtivo, não registados sob a forma de patente ou não susceptíveis de o serem, tecnológicos ou relativos à organização produtiva ou à comercialização de um produto, secretos [isto é, com dificuldade de acesso] e com valor produtivo, capazes de serem transmitidos e utilizados pelo adquirente de forma autónoma"<sup>30</sup>. Trata-se de bens não coisificáveis (jurídico-realmente) ou situações ou relações de facto de valor patrimonial<sup>31</sup> ligadas à empresa cuja importância pode, em determinados contextos, ser muito superior à de bens materiais ou, até mesmo, constituir o principal suporte daquela.

A esse propósito, a ideia de que a transmissão do *know-how* de uma empresa - e, mediatemente, a transmissão da própria empresa - se opera através da manutenção dos (antigos) trabalhadores é recorrentemente referida na doutrina e na jurisprudência. Todavia, esta afirmação importa algumas precisões. Recorrendo a uma classificação utilizada pela

---

perfeitamente implicar por parte da equipa de trabalhadores que realizam a actividade uma certa inserção na estrutura organizativa da entidade beneficiária. Toma-se, por isso, decisivo apreciar da natureza e intensidade (o *quid pluris*) da dependência organizativa do trabalhador em relação àquela última entidade, para avaliar se é ainda compatível com a execução de um genuíno contrato de prestação de serviço ou se indicia antes a existência de uma relação de trabalho subordinado com a mesma.

<sup>30</sup> A noção é de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica nos contratos de know-how*, STVDIA IVRIDICA, n.º 10, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 35.

<sup>31</sup> Para usar a terminologia colhida em JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 214.

doutrina em matéria de propriedade industrial, os elementos que constituem o know-how podem reunir-se em dois grupos: de um lado, a habilidade e a experiência técnicas; do outro, os conhecimentos técnicos e os procedimentos. Os primeiros, indissociáveis das pessoas nas quais elas encarnam; os segundos, concretizáveis em documentos ou outros suportes materiais<sup>32</sup>. Esta classificação releva-se importante precisamente quando somos confrontados com o modo de transmissão destes dois grupos de elementos. Os primeiros dois - a habilidade e a experiência técnicas -, sendo uma manifestação de certas qualidades técnicas inerentes à pessoa, *não poderão ser transferidos senão com a pessoa que os possui, pela participação activa, na transferência, dos técnicos que as detêm*. Os segundos - os conhecimentos técnicos e os procedimentos -, podendo concretizar-se em documentos escritos que traduzem ensinamentos colhidos da experiência, conselhos técnicos, descrições exaustivas de modelos operatórios, *bastam-se com a remessa/entrega desses documentos*<sup>33</sup>.

Transpondo estes ensinamentos para o nosso problema, quer isto dizer que: (i) nem todo o *know-how* de uma empresa está, de modo inevitável, "incorporado" nos trabalhadores da mesma, podendo ter outros suportes; (ii) conseqüentemente, a transmissão desse *know-how* não tem forçosamente que ocorrer por via ou através de trabalhadores. Assim, a importância atribuída a manutenção (ou não) do pessoal como meio de transmissão do *know-how*, indirectamente, como indício de transmissão da empresa, quando esse *know-how* assuma importância particular no contexto dos elementos constitutivos da empresa, deve ser relativizada. Aquele facto só deve assumir peso quando esteja em causa *know-how* não autonomizável do pessoal. Quando assim seja, isto é, no caso de empresas cujo *know-how* se traduz na habilidade e experiência técnica dos seus profissionais, a referência à manutenção do pessoal como indício de transmissão do estabelecimento deve ser feita, com já foi sustentado, em termos qualitativos e não meramente numéricos. O que deve ser valorizado como indício de existência de uma transmissão de empresa é a manutenção de certos e

---

<sup>32</sup> Classificação colhida em FRANÇOIS MAGNIN *apud* GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica...*, cit., págs. 116 e ss.

<sup>33</sup> Acompanhamos de perto a posição de MAGNIN. Refira-se que no contexto em que surgiu, a classificação operada pelo Autor visava sobretudo demonstrar que os conhecimentos técnicos e os procedimentos, sendo autonomizáveis face ao seu detentor, podiam ser transmitidos independentemente de qualquer prestação pessoal, donde concluía que nem sempre a assistência técnica seria o *meio necessário* para a comunicação do *know-how*.

determinados trabalhadores<sup>34</sup>, que atendendo à habilidade e experiência técnica, constituem o meio de realização da transferência do *know-how* e, portanto, do elemento imaterial da empresa.

II - Por último, a circunstância de uma entidade beneficiária da prestação fornecer meios materiais não deve apontar *per se* para uma situação de cedência ilegal, sobretudo quando tais equipamentos assumem uma importância modesta em relação à qualidade dos serviços fornecidos pelo prestador<sup>35</sup>. Numa prestação de serviços deste género esses conhecimentos e experiências tendem a assumir um valor superior ao dos próprios equipamentos e outros bens materiais, daí que a titularidade dos bens materiais não deva assumir um *apport* qualificante. No entanto, repare-se, para que assim seja - para que haja esta "desvalorização" do suporte material -, necessário é que a entidade prestadora demonstre efectiva capacidade de fornecer um serviço com *know-how* específico. Tal não sucede, por exemplo, quando os seus trabalhadores não revelam possuir um conhecimento específico, sendo as tarefas desempenhadas promiscuamente por trabalhadores da entidade

---

<sup>34</sup> Ao contrário do que sucede com as actividades de mão-de-obra intensiva em que o factor numérico tende a assumir maior destaque. Cf. JÚLIO GOMES, "A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento - inflexão ou continuidade?", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, coord. por Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 501 e 502.

<sup>35</sup> Veja-se a decisão da *Corte di Cassazione* de 19 de Outubro de 1990, em que, justamente, já aí se discutia a relevância desse dado para apurar da licitude de uma prestação de serviços informáticos. Um dos elementos que influenciou o tribunal a proferir um juízo de ilicitude foi a circunstância de o complexo dos instrumentos utilizados pertencer ao beneficiário da prestação. Em anotação crítica à decisão, FRANCO SCARPELLI, "Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante *obiter dictum* della Cassazione sul ruolo del *know-how* di impresa" (Comentário ao acórdão da Corte di Cassazione de 19 de Outubro de 1990), *Il foro italiano*, 1992, I, col. 526, considera que é fundamental avaliar a importância dos bens materiais face aos elementos imateriais como o *know-how* fornecido pela empresa de software (que pode consistir na utilização de programas próprios, experiência na gestão de serviços, capacidade para formar programadores dotados de específicas competências, etc.), porquanto, continua o Autor, no juízo de mérito sobre quais os elementos organizativos determinantes para a execução do serviço, pode o juiz chegar à conclusão de que, só através de tais elementos imateriais, os bens materiais conseguem realizar um serviço diferente e específico.

prestadora e da entidade beneficiária, quando esses mesmos trabalhadores frequentam cursos de formação fornecidos pela entidade beneficiária, etc.<sup>36</sup>.

Sem qualquer pretensão de sermos exaustivos, passámos em revista alguns aspectos em que é visível a similitude (afinidade) das duas áreas temáticas em cotejo. Não só em termos de formulação dos problemas, como também na óptica dos caminhos trilhados para as respectivas resoluções. Certo é que, em matéria de transmissão de estabelecimento, pudemos identificar mais facilmente um núcleo mínimo de problemas que se levantam em vários ordenamentos jurídicos - ao que não é certamente alheio a força do Direito Comunitário; enquanto que em matéria de distinção entre cedência ilícita e prestação de serviço, a discussão é, apesar de tudo, mais fragmentada e a-sistemática.

---

\* O presente texto serviu de base, com ligeiras alterações, à comunicação apresentada no "Encuentro Internacional de Derecho dei Trabajo: Reestructuración de empresas e desplazamientos transfronterizos", organizado pela Universidade de Santiago de Compostela, nos dias 6 e 7 de Novembro de 2008.

---

<sup>36</sup> Estes foram alguns dos dados valorizados pelo Tribunal de Roma em sentença de 7 de Março de 2007 para concluir que a empresa prestadora de serviços especializados no sector informático havia sido incapaz de fornecer um facere especializado, limitando-se a fornecer trabalhadores de modo irregular.

## Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente (1)

Publicado em Prontuário da Legislação do Trabalho, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, 1990, pp. 173-182.

Joana Vasconcelos

*Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa)*

### Sumário

I. Foram várias as alterações que a revisão de 2009 do Código do Trabalho (CT) trouxe à disciplina juslaboral da transmissão da empresa ou estabelecimento<sup>1</sup>, a principal das quais consistiu na eliminação da possibilidade que ao adquirente era conferida de fazer afixar nos locais de trabalho um aviso para reclamação pelos trabalhadores dos seus créditos, no prazo de três meses e sob cominação de estes não se lhe transmitirem. A solução, constante do art. 319.º, n.º 3, da versão originária do CT, permitia ao adquirente precaver-se contra desenvolvimentos inesperados do princípio da transmissão *ipso iure* de todas as obrigações emergentes dos contratos de trabalho transferidos, então proclamado no art. 318.º, n.º 1, e mantido no actual art. 285.º, n.º 1, cuja ocorrência poderia mesmo pôr em causa o equilíbrio do negócio projectado (tratando-se, v. g., de uma aquisição da empresa) ou tomar desajustados acertos de contas entretanto efectuados (v. g., em caso de reversão da exploração)<sup>2</sup>.

Justifica-se que nos detenhamos nas razões que terão ditado esta opção e, sobretudo, nas suas repercussões no que se refere à tutela do adquirente da empresa ou

<sup>1</sup> As alterações referidas *supra* revestem - com uma única excepção, que é versada no presente estudo - alcance exclusivamente formal. Surgem-nos em matéria de representação colectiva dos trabalhadores abrangidos pela transmissão e incidem sobre vários pontos da disciplina constante do art. 287.º Para uma descrição e apreciação das inovações introduzidas quanto a este ponto, v. a nossa Anotação ao art. 287.º in PEDRO ROMANO MARTINEZ / LUÍS MIGUEL MONTEIRO / JOANA VASCONCELOS / PEDRO MADEIRA DE BRITO / GUILHERME DRAY/Luís GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

<sup>2</sup> Sobre este ponto, v. o nosso "A Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no Código do Trabalho", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71 (Maio-Agosto de 2005), CEJ – Coimbra Editora, pág. 85.

estabelecimento, o qual sucede ao transmitente, tanto na posição de empregador, quanto aos contratos de trabalho com os trabalhadores por aquela abrangidos, como na de devedor, quanto à totalidade dos créditos laborais destes emergentes.

II. Começando pela *ratio* desta alteração legislativa, e não tendo sido apresentado qualquer motivo para a inequívoca inflexão de rumo do nosso ordenamento quanto a este ponto<sup>3</sup>, é de admitir que a eliminação da apontada solução tenha radicado na sua pelo menos questionável conformidade com o modelo da Directiva n.º 23/2001, de 12 de Março, ao permitir ao adquirente limitar a regra da transmissão *ipso iure* de todos os créditos emergentes dos contratos de trabalho abrangidos, proclamada no seu art. 3.º, n.º 1<sup>4</sup>.

A verdade, porém, é que o legislador de 2009, ao proceder como procedeu, se logrou obter (ou apenas reforçar) a conformidade do nosso direito interno com as imposições comunitárias (admitindo ter sido esse o objectivo visado), deixou totalmente por resolver o problema real e sério a que o desaparecido art. 319.º, n.º 3, procurava dar resposta.

III. A primeira e principal exigência que em matéria de tutela do adquirente da empresa ou estabelecimento decorre do modelo entre nós adoptado desde 2003 respeita ao conhecimento por este da quantidade e extensão das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho a que vai ficar adstrito pelo mero facto da respectiva transmissão.

A pretensão por parte daquele de se inteirar, em momento anterior à efectivação desta, dos créditos laborais pelos quais se tomará o principal responsável mostra-se tanto mais legítima quanto se tenha presente que, ao contrário do que sucede com outras dívidas relativas à empresa ou estabelecimento, mais facilmente cognoscíveis, porque com expressão

---

<sup>3</sup> Sobre este ponto, sublinhando que o n.º 3 do art. 319.º da versão originária do CT "«caiu» imperceptivelmente na revisão de 2009", não tendo a supressão da correspondente norma, "de grande utilidade prática" sido "discutida, nem sequer referenciada", v. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 832.

<sup>4</sup> Neste sentido, se bem que considerando ser "duvidoso" tal entendimento, por não ser "posto em causa o dever de informação dos trabalhadores" e o empregador só não assumir "dívidas de trabalhadores que tenham agido com incúria", ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 2010, cit., pág. 832.

Em sentido um tanto diverso, acentuando a maior favorabilidade para os trabalhadores do modelo resultante da revisão de 2009 face ao constante da versão originária do CT, o qual "limitava de certa forma a tutela dos trabalhadores, actualmente vigente, uma vez que condicionava o regime de solidariedade", v. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 773.

contabilística, os créditos laborais, pela singularidade do seu regime, são especialmente propícios a surpresas – e não necessariamente boas.

Para referir apenas alguns exemplos, basta lembrar que a prescrição dos créditos emergentes do contrato de trabalho só começa a correr depois de cessado este (art. 337.º, n.º I, do CT), pelo que podem existir créditos muito remotos por satisfazer, alguns deles até "ocultos", porque (ainda) não revelados (*v. g.*, trabalho suplementar prestado por iniciativa do próprio trabalhador, num cenário de dificuldades da empresa cuja venda se perspectiva). Ou que, não raro, se suscitam questões relativas à interpretação e à aplicação pretérita de convenções colectivas, as quais, por via do mesmo regime de prescrição laboral, se projectam anos, às vezes décadas, para trás. Na jurisprudência recente e disponível dos nossos tribunais superiores é significativo (e bem ilustrativo quanto a este ponto) o número de acções propostas por trabalhadores que demandam os respectivos empregadores, pedindo a respectiva condenação em diferenças na retribuição e subsídios de férias e de Natal respeitantes a anos anteriores por, em seu entender, não terem sido incluídas no respectivo cálculo uma pluralidade de atribuições com origem convencional, as quais teriam natureza retributiva, logo seriam de levar em conta no cálculo do respectivo montante<sup>5</sup>. Grande parte desses processos culminou em decisões que condenaram os empregadores nos pagamentos pretendidos, acrescidos de juros de mora<sup>6</sup>. Ora, se o empregador de sempre, que outorgou a convenção colectiva cuja interpretação é objecto de controvérsia, pode ser genuinamente surpreendido pela dedução de tais pretensões, que dizer do desprevenido adquirente, que desconhece os antecedentes da empresa neste plano (*v. g.*, a causa de certas atribuições patronais ou os diferendos quanto ao sentido de certas normas convencionais)? Por último, cabe recordar que este regime laboral da transmissão da empresa ou estabelecimento se aplica a uma multiplicidade de hipóteses, atenta a latitude das noções de "transmissão" e de "unidade económica" elaboradas pela jurisprudência do TJCE e acolhidas nas directivas que na

---

<sup>5</sup> Pese embora o facto de, em muitos casos, o próprio instrumento convencional que criava e modelava tais atribuições afastar expressamente a sua qualificação retributiva ou, admitindo-a, as excluir da base de cálculo da retribuição de férias e dos subsídios de férias e de Natal.

<sup>6</sup> Refiram-se, entre outros, os Acs. STJ de 4-7-2002 (Proc. n.º 01S2396), STJ de 4-12-2002 (Proc. n.º 01S3606), STJ 18-6-2003 (Proc. n.º 02S3741), STJ de 14-3-2006 (Proc. n.º 05S3825), STJ de 17-1-2007 (Proc. n.º 06S2967), STJ de 18-4-2007 (Proc. n.º 06S4557), STJ de 9-5-2007 (Proc. n.º 06S3211), STJ de 26-3-2008 (Proc. n.º 07S3791), STJ de 10-7-2008 (Proc. n.º 08SI333); STJ de 10-9-2008 (Proc. n.º 08S461), STJ de 22-4-2009 (Proc. n.º 08S2595); STJ de 23-6-2010 (Proc. n.º 607/07); STJ de 15-9-2010 (Proc. n.º 469/09.4) e STJ de 16-12-2010 (Proc. n.º 2065/07.5), todos com texto integral disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

matéria se sucederam e, por via destas, no nosso direito interno, as quais vão bem para lá da transmissão da titularidade ou da exploração, por acordo entre transmitente e adquirente<sup>7</sup>. Mais exactamente, este regime abarca, por expressa determinação legal, as situações de reversão da exploração (uma vez terminada esta) para o cedente, bem como de sucessivas cessões de exploração, nas quais figuram respectivamente como adquirentes, para efeitos de responsabilidade, o próprio titular da empresa ou estabelecimento e o cessionário subsequente (art. 285.º, n.º 3) - sendo certo que em todos estes casos é grande a probabilidade de surpresas ou de situações inesperadas<sup>8</sup>.

A própria Directiva n.º 23/2001 evidencia clara consciência da gravidade e da premência deste problema quando, no seu art. 3.º, n.º 2, admite que os Estados membros adaptem "as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último", na medida em que estes sejam ou devam ser daquele conhecidos "no momento da transferência". A mesma norma adverte, logo a seguir, que "a não notificação pelo cedente ao cessionário de qualquer desses direitos ou obrigações" em caso algum afectará a respectiva transmissão, "nem os direitos de quaisquer trabalhadores contra o cessionário e/ou cedente relativamente a esses direitos ou obrigações".

IV. Um rápido excuro por outros ordenamentos mostra-nos que a tutela do adquirente da empresa ou estabelecimento quanto a créditos laborais anteriores à transmissão constitui um dos principais objectivos prosseguidos pelo regime legal. E, bem assim, que tal tutela se situa no plano da repartição entre transmitente e adquirente da

<sup>7</sup> Sobre este ponto, com indicações de bibliografia, v. o nosso "A Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no Código do Trabalho", 2005, cit., págs. 78 segs.

<sup>8</sup> Desde logo porque em todas as situações referidas no texto supra falta o que a jurisprudência dos nossos tribunais superiores designava, ainda na vigência da LCT e do respectivo art. 37.º, "continuidade contratual": um negócio translativo entre transmitente e adquirente, através do qual estes podem, ao menos em teoria, regular nas respectivas relações internas a responsabilidade pelas obrigações emergentes dos contratos de trabalho transmitidos (v. g. definindo um limite temporal ou quantitativo, prevendo e regulando os termos de um direito de regresso do adquirente). Sobre este ponto, v. Júuo GOMES, "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187 CEE", in *RDES*, 1996, n.ºs 1-2-3-4, págs. 162 segs.; PEDRO FURTADO MARTINS, "Algumas observações sobre o regime da transmissão do estabelecimento no direito do trabalho português", in *RDES*, 1994, n.º 4, págs. 358 segs.

responsabilidade por tais créditos, traduzindo-se na intensificação, sob as mais diversas formas, daquela que recai sobre o primeiro.

Em Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* estabelece uma responsabilidade solidária do transmitente e do adquirente pelas obrigações anteriores à transmissão, a qual se mantém durante os três anos subsequentes a esta (art. 44, n.º 3)<sup>9</sup>.

Já em França a regra, proclamada no art. L 1224-2, § 1.º, do *Code du Travail*, é a da responsabilidade do adquirente da empresa ou estabelecimento perante os (doravante) respectivos trabalhadores, pelas obrigações que à data da transmissão incumbiam ao transmitente, anterior empregador. Mas comporta duas relevantes excepções, previstas nos n.ºs 1 e 2 do mesmo § 1.º, não se aplicando caso a transmissão ocorra no âmbito de um processo de falência, de recuperação ou de liquidação judicial<sup>10</sup> ou se processe à margem de qualquer acordo entre transmitente e adquirente, como nos casos de reversão da exploração do cedente para o cessionário e de cessão de exploração a sucessivos cessionários<sup>11</sup>. A mesma regra resulta ainda significativamente atenuada por outra via: porque a transmissão "não opera retroactivamente"<sup>12</sup> e porque a responsabilidade imposta ao adquirente visa apenas uma maior garantia dos trabalhadores, surge-nos no § 2.º do art. L 1224-2 um direito de regresso, sem qualquer limite temporal, daquele contra o transmitente, principal obrigado afinal<sup>13</sup>, "pelas somas pagas pelo novo empregador, devidas à data da modificação". Só assim não sucederá se no acordo entre ambos outorgado (*convention de transfert*<sup>14</sup>), adquirente tiver assumido esse passivo, *i.e.*, o conjunto das obrigações relativas aos contratos de trabalho transmitidos.

Por seu turno, em Itália o art. 2112, § 2.º, do *Codice Civile* prescreve uma responsabilidade solidária do transmitente e do adquirente, temporalmente ilimitada, "por

<sup>9</sup> Sobre este ponto, v., entre outros, MONTOYA MELGAR, *Derecho dei Trabajo*, 28.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 762; PALOMEQUE LOPEZ / ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho dei Trabajo*, 15.ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 2007, pág. 293.

<sup>10</sup> Trata-se de uma hipótese expressamente contemplada e admitida pela Directiva n.º 23/2001, no seu art. 5.º, n.º 2.

<sup>11</sup> Sobre esta excepção, cuja conformidade com a Directiva, informa MAZEAUD, foi já em mais de uma ocasião questionada na doutrina, v. MAZEAUD, *Droit du Travail*, 6.ª ed. Montchrestien Paris, 2008, págs. 560-561; PÉLISSIER / SUPIOT / JEAMMAUD, *Droit du Travail*, 24.ª ed., Dalloz, Paris, 2008, pág. 497.

<sup>12</sup> MAZEAUD, *Droit du Travail*, 2008 cit., pág. 560.

<sup>13</sup> MAZEAUD, *Droit du Travail*, 2008 cit., pág. 561.

<sup>14</sup> PÉLISSIER / SUPIOT / JEAMMAUD, *Droit du Travail*, 2008 cit., pág. 497.

todos os créditos que o trabalhador tinha à data da transmissão"<sup>15</sup>, a qual não depende do seu conhecimento ou cognoscibilidade pelo adquirente -trata-se de um aspecto amplamente sublinhado pela doutrina<sup>16</sup>, que também salienta que esta solidariedade se traduz na mera inoponibilidade ao trabalhador da efectiva repartição da responsabilidade pelo passivo, eventualmente pactuada entre ambos os empresários<sup>17</sup>.

Do que antecede resulta que todos estes ordenamentos vão além da mera responsabilidade solidária do transmitente no ano subsequente à transmissão, cuja consagração a Directiva deixa ao critério de cada legislador interno<sup>18</sup>. E, não menos significativamente, que os diversos modelos descritos têm sempre como pano de fundo a transmissão para este último, junto com os vínculos laborais dos trabalhadores da empresa ou estabelecimento em causa, de todos os créditos laborais nele emergentes, que constitui o cerne do modelo comunitário de tutela dos trabalhadores em tal situação<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> A parte final do preceito citado no texto permite, contudo, ao trabalhador assentir na liberação do transmitente, devendo, para tanto, prestar o seu consentimento no decurso dos processos de conciliação sindical ou administrativa regulados nos arts. 410 e 411 do *Codice di Procedura Civile*.

<sup>16</sup> V., neste sentido, entre outros, GHERA, *Diritto dei Lavoro - il Rapporto di Lavara*, Cacucci Editore, Bari, 2008, pág. 228; MAZZOTTA, *Diritto dei Lavoro, in Trattato di Diritto Privato (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti)*, 3.ª ed., Giuffrè, Milão, 2007, págs. 289-290.

<sup>17</sup> MAZZOTTA, *Diritto dei Lavoro*, 2007 cit., pág. 290.

<sup>18</sup> Trata-se, sublinhámo-lo já noutra ocasião, de uma solução que não é imposta mas permitida pela Directiva e que de modo algum constitui um traço essencial do modelo de protecção dos trabalhadores por esta instituído, antes representa, quando consagrada, e em primeira linha, um reforço da garantia patrimonial dos respectivos créditos laborais (v. o nosso "A Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no Código do Trabalho", 2005, cit., pág. 77). Significa isto que o legislador interno, se pode optar entre prescrever, ou não, tal solidariedade, pode igualmente conformá-la em moldes diversos dos previstos na Directiva, designadamente alargando o prazo pelo qual esta se mantém (como se viu suceder em Espanha e em Itália). E mesmo que o faça com o intuito de acautelar, antes de mais, a posição do adquirente da empresa ou estabelecimento, tal alargamento, ao perfilar-se como uma solução objectivamente mais favorável ao trabalhador, está coberta pela permissão do art. 8.º da Directiva. Quanto ao direito de regresso ilimitado previsto no direito francês, a sua admissibilidade não decorre deste art. 8.º, mas do facto de relevar unicamente das relações entre transmitente e adquirente, em nada alterando a situação do trabalhador, acautelado nos termos gerais prescritos no texto comunitário.

<sup>19</sup> V. o nosso "A Transmissão da Empresa ou Estabelecimento no Código do Trabalho", 2005, cit., págs. 75-76.

V. Passando a considerar, na perspectiva do adquirente da empresa ou estabelecimento, o regime entre nós consagrado em 2003 e modificado, nos termos expostos, em 2009, este, se surgia já como muito incipiente<sup>20</sup>, mostra-se agora inapelavelmente inadequado, de tão insuficiente. Com efeito, estabelece-se a adstrição do adquirente a todas as obrigações emergentes dos contratos de trabalho transmitidos, sem qualquer limite, e conforma-se a responsabilidade solidária do transmitente como duplamente limitada - aos créditos vencidos à data da transmissão e ao prazo de um ano subsequente a esta<sup>21</sup>. Significa isto que, na ausência de qualquer outra solução porventura convencionada entre antigo e novo empregador, e em qualquer caso inoponível aos trabalhadores, o adquirente surge como o principal - e, volvido um ano, único - obrigado por todos os créditos laborais exigíveis por todo e cada um dos trabalhadores abrangidos na transmissão<sup>22</sup>, irrelevando, para este efeito, o seu conhecimento, actual ou potencial, dos mesmos e do respectivo montante.

Note-se que no direito anterior ao CT era muito próxima desta a solução que resultava do art. 37.º, n.º 2 e 3, da LCT<sup>23</sup>. Simplesmente não se tratava, como agora, do regime-regra em

<sup>20</sup> Relembre-se a este propósito, que era outro, e bem mais consentâneo com os apontados desígnios de acautelar neste contexto também a tutela do adquirente e de esta se situar primordialmente no plano da repartição com o transmitente da responsabilidade pelos créditos laborais em apreço, o modelo proposto no Anteprojecto de Código de Trabalho que deu origem à sua versão originária, mas que não veio a ser nesta acolhido. Mais exactamente, o art. 249.º, n.º 2, do referido Anteprojecto estabelecia uma responsabilidade solidária e temporalmente ilimitada do transmitente da empresa ou estabelecimento "pelas obrigações constituídas até à data da transmissão", numa opção próxima da que *supra* se viu ser a do direito italiano (cfr. o ponto IV). A tutela assim deferida ao adquirente era, ainda, reforçada no art. 250.º do mesmo Anteprojecto, cujos n.ºs 2 e 3 admitiam a não transmissão para aquele de créditos emergentes dos contratos de trabalho abrangidos, em dois casos: não reclamação dos mesmos pelo respectivo credor-trabalhador, sempre que o adquirente afixasse "um aviso nos locais de trabalho" a dar "conhecimento aos trabalhadores" que deveriam "reclamar os seus créditos no prazo de quinze dias, sob pena de não se lhe transmitirem" (n.º 2) e, ao abrigo da permissão constante do art. 5.º, n.º 2, da Directiva n.º 23/2001, sempre que a empresa transmitente estivesse "em processo de recuperação ou de falência" (n.º 3).

<sup>21</sup> Prazo esse expressamente previsto no art. 285.º, n.º 1, do CT, mas que decorreria já da aplicação do prazo anual de prescrição dos créditos laborais, fixado no art. 337.º, n.º 1.

<sup>22</sup> Sendo certo que, nada tendo sido acordado em contrário entre transmitente e adquirente, sempre que por força do mecanismo da solidariedade o primeiro pague dívidas emergentes dos vínculos laborais transmitidos, terá direito de regresso contra o adquirente, principal obrigado nos termos legais.

<sup>23</sup> Sobre o regime constante do art. 37.º, n.º 2 e 3, da LCT, v. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 773 segs.; MÁRIO PINTO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. I, Lex, Lisboa, 1994, pp. 182-183; BERNARDO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 2.ª ed., Atlântida, Coimbra, 1972, pág. 101.

matéria de responsabilidade do adquirente por créditos laborais em caso de transmissão da empresa ou estabelecimento, mas antes de uma sua versão mais gravosa, aplicável apenas se e quando aquele não houvesse procedido com a diligência devida, afixando o aviso para reclamação de créditos pelos trabalhadores, o qual tinha como efeito limitar a sua responsabilidade aos créditos vencidos nos seis meses anteriores à transmissão e, de entre estes, aos reclamados. Fora de tais hipóteses, *i.e.*, no comum dos casos, o transmitente respondia por todos os créditos laborais anteriores à transmissão, mas só durante o ano a esta subsequente, findo o qual ocorria a respectiva prescrição<sup>24</sup>. Já o adquirente respondia apenas pelos relativos aos seis meses anteriores à transmissão e que fossem reclamados, solidariamente com o transmitente no ano subsequente a esta e tendo sempre direito de regresso contra aquele, mesmo para lá do decurso desse ano<sup>25</sup>.

VI. Que pode então o adquirente fazer, perante o quadro normativo vigente, para acautelar a sua situação?

Tomando como ponto de partida a Directiva n.º 23/2001, mostra-se especialmente significativa neste contexto a ideia de que ao adquirente se deve assegurar o conhecimento de todos os créditos laborais a cuja satisfação vai ficar adstrito em decorrência da transmissão da empresa ou estabelecimento efectuados (art. 5.º, n.º 2). Trata-se, é certo, de uma ideia formalmente confinada às relações entre transmitente e adquirente - que é, evidentemente, o plano no qual deverão, em primeira linha, ser antecipadas e reguladas estas questões - mas que parece claramente transponível para as relações entre trabalhador e novo empregador.

---

<sup>24</sup> A questão era expressamente versada por MARIO PINTO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, que distinguiam, para efeitos de análise, entre dívidas da exclusiva responsabilidade do transmitente, às quais o se aplicaria o prazo de um ano do art. 38.º da LCT, contando-se este "da data da transmissão do estabelecimento e não da data da cessação do contrato", e dívidas pelas quais responderiam solidariamente transmitente e adquirente, que muito embora prescrevessem quanto ao primeiro nos termos descritos, tal prescrição em nada afectaria a responsabilidade do adquirente, que subsistia, e o direito de regresso deste contra o transmitente (*Comentário às Leis do Trabalho*, 1994, cit., pág. 183).

Na jurisprudência disponível dos nossos tribunais superiores, a questão foi tratada, entre outros, pelos Acs. RP de 3-4-2000 (Proc. n.º 0010246) e RP de 10-9-2007 (Proc. 0712123), com sumário e texto integral, respectivamente, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>25</sup> MARIO PINTO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, 1994 cit., pág. 183.

Por seu turno, a análise dos dados legais vigentes evidencia que a alteração normativa operada quanto a este ponto em 2009 visou pôr fim à solução admitida pelo art. 319.º, n.º 3, da versão originária do CT. Donde, não mais pode o adquirente recorrer ao aviso para reclamação de créditos com a cominação de que a falta desta obsta à transmissão, tal como não pode estabelecer limites – oponíveis aos trabalhadores - à sua responsabilidade, agora de primeira linha, pelos créditos emergentes dos contratos de trabalho transmitidos: trata-se de um ponto relativamente ao qual a Directiva é tão inequívoca quanto irredutível.

Julgamos, ainda assim, que continua a ser possível e também útil, neste contexto, a afixação pelo adquirente de tal aviso, a marcar um prazo para a reclamação de créditos pelos trabalhadores. Apesar de necessariamente desprovido de qualquer cominação, tal aviso terá inquestionáveis reflexos quanto à boa fé dos trabalhadores e, no limite, quanto à viabilidade das suas pretensões tendentes a fazer valer, em momento ulterior, créditos que à data não invocaram. De modo algum se trata de obstar ou de, por qualquer modo, introduzir limites à transmissão *ipso iure* de todos os créditos laborais dos trabalhadores abrangidos e, menos ainda, de criar um efeito geral de preclusão<sup>26</sup> - unicamente de exigir aos referidos trabalhadores, em termos que não parecem ilegítimos, um mínimo de abertura, lisura e frontalidade, em atenção a motivos mais que ponderosos de tutela do novo empregador, relativamente ao qual a lei os garante fortemente através da manutenção dos respectivos vínculos e condições de trabalho.

O trabalhador cuja actuação se não conforme com os termos descritos pode bem vir a encontrar-se, mais tarde, em má posição, *v. g.*, vendo prejudicada uma sua invocação de créditos que já detinha ou julgava deter e que omitiu, por a sua actuação envolver *venire contra factum proprium*<sup>27</sup> e, nessa medida, constituir abuso de direito, nos termos do art.

---

<sup>26</sup> Pondo tudo "a zeros" entre trabalhador e novo empregador, como se, *v. g.*, aquele subscrevesse uma declaração liberatória deste, sob a forma de uma quitação total e plena, com alcance genérico, solução que no direito anterior chegou a ser admitida por alguma jurisprudência. Nesse sentido, o Ac. STJ de 12-5-1999 (Proc. n.º 995033, com sumário disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) considerou que "se se verificar a transferência do estabelecimento, não se verifica em relação ao cedente, e após a cedência, a razão da irrenunciabilidade dos créditos laborais", donde "se o trabalhador recebe, após a extinção da relação laboral com o cedente, determinada quantia e passa recibo, dando quitação, em que declara que nada mais tem a exigir, tal declaração constitui uma remissão com extinção dos eventuais direitos de crédito sobre o devedor".

<sup>27</sup> A noção de *venire contra factum proprium* supõe o "exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente" (MENEZES CORDEIRO), o qual é inadmissível por contrariar a confiança gerada, por acção ou por omissão, na

334.º do Código Civil. Porém, e porque eventuais situações de não reclamação de créditos no contexto descrito, longe de terem um sentido unívoco, podem revestir as mais diversas matizes, cabe ao tribunal proceder à sua apreciação, valorando livremente tal facto, junto com os demais que no caso concorram, de modo a aferir da verificação, ou não, de um "inadmissível comportamento contraditório"<sup>28</sup> por parte do trabalhador.

VII. Em síntese, o quadro normativo vigente não interdita o recurso por parte do adquirente da empresa ou estabelecimento ao aviso para reclamação de créditos. Este, mesmo com a sua eficácia preclusiva severamente comprimida, pode ainda perfilar-se como um relevante meio de tutela daquele: trata-se de uma via que, nos estreitos termos e com os limites enunciados, se justifica, em nosso entender, explorar, desde logo como alternativa ao absoluto nada que nesta matéria nos deixou o legislador de 2009.

A terminar, dir-se-á apenas que é incontestável que os dados disponíveis não permitem ir muito mais longe numa questão que é real e que se agravou, e muito, com a decisão de revogar, sem mais, a norma constante do n.º 3 do art. 319.º da versão inicial do CT, sem curar da função que esta desempenhava e dos interesses que, mal ou bem, acautelava e que ficaram desprovidos de qualquer tutela. E, sobretudo, que a cabal resolução deste problema passa por uma necessária redefinição por via legislativa da repartição entre transmitente e adquirente da empresa ou estabelecimento da responsabilidade pelos créditos laborais dos respectivos trabalhadores.

---

outra parte. Sobre este ponto, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 290; MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, 1984, cit., págs. 742 segs. e 785 segs.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2007, cit., pág. 298; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 127 e 438; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, págs. 268-269.

<sup>28</sup> MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, cit., pág. 439.

---

<sup>i</sup> É para nós um gosto e uma honra poder participar nesta homenagem que o *Prontuário de Direito do Trabalho* presta ao Dr. Albino Mendes Baptista, de quem recordamos, com saudade, a presença sempre cordial e disponível, a imensa capacidade de trabalho e a rigorosa clareza das suas prelecções e dos seus escritos.

O presente texto corresponde ao essencial das nossas intervenções nas Jornadas sobre o Novo Código do Trabalho, organizadas pela Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT), em 24 de Junho de 2009, e no XIV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, em 11 de Novembro de 2010. Na revisão que antecedeu a sua publicação limitámo-nos a proceder a algumas correcções formais e a introduzir, em nota, as indicações de bibliografia e de jurisprudência que se revelaram pertinentes.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho

Publicado em “”0 anos do código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Coimbra Editora, 2007.

João Reis (1)

### **Sumário:**

1. Introdução; 2. Os traços mais salientes do regime; 2.1. Âmbito; 2.2. A transmissão da posição jurídica do empregador; 2.3. A responsabilidade solidária do transmitente; 2.4. A transmissão da responsabilidade contra-ordenacional para o adquirente; 2.5. Os efeitos da transmissão sobre os representantes dos trabalhadores; 2.6. Os efeitos procedimentais: a informação e a consulta; 3. Os pontos mais controversos; 3.1. A noção de transmissão de empresa ou de estabelecimento (ou de parte de empresa ou de estabelecimento); 3.2. Breve análise da noção de unidade económica; 3.3. Relevância ou irrelevância do consentimento do trabalhador na transmissão?; 3.3.1. Direito comunitário; 3.3.2. Notas de direito comparado; 3.3.3. Portugal; 3.4. Informação e consulta; 3.5. A desnecessidade de relações contratuais directas entre o antigo e o novo empregador; 3.6. As estruturas de representação dos trabalhadores.

## 1. INTRODUÇÃO

Este texto tratará do regime da transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho (CT). A escolha deste tema deve-se ao facto de ele ser um dos mais caros aos MESTRES ora homenageados. A empresa esteve sempre no centro das suas atenções e sobre ela dedicaram preciosas reflexões e deixaram valiosos ensinamentos. Se não tivéssemos a convicção de que, como tudo na vida, a ciência jurídica está sempre em evolução e de que em matéria de conhecimentos nunca ninguém põe a "última pedra", diríamos mesmo, tal é a dimensão do contributo, que nos legaram conhecimentos inultrapassáveis.

A comercialística portuguesa depois deles passou a ser melhor. Entre os variados e ricos aspectos por eles aprofundados - eram mentes jurídicas hostis a superficialidades -, revelaram-nos a empresa como um fenómeno multidimensional, "poliédrico", que obriga a

uma atenta e permanente busca dos interesses que nela gravitam e do contexto jurídico em que ela se movimenta.

Uma das dimensões da empresa por eles salientadas foi a pessoal. Aquela que justamente nos interessa aqui, no âmbito do direito do trabalho. Sobre a empresa no direito do trabalho, é justo salientar as reflexões de Orlando de Carvalho, o qual, bem ao seu jeito, produziu literatura jurídica<sup>1</sup> que consideramos ser uma referência básica e que, quanto mais o tempo corre, mais se vai actualizando. Foi pena não ter escrito mais. Para ele escrever era um acto de tamanha responsabilidade que se transformava, nas suas palavras, num "um acto de tortura". Não lhe pedissem para dizer ou escrever o que os outros já tinham dito ou escrito. Mas quem teve o privilégio de o ter tido como professor ou convivido com ele, sabe que a ciência juslaborística perdeu muito por o MESTRE não ter passado para o papel o que ia criativamente ensinando.

Visitar um tema - o da empresa -já palmilhado por estes três marcantes professores, é sempre uma barreira e um risco. Elevaram de tal modo a problematicidade dogmática do tema e são representantes de uma escola tão exigente e rigorosa, que quem vem depois deles sente receio em abordá-lo, ainda que sobre aspectos por eles não tratados.

Procurando ter sempre em mente a "supervisão" destes três MESTRES, o objecto desta intervenção incidirá na análise da secção do CT respeitante à transmissão da empresa ou estabelecimento. Os principais efeitos laborais da transmissão deste objecto negociai e as dificuldades levantadas por alguns pontos mais controversos delimitarão a nossa reflexão. De fora ficarão outros importantes aspectos da regulação da empresa no CT, tais como o tipo e a pluralidade de empresas (arts. 91.º e 92.º) ou a sua mudança geográfica (art. 315.º, n.º 2), ou mesmo aqueles directamente relacionados com o fenómeno da transmissão, mas que vêm regulados noutra parte do CT. Estamos a pensar nos efeitos da transmissão sobre os IRCT aplicáveis à empresa (art. 555.º), nos efeitos da morte do empregador ou da extinção da pessoa colectiva empregadora (art. 390.º), na situação de insolvência e de recuperação da empresa (art. 391.º). É evidente que nos casos referidos estão ou podem estar em causa efeitos ligados à transmissão da empresa. Contudo, deles não cuidaremos porque a nossa

---

<sup>1</sup> É justo salientar "Empresa e direito do trabalho", Temas de Direito do Trabalho, IV Jornadas luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho, Coimbra Editora, 1990, pp. 9 e ss., e *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, Vol. I, Coimbra, 1967. Desta obra, de carácter geral mas com importantes reflexos para o direito do trabalho, disse Ferrer CoiTeia, com a autoridade que o caracterizava, que era a "obra mais importante da nossa literatura jurídica sobre o tema da empresa", *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, ed. Copiogr., Coimbra, 1968, p. 201.

intenção é reduzir o âmbito da nossa reflexão ao que vem regulado na secção aludida. E, mesmo com esta redução temática, ela continua a ser demasiado ampla para aprofundar convenientemente qualquer dos pontos mais problemáticos.

No limitado tempo de que dispomos, parece-nos útil começar por dar a conhecer o regime do Cf - um instrumento novo, mas onde se notam já algumas debilidades de nascença, numa visão predominantemente jurídico-positiva, para depois nos centrarmos nalguns pontos mais problemáticos.

## 2. OS TRAÇOS MAIS SALIENTES DO REGIME

Grosso modo, a Secção I do Cap. VII do Título II do Livro I do Código do Trabalho trata das seguintes matérias: da transmissão da posição jurídica do empregador (arts. 318.º e 319.º), da informação e consulta dos representantes dos trabalhadores (art. 330.º) e da representação dos trabalhadores depois da transmissão.

Estas matérias têm sido objecto de regulação por parte do ordenamento comunitário, pelo que o regime instituído entre nós transpõe a Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001<sup>2</sup>. É, pois, à luz deste instrumento e da interpretação que dele faz o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) que o nosso direito deve ser interpretado.

Importa ver mais de perto os vários aspectos do regime consagrado.

### 2.1. Âmbito

O regime legal, nos termos do art. 318.º, n.º 1, do CT, incide sobre a transmissão ou transferência de unidades económicas que constituam empresas ou estabelecimentos ou então partes de empresa ou de estabelecimento.

Podemos, por conseguinte, definir o campo de aplicação desta secção atendendo concomitantemente tanto ao objecto em causa - unidade empresarial -, incluindo nesta noção também partes da empresa ou de estabelecimento que revistam certas características -, como ao tipo de negócios: aqueles que sejam susceptíveis de desencadear a mudança de empregador.

O objecto transmitido, tanto pode configurar uma empresa ou estabelecimento na sua totalidade, como pode ser uma parte da empresa ou do estabelecimento, desde que, neste

<sup>2</sup> Publicada no JO L 82/16, de 22 de Março de 2001.

caso, ele constitua uma unidade económica. A transmissão tanto pode ser a título definitivo, como a título transitório. O regime, independentemente do título translativo, é construído a partir da transmissão da titularidade (n.º 1), mas ele é estendido a situações de transmissão temporária (n.º 3). É o que sucede, por exemplo, na concessão de exploração.

De acordo com a própria razão de ser da norma, no seguimento da nossa tradição jurídica e em consonância com o direito comunitário, perfilha-se uma noção ampla de transmissão, onde cabe uma grande diversidade de títulos translativos (trespasse, locação, venda judicial, fusão ou cisão de empresas, etc.). Consagra-se deste modo uma noção abrangente de transmissão, a qual, mesmo em face do direito anterior, já era defendida entre nós. Neste sentido, Coutinho de Abreu já ligava a noção de transmissão à "modificação subjectiva do empregador" em virtude de um qualquer acto, negociai ou não negociai, que implicasse circulação da empresa<sup>3</sup>.

A alusão expressa à noção de parte de empresa ou de estabelecimento é que constitui uma alteração relativamente ao art. 37.º da LCT, norma que não aludia expressamente a tal noção. A noção de "parte de estabelecimento" era, porém, já admitida por alguns sectores doutrinários. Aceitando-a, Orlando de Carvalho criticava aqueles que identificavam o "estabelecimento como um todo" com a "totalidade do estabelecimento"<sup>4</sup>, e, para efeitos laborais, Coutinho de Abreu defendia já, perante o art. 37.º da LCT, a possibilidade de transferências parciais de empresa ou de estabelecimento<sup>5</sup>.

O estatuto público ou privado da empresa, bem como o tipo de fins que prossegue, é irrelevante para delimitar o campo de aplicação do regime legal. A directiva apenas não se aplica às reorganizações ou transferências de funções administrativas entre instituições oficiais (al. c) do n.º 1 do art. 1.º), ou aos navios (n.º 3 do art. 1.º).

Por isso, o regime também se aplica aos aspectos laborais envolvidos na sucessão de pessoas colectivas públicas, nos termos do art. 16.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho<sup>6</sup>.

A directiva comunitária permite ainda que os Estados-membros possam afastar alguns pontos do seu regime. É o que sucede, em certas circunstâncias, com as transferências de unidades empresariais ocorridas em processos de falência ou insolvência, em que o regimes

<sup>3</sup> "A empresa e o empregador em Direito do Trabalho", Separata do BFD – *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1983, p. 300.

<sup>4</sup> *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, cit., p. 606.

<sup>5</sup> "A empresa e o empregador em Direito do Trabalho", cit., pp. 300-301.

<sup>6</sup> Para maiores desenvolvimentos, Maria R. P. Ramalho/Pedro M. Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública. Anotação à Lei n.º 2312004, de 22 de Junho*, 2.ª edição, Coimbra, 2005, pp. 83 e ss.

dos arts. 3.º e 4.º em princípio não se aplicam, a menos que os Estados-membros determinem um regime contrário (art. 5.º). O reconhecimento das particularidades da transferência de empresas no caso de falência ou insolvência, que leva a admitir derrogações ao regime protector da directiva, é de alguma forma compensado com a obrigação de os Estados-membros adaptarem "...as medidas adequadas para evitar o recurso abusivo a processos de insolvência" (n.º 4 do art. 5.º).

## 2.2. A transmissão da posição jurídica do empregador

A transmissão da titularidade da empresa, de estabelecimento ou de alguma parte destes objectos que constitua uma "unidade económica", implica igualmente a transmissão da posição jurídica do empregador, ou seja, os contratos celebrados com o transmitente ingressam na titularidade do transmissário (art. 318.º, n.º 1, do CT).

Verifica-se, deste modo, uma mudança subjectiva na posição de empregador desencadeada por mero efeito da lei. Este regime consoante ao primeiro parágrafo do n.º 1 do art. 3.º da Directiva n.º 2001/23/CE; mas corresponderá ele também ao que já estava consagrado no art. 37.º, n.º 1, da LCT?<sup>7</sup>

Entre nós, vem-se sustentando que este regime "difere significativamente do consagrado no direito anterior". Tais "significativas diferenças" residiriam em que segundo o direito actual se transmitem para o adquirente todas as obrigações emergentes dos contratos de trabalho, enquanto que à luz do direito anterior apenas se transmitia o "contrato de trabalho e o respectivo conteúdo", mas não as "obrigações decorrentes" dos contratos de trabalho anteriores à transmissão. Deste modo, o regime actual, em consonância com a Directiva comunitária, impõe que todas as dívidas laborais acompanhem o contrato de trabalho transmitido, o que não sucederia antes, uma vez que, segundo o art. 37.º, n.º 1, da LCT, só transitavam os direitos e deveres que integravam "a situação jurídica do empregador". O fenómeno não se esgotará agora, diz-se, numa mera "subrogação legal no contrato", como sustentou Mata Pinto em face do art. 37.º da LCT, apresentando antes uma abrangência mais lata<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Referimo-nos ao DL n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969.

<sup>8</sup> Neste sentido, Joana Vasconcelos, "A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho", *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, Maio-Agosto de 2005, CEJ, p. 74.

Na verdade, os arts. 37.º, n.º 1, da LCT e 318.º, n.º 1, do CT apresentam uma redacção diferente<sup>9</sup>. Mas corresponderá a diferente redacção a uma mudança significativa de regime? Pensamos que não. Sob o ponto central que ora nos ocupa, as duas normas assemelham-se; ambas recorrem ao conceito de transmissão da posição contratual de empregador por efeito da transmissão de uma unidade empresarial. Sobre este efeito jurídico, sem dúvida o mais marcante, as duas normas até coincidem. Tendo em conta o teor literal e teleológico das duas normas dificilmente se pode defender a alteração significativa aludida. Resultará ela da leitura do art. 318.º, n.º 1, feita em conformidade com a Directiva?

O art. 3.º, n.º 1, da Directiva não recorre ao conceito jurídico de posição contratual do empregador, utilizando antes, num pendor mais descritivo, a noção de direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho. Estes transferem-se do cedente para o cessionário pelo simples facto de ocorrer transmissão de empresa ou estabelecimento<sup>10</sup>. Mas será esta formulação mais ampla do que a utilizada na lei portuguesa?

Estamos em crer que não. Trata-se de duas formas diferentes para referir a mesma realidade. Dizer que da posição jurídica do empregador fazem parte os direitos e obrigações resultantes do contrato de trabalho ou dizer que tais direitos e obrigações vão conformar o conteúdo da posição jurídica do empregador, é dizer substancialmente a mesma coisa.

A distinção entre transmissão do contrato de trabalho e as obrigações decorrentes dos contratos transmitidos, feita por um importante sector da juslaborística portuguesa, é que talvez não tivesse muito sentido. Com efeito, se por efeito legal, o empregador cessionário subingressa automaticamente na posição do empregador cedente, lógico será que assuma todas as obrigações e direitos decorrentes do contrato de trabalho de que passa a fazer parte.

É certo que em face dos n.ºs 1 e 2 do art. 37.º da LCT as obrigações resultantes do contrato de trabalho vencidas antes da transmissão continuavam a ser da responsabilidade do cedente. O adquirente do estabelecimento ou empresa só respondia solidariamente, desde que verificadas certas condições, pelas obrigações vencidas até seis meses antes da

---

<sup>9</sup> Transcrevendo, o art. 37.º, n.º 1, da LCT, diz o seguinte: "A posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade... "; e, por sua vez, o art. 318.º, n.º 1, do CT dispõe: "Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmite-se para o adquirente a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores...".

<sup>10</sup> Transcrevendo: "Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário".

transmissão. Mas este regime, pouco congruente com o efeito da transmissão da posição contratual de empregador, resultava da lei e não de nenhuma apriorística decorrência natural da pretensa distinção entre contrato de trabalho e obrigações dele resultantes. Deste modo, tendo em conta exclusivamente o art. 37.º, n.º 1, da LCT, o empregador cessionário deveria ser responsável pelas dívidas laborais contraídas antes da transmissão do estabelecimento; só assim não sucedia porque, contra tal solução, o n.º 2 do mesmo preceito vinha estabelecer apenas a sua responsabilidade solidária durante um curto período, o que correspondia a imputar a responsabilidade pelas dívidas laborais ao empregador alienante.

Mais congruentemente, depois de afirmar a transmissão para o adquirente do estabelecimento ou empresa da "posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho", o n.º 2 do art. 318.º do CT vem agora dispor que o transmitente só responde solidariamente pelas dívidas laborais vencidas até à data da transmissão, o que deixa entender que com a mudança de posição contratual o novo empregador é o "responsável primeiro" por tais dívidas<sup>11</sup>. Isto é que nos parece ser uma decorrência natural e lógica do efeito primário e principal do regime estabelecido, isto é, da mudança subjectiva de empregador no caso de transmissão de uma unidade empresarial.

Quem, porventura por causa do regime das dívidas laborais, era tentado a fazer uma interpretação restritiva do conceito de transmissão da posição jurídica do empregador, terá agora de deixar de a fazer, tanto por causa do teor literal do n.º 1 do art. 318.º do CT, como por causa do art. 3.º, n.º 1, da directiva comunitária referida.

Em suma, o n.º 1 do art. 318.º do CT não vem dizer coisa diferente do que já antes era afirmado pelo n.º 1 do art. 37.º da LCT. O n.º 2 do art. 318.º é que veio alterar profundamente o regime das obrigações laborais vencidas antes da transmissão. Enquanto o regime anterior restringia o natural alcance da mudança de posição de empregador, impedindo todos os seus efeitos, o regime actual acabou com tal restrição. Propendemos, por isso, para afirmar que o art. 318.º, n.º 1, do CT, tal como defendia Mata Pinto para o direito anterior<sup>12</sup>, consagra um

---

<sup>11</sup> "Responsável primeiro" não significa aqui, evidentemente, que seja mais responsável, dado que, como referimos, ele é responsável solidário; significa que, caso não fosse estabelecida a responsabilidade solidária, o responsável único seria o empregador cessionário.

<sup>12</sup> *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 90 e ss. Defendia igualmente esta posição, entre outros, Coutinho de Abreu, "A empresa e o empregador em Direito do Trabalho", cit., p. 298. Em face do Código do Trabalho, no sentido de que há subrogação legal, cfr. Maria R. P. Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, p. 684, e Catarina Carvalho, "Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho", *A Reforma do Código do Trabalho*.

fenómeno de sub-rogação legal, isto é, o adquirente da unidade empresarial subingressa automaticamente, *ex lege*, na posição contratual de empregador, assumindo naturalmente todos os direitos e obrigações inerentes.

O efeito central previsto no art. 318.º, n.º 1 - mudança da posição de empregador - pressupõe a ocorrência de três requisitos simultâneos e interdependentes: (a) que haja uma transmissão; (b) que o objecto transmitido constitua uma unidade económica, seja ela uma empresa ou estabelecimento, ou alguma das suas partes; (c) que da unidade económica transmitida façam parte trabalhadores.

Este efeito central só não se verificará caso o alienante transfira, até ao momento da transmissão, os trabalhadores afectados para outro "estabelecimento, parte da empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica... ", para usarmos os dizeres da lei (art. 319.º, n.º 1, do CT)<sup>13</sup>.

Neste caso, haverá uma mudança contratual ao nível das condições de prestação do trabalho, mais propriamente do local de trabalho, mas o empregador continuará, naturalmente, a ser o mesmo<sup>14</sup>.

No domínio do direito anterior, a mudança de posição contratual não se verificaria caso o transmitente e o adquirente acordassem, antes da transmissão, na continuação dos trabalhadores ao serviço do primeiro noutra estabelecimento<sup>15</sup>.

A compatibilidade deste regime com o direito comunitário<sup>16</sup> foi posta em causa por alguns autores. Chamando a atenção para a "afecção do trabalhador à parte do estabelecimento em que normalmente exerce as suas funções" e para o objectivo da directiva - evitar que o cedente e o cessionário seleccionem os trabalhadores a transferir - , Júlio Gomes suscitava "...sérias dúvidas quanto à legitimidade de uma transferência do trabalhador operada pelo transmitente num momento próximo da transmissão sem o acordo do

<sup>13</sup> Esta faculdade não está condicionada ao acordo entre cedente e cessionário, como sucedia no direito anterior (art. 37.º, n.º 1, da LCT).

<sup>14</sup> Trata-se de uma faculdade unilateral do empregador (transmitente da empresa), nos termos do art. 315.º do CT; não há, nesta hipótese, necessidade de acordo do trabalhador.

<sup>15</sup> Parte final do art. 37.º, n.º 1, da LCT.

<sup>16</sup> Em causa estava o art. 3.º, n.º 1, da Directiva do Conselho de 14 de Fevereiro de 1977, cujo teor era exactamente igual ao art. 3.º, n.º 1, da Directiva de 12 de Março de 2001.

trabalhador"<sup>17</sup>, e Catarina Carvalho destacava o carácter imperativo da transmissão *ope legis*, o qual tomava irrelevante a vontade do cedente e do cessionário neste domínio<sup>18</sup>.

O legislador português parece ter sido sensível a esta argumentação. Deixou cair a faculdade, que ainda era acolhida no art. 310.º do Projecto do CT, de o cedente e o cessionário acordarem em o trabalhador continuar ao serviço do primeiro.

Situação diferente é a que vem prevista para a sucessão de pessoas colectivas públicas onde exista recurso ao contrato de trabalho. Aqui o legislador de 2004 continua a permitir que a pessoa colectiva pública de origem e o trabalhador acordem em que este permaneça ao serviço da primeira (n.º 4 do art. 16.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). Agora o acordo é celebrado entre quem já está ligado pelo contrato.

As razões apresentadas contra a licitude de um acordo entre cedente e cessionário no sentido de o trabalhador permanecer a trabalhar para o primeiro aquando de uma transferência de empresa, bem vistas as coisas, parecem ter ainda cabimento a propósito da solução vertida no art. 319.º, n.º 1, do CT.

Se a vontade do cedente e do cessionário deve ser irrelevante para seleccionar quais os trabalhadores que acompanham a unidade empresarial transmitida, então também a vontade unilateral do cedente o deveria ser. A mudança de local de trabalho pode obedecer à mesma estratégia selectiva. Por isso, a necessidade de conformação do art. 319.º, n.º 1, com a Directiva n.º 2001/23/CE, parece pressupor, como sublinha Catarina Carvalho<sup>19</sup>, que a transferência de local de trabalho não tenha ocorrido por causa, e só por causa, da futura transmissão da empresa.

Pondo a tónica na desprotecção dos trabalhadores e no "carácter gravoso" resultante da remissão para o regime decorrente do art. 315.º do CT, particularmente para seu n.º 2, também Maria R. P. Ramalho entende, para evitar fraudes, dever "...exigir-se que o fundamento objectivo da transferência dos trabalhadores não seja o próprio negócio de

---

<sup>17</sup> "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o art. 37.º da LCT e a directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE", RDES, 1996, n.ºs 1-2-3-4, pp. 156 e 187-8.

<sup>18</sup> "...a regra segundo a qual a transmissão opera sem o consentimento do cedente ou do cessionário é imperativa e não pode ser derogada em sentido desfavorável para os trabalhadores", dizia a autora no seu artigo "Admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho", *Questões Laborais*, n.º 21, 2003, p. 102.

<sup>19</sup> Cfr. "Algumas questões sobre a empresa...", cit., pp. 465-467.

transmissão e, em última análise, fazendo apelo ao princípio geral do abuso do direito... " <sup>20</sup>. A nosso ver, a autora tem razão.

### 2.3. A responsabilidade solidária do transmitente

Outro efeito, importante sem dúvida, mas que não tem na caracterização da norma um significado tão decisivo, na medida em que não regula a "sorte" do contrato de trabalho em caso de transmissão, é a atribuição de responsabilidade solidária ao transmitente. Este continua a ser responsável pelas obrigações vencidas até à transmissão, pelo prazo de um ano a contar da data desta (n.º 2) <sup>21</sup>. Trata-se de uma solidariedade passiva <sup>22</sup> de origem legal e de natureza imperativa.

Como é evidente, isto não significa que as obrigações laborais vencidas não se tenham transmitido ao novo empregador, mas tão-só que o ex-empregador, perante o credor trabalhador, durante um ano a contar da transmissão, não está exonerado de responder, solidariamente, por elas.

A responsabilidade solidária tem aqui, como principal propósito, o efeito útil de possibilitar uma maior eficácia à tutela dos créditos laborais, ao possibilitar ao trabalhador a escolha, em pé de igualdade, do antigo ou do novo empregador. Admitimos igualmente que o regime da responsabilidade solidária possa servir de antídoto contra eventuais manobras fraudulentas entre os empregadores envolvidos na transmissão. Suponha-se que A, titular de uma empresa com património elevado, trespasa para B, com o intuito de se desvincular de um elevado montante de dívidas salariais e que B, uma sociedade com responsabilidade limitada e com património insuficiente, aceita a operação justamente para servir os intentos de A. Com a responsabilidade solidária de A, os trabalhadores, durante um ano, poderão ainda satisfazer os seus créditos.

Apesar do que acaba de se referir, uma análise mais atenta dos preceitos pertinentes leva a concluir que o regime da responsabilidade solidária pode acabar por garantir menos do que à primeira vista parece. Com efeito, ele pode, inclusive, deixar de existir. Na verdade, se o

<sup>20</sup> *Direito do Trabalho, Parte II*, cit., pp. 678-680.

<sup>21</sup> Nos termos do disposto no art. 37.º, n.º 2, da LCT, a responsabilidade solidária era do adquirente, em relação às dívidas vencidas nos seis meses anteriores à transmissão, desde que elas fossem reclamadas pelos trabalhadores interessados até à transmissão.

<sup>22</sup> Sobre o conceito, vantagens e inconvenientes da solidariedade passiva, M. Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1966, pp. 131-132.

futuro adquirente da empresa ou estabelecimento, depois de cumprido o dever de informação e antes da transferência da empresa, nos termos do art. 320.º, n.º 1, tiver afixado na empresa o aviso para a reclamação de créditos durante três meses, em relação aos trabalhadores que não reivindicaram os seus créditos nunca chega a ser devedor solidário, como nunca chega sequer a ser devedor. Neste caso, pelos créditos laborais não satisfeitos responderá apenas, durante um ano, o transmitente.

É seguro que a afixação do aviso para a reclamação de créditos laborais não é uma obrigação mas uma faculdade do adquirente. Seguro é também que esta faculdade só pode ser exercida se o adquirente tiver cumprido o dever de informação previsto no art. 320.º, n.º 1, do CT. Será ainda seguro que esta faculdade tem de ser exercida antes da transferência da empresa?

Alguma doutrina responde afirmativamente<sup>23</sup>. Aparentemente com boas razões. Admitimos que o legislador tenha querido consagrar uma excepção à regra de que as obrigações laborais do cedente passam à data da transferência, *ipso iure*, para o cessionário. Ora, para que isto suceda, então o fim do prazo de três meses deve ser atingido antes da data em que se opera a transferência da empresa. A locução "sob pena de não se lhe transmitirem" inculca a ideia de que a dívida é ainda da responsabilidade do transmitente, e só se pode pensar assim, exactamente porque ainda não houve transmissão. Por outro lado, os interesses do adquirente que se visam proteger aqui apontam também especialmente para a afixação do aviso antes da transferência. Na verdade, o adquirente tem um particular interesse em se certificar acerca das dívidas laborais antes de as assumir.

Pese embora o que acabou de ser dito, algumas dúvidas têm ainda sentido. Contra a interpretação antecedente, sempre se pode arguir com o silêncio da norma; esta só precisa temporalmente a duração do aviso, mas não determina se ele deve ser afixado antes ou depois da transferência da empresa. E não se diga que este é um aspecto cuja solução é evidente para todos e que, conseqüentemente, era desnecessário regulá-lo expressamente. Pois, a propósito do dever de informação - e, aqui sim, é óbvio que este dever só tem sentido caso seja cumprido antes da transmissão -, o legislador teve o cuidado de o mandar observar antes da transmissão da empresa.

É que a faculdade conferida ao adquirente não perde sentido, longe disso, se for exercitada depois da transmissão. O adquirente, que não usou desta faculdade antes, pode,

<sup>23</sup> Neste sentido, Maria R. P. Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte II*, cit., p. 682, e Joana Vasconcelos, *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª ed., 2005, p. 547.

por exemplo, querer clarificar a situação das dívidas laborais que se lhe transmitiram e que para ele ainda se apresenta dúvida.

O prazo de três meses concedido aos trabalhadores para a reclamação dos seus créditos perante o cessionário, caso a afixação do aviso seja posterior à data da transmissão, deverá ser contado a partir da afixação e não da transmissão.

Por outro lado, caso o aviso de reclamação de créditos seja anterior ao cumprimento do dever de informação, o início do decurso do prazo de três meses apenas deverá começar a contar após o cumprimento do dever omitido<sup>24</sup>.

#### **2.4. A transmissão da responsabilidade contra-ordenacional para o adquirente**

Outro efeito substancial previsto na lei é a atribuição ao transmissário da responsabilidade contra-ordenacional por facto praticado pelo transmitente (art. 318.º, n.º 1). E este efeito produz-se tanto quando há mudança de empregador - hipótese geral -, como quando se verifica a transmissão desacompanhada de trabalhadores - hipótese especial.

Com efeito, no caso em que o empregador, antes da transmissão da unidade económica, transfere os trabalhadores - que à partida deveriam acompanhar a empresa ou parte dela - para outra entidade económica de que é titular, continuando, conseqüentemente, a ser o empregador deles, ainda assim, quem responde pelo pagamento das coimas aplicadas por facto praticados antes da transmissão é o adquirente.

#### **2.5. Os efeitos da transmissão sobre os representantes dos trabalhadores**

Para completar o "retrato" de conjunto sobre os efeitos substanciais ligados à transmissão da empresa, importa ver o que se passa ao nível das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores.

O regime varia consoante o destino seguido pela unidade económica transmitida. Se esta continuar a preservar a sua autonomia, o "estatuto e a função" dos trabalhadores mantêm-se inalterados (art. 321.º, n.º 1)<sup>25</sup>; se, diversamente, a unidade económica for incorporada na empresa do adquirente, desencadear-se-ão alterações de acordo com a situação existente na empresa receptora.

<sup>24</sup> No mesmo sentido, Catarina Carvalho, "Algumas questões sobre a empresa...", cit., p. 468, e Joana Vasconcelos, "A transmissão da empresa...", cit., p. 85, nota 44.

<sup>25</sup> Assim se dá cumprimento ao art. 6.º, n.º 1, da Directiva n.º 2001/23/CE.

Na última hipótese referida, caso não haja comissão de trabalhadores na empresa do adquirente, a comissão ou subcomissão de trabalhadores ligada à unidade económica transmitida, continuará a desempenhar as suas funções por um período de 2 meses a contar da alienação ou então até que a nova estrutura de representação colectiva seja eleita, podendo, no caso de anulação da eleição desta última, a antiga instância representativa estender a sua actividade por mais dois meses (art. 312.º, n.º 2).

Se bem entendemos, a norma estabelece que o exercício das funções da comissão ou subcomissão de trabalhadores terminará dois meses após a transmissão, a menos que haja eleição de nova comissão ou subcomissão de trabalhadores representativa de toda a empresa, isto é, dos trabalhadores já existentes e daqueles que foram incorporados. Neste caso, que configura um acontecimento futuro e incerto, a actividade da comissão de trabalhadores transitória cessará, quando a nova iniciar as suas funções. Só não será deste modo, caso haja anulação da eleição da nova estrutura representativa, hipótese em que a actividade da comissão ou subcomissão de trabalhadores prolongará a sua actividade até ao período máximo de 2 meses a contar da anulação das eleições.

Embora o artigo não o diga inequivocamente, "*a contrario*", é de admitir que a comissão de trabalhadores ligada à empresa que perde autonomia cessará a sua actividade caso exista na empresa incorporadora comissão de trabalhadores. Esta conclusão retira-se do facto do art. 321.º, n.º 2, somente se preocupar em estabelecer as condições de sobrevivência da comissão ou subcomissão de trabalhadores em trânsito, na medida em que não haja na empresa incorporadora comissão ou subcomissão de trabalhadores.

Em caso de sobrevivência, a comissão ou subcomissão de trabalhadores representará unicamente os "trabalhadores do estabelecimento transmitido" (n.º 3 do art. 321.º) e com a cessação da sua actividade terminarão igualmente os mandatos dos seus membros. Porém, alguns efeitos ligados à protecção do estatuto de representante dos trabalhadores permanecerão até à data em que, caso não tivesse havido transmissão, o mandato terminaria (n.º 4 do art. 325.º)<sup>26</sup>. É o que se passa com a protecção em caso de procedimento disciplinar e despedimento nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 4 do art. 456.º do CT.

<sup>26</sup> Este regime resulta do art. 6.º, n.º 2, da Directiva n.º 2001/23/CE.

## 2.6 Os efeitos procedimentais: a informação e a consulta

A temática da transferência de empresas pode inscrever-se no domínio mais amplo da reestruturação das empresas, matéria que por determinação constitucional é, por um lado, objecto do direito de participação conferido às associações sindicais (art. 56.º, n.º 2, al. e), da CRP e art. 477.º al. e), do CT) e às comissões de trabalhadores (art. 54.º, n.º 5, al. c), da CRP e arts. 354.º, n.º 1, al. c), e 363.º da RCT)<sup>27</sup> e, por outro, objecto de informação e consulta dos delegados sindicais (art. 503.º, n.º 2, al. c), do CT) e de parecer prévio da comissão de trabalhadores (art. 357.º, n.º 1, al. h), da RCT.

A regulação desta matéria nas ordens jurídicas internas é também uma imposição da directiva de 12 de Março de 2001, o que, aliás, se compreende na medida em que se insere no objectivo mais vasto de promover o diálogo social, assumido, como sabemos, como um dos componentes mais importantes do modelo social europeu.

Certamente para dar cumprimento ao art. 7.º da Directiva n.º 2001/23/CE, norma animada pelo desejo de transparência e de estímulo, pelo menos nalguns casos, à obtenção de um acordo<sup>28</sup>, o art. 320.º do CT inovou nesta matéria.

Impõe o dever de informação e de consulta simultaneamente ao transmitente e ao adquirente. E fá-lo indicando sujeitos, estabelecendo formalidades e escalonando actos no tempo. Por isso, falamos aqui em procedimento. Este aparece subdividido em duas fases, se bem que a última, a da consulta, pode não ter lugar.

### a) Aviso

O primeiro passo consiste na obrigação de os empregadores envolvidos, o actual e o futuro, avisarem os representantes dos respectivos trabalhadores ou, na sua falta, os trabalhadores abrangidos do momento da transmissão e explicar os motivos determinantes da transmissão, as consequências jurídicas, económicas e sociais que dela derivam para os trabalhadores, bem como as medidas por eles projectadas em relação aos trabalhadores (art. 320.º, n.º 1).

<sup>27</sup> Referimo-nos à Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

<sup>28</sup> É neste sentido bastante elucidativo o n.º 2 do art. 7.º: "Se o cedente ou cessionário projectarem tomar medidas em relação aos respectivos trabalhadores, são obrigados a proceder em tempo útil a consultas sobre essas medidas com os representantes dos respectivos trabalhadores com vista a alcançar um acordo".

Por informação, segundo a noção constante do art. 2.º, al. *f*), da Directiva n.º 2002/14/CE, de 11 de Março de 2002<sup>29</sup>, entende-se a "transmissão de dados por parte do empregador aos representantes dos trabalhadores, a fim de que estes possam tomar conhecimento do assunto tratado e analisá-lo".

Trata-se de uma obrigação a cumprir por forma escrita e, naturalmente, antes da transmissão (art. 320.º, n.º 2).

A obrigação de informação deve ser atempadamente cumprida, isto é, nas palavras da lei, "em tempo útil, antes da transmissão". Portanto, a norma não concretiza uma data certa. Porém, a parte final do n.º 2 do art. 320.º fornece um elemento útil para a sua concretização, ao impor que a informação seja prestada, pelo menos, com 10 dias de antecedência em relação à consulta dos representantes dos trabalhadores.

Este prazo, contudo, só vale em relação às empresas ou estabelecimentos onde existam estruturas representativas dos trabalhadores, mais especificamente, comissões de trabalhadores, comissões intersindicais, comissões sindicais e delegados sindicais (n.º 4 do art. 320.º). Na ausência destas instâncias de representação, o prazo para prestar a informação aos trabalhadores vai depender, unicamente, do preenchimento do conceito indeterminado "tempo útil".

O Cumprimento atempado do dever de informação tem especial importância, no que respeita à responsabilidade pelas dívidas laborais, para o cessionário da empresa ou estabelecimento, na medida em que lhe permite encurtar o prazo em que é responsável por elas. Com efeito, no regime geral, as dívidas laborais para si transmitidas perduram até que sejam satisfeitas ou então até que prescrevam os créditos laborais correspondentes, nos termos do art. 381.º do CT. Todavia, caso tenha prestado o dever de informação, é reconhecida ao cessionário a faculdade de afixar no local de trabalho um "aviso para reclamação de créditos", onde condicione a responsabilidade por tais créditos a um prazo de três meses, sob pena de não ser responsável por eles no período ulterior (art. 319.º, n.º 3, do CT).

<sup>29</sup> Publicada no JO L n.º 80, de 23 de Março de 2002.

### **b) Consulta**

O segundo passo deste procedimento analisa-se na consulta aos representantes dos trabalhadores por parte do transmitente e do adquirente da empresa acerca das medidas previstas para os trabalhadores em consequência (por causa) da transmissão e visa a obtenção de um acordo sobre elas.

A consulta, segundo o art. 2.º, al. g), da Directiva n.º 2002/14/CE, consiste na "troca de opiniões e o estabelecimento do diálogo entre os representantes dos trabalhadores e o empregador".

A matéria objecto da informação e de consulta não coincide. Esta última incide, específica e limitadamente, sobre as medidas previstas para os trabalhadores por causa da transmissão a efectuar. Não se dirige, pois, a auscultar a opinião dos representantes dos trabalhadores sobre as razões, a oportunidade e o mérito da transmissão, aspecto reservado, certamente em nome do direito de iniciativa económica e da liberdade contratual, aos sujeitos do negócio.

Mas se assim é, porque se exige antes, no cumprimento do dever de informação, a explicitação dos motivos da transmissão, se estes depois não são objecto de consulta?

O regime da consulta tem assim um âmbito mais restrito do que o conteúdo do dever de informação, o que parece incongruente.

### **3. OS PONTOS MAIS CONTROVERSOS**

Entre os vários aspectos controversos envolvidos na transmissão de empresa ou estabelecimento, vamos pôr em evidência particularmente cinco: a noção de empresa ou de estabelecimento ou de parte de empresa ou de estabelecimento, a questão do consentimento do trabalhador, o regime da informação e consulta, o problema da necessidade ou desnecessidade de relações contratuais entre o transmitente e o adquirente e a representação dos trabalhadores.

### 3.1. A noção de transmissão de empresa ou de estabelecimento ou de parte de empresa ou de estabelecimento

A comercialística tem salientado a dificuldade em construir uma noção precisa e segura de empresa<sup>30</sup>. Como justamente nos ensinaram os ora homenageados, a empresa surge como uma realidade jurídica bastante complexa, apresentando vários perfis. Ela surge como objecto de regulação de várias disciplinas jurídicas, desde o direito dos contratos ao direito da sociedade, passando entre outros pelo direito fiscal, penal e laboral, sendo natural que cada ramo do direito a focalize do ponto de vista que lhe é próprio. Mas, a complexidade da noção aumenta porque, mesmo dentro de cada ramo jurídico, pode suceder que a noção de empresa usada em diversas normas não seja idêntica.

Compreende-se assim que embora se venha afirmando a possibilidade de "um conceito geral de empresa em sentido objectivo", se venha negando concomitantemente a existência de um "conceito unitário de empresa"<sup>31</sup>.

Para nós, mais do que discutir a noção de empresa em geral ou a saber se existe uma noção de empresa para efeitos laborais<sup>32</sup>, interessa-nos aqui, pois, apenas discutir a noção de

---

<sup>30</sup> Tendo em conta os "sistemas que admitem a negociação das empresas", Orlando de Carvalho definia o estabelecimento comercial ou industrial do seguinte modo: "é uma organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado, organização, portanto, que, concreta como é, exige um complexo de elementos ou meios em que a mesma radica e a tornam reconhecível", *Direito das Coisas*, Coimbra, Centelha Promoção do livro, SARL, 1977, p. 196, em nota.

<sup>31</sup> Cfr. Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade, As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 303 e 306. Empresa em sentido objectivo, diz este autor, "é a unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade de produção para a troca".

<sup>32</sup> Apesar de admitir que, mesmo na legislação laboral, empresa e estabelecimento surgem com uma significação equívoca, Coutinho de Abreu diz que é possível descortinar um conceito de empresa para efeitos laborais, "um conceito unitário de empresa laboral", a definir do seguinte modo: "organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente continuado de uma actividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e colectivamente, ao regime do direito do trabalho", ob. cit., p. 299. Adere, em tese geral, a esta noção, M. Palma Ramalho, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Almedina, Coimbra, p. 359.

Não faltam autores que recusam a possibilidade de um conceito geral e específico de empresa para o Direito do Trabalho, isto é, que "valha independentemente da questão concreta para a resolução da qual foi concebido". Sobre esta posição, cfr. Júlio Gomes, "A Jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa,

empresa ou de parte de empresa para efeitos do regime consagrado no arts. 318.º a 312.º do CT, ou seja a noção de empresa para efeitos de transmissão da posição jurídica do empregador.

Trata-se de um conceito necessário, pois, é à volta dele que gira todo o regime ora em apreciação.

O n.º 4 do art. 318.º do CT dá-nos uma noção de "unidade económica". Diz ele: "Considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade, principal ou acessória"<sup>33</sup>. Verdadeiramente, empresa ou estabelecimento ou parte de empresa ou de estabelecimento para os efeitos do n.º 1 do art. 318.º vale o mesmo. Se bem que a noção de unidade económica seja entre nós reportada à noção de parte de empresa ou de estabelecimento, ela vale igualmente para aferir da existência de uma empresa ou estabelecimento na sua totalidade. A directiva comunitária, aliás, refere a noção de entidade económica tanto à transferência da empresa ou estabelecimento na sua totalidade como à transferência de uma das suas partes.

---

estabelecimento ou prute de estabelecimento) - inflexão ou continuidade?", *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. I, IDT, FDUL, Almedina, 2001, pp. 484 e ss.

Na juslaborística nacional, com inteira razão, fazem-se ouvir vozes alertando para que não se faça uma importação mecânica da noção de estabelecimento perfilhada no direito comercial. Nas palavras de Liberal Fernandes, "perspectiva-se (...) uma evolução no direito nacional no sentido do reforço da afirmação de um conceito de empresa específico do direito do trabalho - basicamente entendido como simples organização duradoura de actividades assalariadas - e, portanto, de certa forma independente da noção de estabelecimento de raiz comercialista, o que contribuirá para limitar a força expansiva que esta última concepção tem beneficiado entre nós, designadamente a propósito da interpretação do art. 37.º do DL n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969 (LCT)", "Harmonização Social no Direito Comunitário: A Directiva n.º 77/187 /CEE Relativa à Transferência dos Trabalhadores de Empresa. Suas Implicações no Direito Português", *AB VNO OMNES - 75 anos de Coimbra Editora*, Coimbra Editora, pp. 1448-1348.

A advertência de Júlio Gomes, de que "...uma das tentações mais perigosas é a de transpor para o domínio juslaboral o conceito de empresa desenvolvido em sede comercial" (cit., pp. 484-485), tem todo o sentido.

<sup>33</sup> Esta noção corresponde àquela que vem consagrada na al. b) do art. 1.º da directiva de 2001, cujo teor é o seguinte: "...é considerada transferência, na acepção da presente directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória".

Como o regime consagrado nos arts. 318.º a 321.º do CT corresponde, como já referimos, à transposição do direito comunitário pertinente, é da maior importância, se não mesmo indispensável, conhecer as imposições que dele derivam para os direitos nacionais, principalmente no que respeita à questão da noção de empresa ou de parte desta.

Convém começar por esclarecer que a Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro, não deu qualquer definição de empresa ou de parte de empresa, nem adiantou critérios para a respectiva identificação e que os critérios de identificação de transferência de empresa para efeitos desta directiva pertenceram primordialmente à jurisprudência do TCE.

A propósito destes critérios, parece-nos conveniente tecer duas observações preliminares. Em primeiro lugar, para chamar a atenção para o seu grande relativismo: eles atendem a circunstâncias singulares e à combinação destas circunstâncias na situação concreta. Portanto, não se optou por um qualquer critério de pendor puramente abstratizante, aplicável uniformemente a todos os casos. Em segundo, é bom ter em conta que os critérios singularmente considerados não têm sempre o mesmo peso; eles mudam em função da actividade exercida ou até dos métodos de gestão ou de produção utilizados na empresa. Como já declarou o TCE, a identificação de uma transferência impõe que se tenha em "consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação"<sup>34</sup>.

Por outro lado, embora tanto as directivas comunitárias como o CT estejam a regular a "transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimento" não nos dão directamente uma noção destes conceitos. A directiva comunitária apenas se reporta à noção de "entidade económica" e o n.º 4 do art. 318.º, paralelamente, à noção de "unidade económica".

---

<sup>34</sup> Entre outros, Ac. do TJCE de 20 de Novembro de 2003, Proc. n.º C-340/01 (C. Abler e outros), *CJ*, 2003-11 (B), p. 14 034. A propósito do método do "feixe de indícios", talvez seja de destacar o Ac. Spijkers, de 16 de Março de 1986, Proc. n.º C-24/85. Este acórdão convidava os juízes nacionais a tomar em consideração "... o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram nomeadamente o tipo de empresa ou estabelecimento de que se trata, a transferência ou não de elementos corpóreos..., o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, a tomada ou não do essencial dos efectivos pelo novo chefe da empresa, a transferência ou não da clientela...", *Rec.*, 1986-3, p. 1128, ponto 12.

Entre nós, para uma análise dos critérios seguidos pelo TJCE, por todos, Júlio Gomes, "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias...", *cit.*, pp. 95 e ss., e, do mesmo autor, "A jurisprudência recente...", *cit.*, pp. 489-516.

Ter-se-á procurado fugir à conhecida dificuldade em definir empresa ou estabelecimento<sup>35</sup>? É de crer que sim, mas é bom não esquecer que os conceitos preferidos são também eles imprecisos e equívocos<sup>36</sup>.

Por exemplo, a figura da unidade económica e social foi usada em França pela jurisprudência para combater a fraude cometida por certos empregadores que, recorrendo a esquemas do direito das sociedades, pretendiam fugir às regras laborais sobre a representação dos trabalhadores na empresa. E foi posteriormente usada para traçar o quadro mais adequado da representação do pessoal em sociedades que, embora juridicamente distintas, formavam entre si um conjunto económico único<sup>37</sup>.

Embora esta figura, aliás, sem uso entre nós, tenha o mérito de impedir os abusos possibilitados por habilidosas montagens de "engenharia jurídica" e contribuir para desvelar a verdadeira fisionomia da empresa, pois, como diz B. Teyssié, "em nome duma visão mais justa da realidade da empresa, é imposta uma percepção indiferente aos 'arabescos' jurídicos autorizados nomeadamente pelo direito das sociedades"<sup>38</sup>, não é seguramente com este sentido que a noção de unidade económica está consagrada no n.º 4 do art. 318.º do CT<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> A noção económica mais corrente de empresa, a de que ela é "uma organização de meios com vista à produção de bens ou serviços determinados", não se tem revelado adequada às diversas aplicações que o direito faz do termo empresa. O direito emprega o termo empresa em múltiplos sentidos, de acordo com a norma que o utiliza, de tal modo que de alguma forma é já clássica a afirmação de que não se pode ou é difícil construir uma noção de empresa. Assim, por exemplo, para Supiot, trata-se de "uma noção cuja unidade e mesmo a consistência jurídica, são problemáticas", cfr. "Déréglementation des relations de travail et autoreglementation de l'entreprise", *Droit Social*, 1989, p. 195 e, especialmente, p. 199.

<sup>36</sup> Pelo menos em termos filosóficos, o termo entidade, usado na directiva comunitária, entre outros significados, sugere "o ser da coisa" (Descartes) e tanto representa "a essência de um género" como uma «abstracção personificada" (Comte); já o vocábulo unidade tanto se refere ao "carácter do que é uno, do que forma um todo orgânico", como ao "elemento de um todo", como à "base de um sistema de medida", cfr. A. Cuviller, *Vocabulário de Filosofia*, Livros Horizonte, 4.ª ed., pp. 70 e 180.

<sup>37</sup> Ou, nas palavras da *Cour de Cassation*, de empresas que "...em razão da sua compenetração, da confusão das suas actividades e da sua comunidades de interesses e de direcção", formavam «um conjunto económico único em que o efectivo de trabalhadores devia ser perspectivado globalmente a propósito da designação dos delegados sindicais», Acórdão de 19 de Dezembro de 1972, cit. por Guillaume Blanc-Jouvan, "L'unité économique et social et la notion d'entreprise", *Droit Social*, n.º 1, Janv. 2005, p. 70.

<sup>38</sup> *Les relations collectives de travail*, Litec, 3.ª ed., 2002, n.º 89.

<sup>39</sup> Diferente é discutir se a noção de unidade económica e social perfilhada pela jurisprudência e doutrina galesas pode servir de base à noção de empresa ou ser mesmo uma espécie de "incarnação" da empresa

A noção de "entidade económica", que obteve pela primeira vez acolhimento na Directiva n.º 98/50/CE, e que o legislador português resolveu substituir pelo de "unidade económica"<sup>40</sup>, foi fruto da actividade jurisprudencial do Tribunal das Comunidades.

A este propósito, parece-nos razoável destacar o Acórdão Suzen<sup>41</sup>, geralmente considerado como uma sentença marcante na questão que nos ocupa, nomeadamente por ter consolidado os critérios idóneos a delimitar a noção de transferência para efeitos da directiva de 1977.

Na ausência de noção legal, este acórdão veio declarar que há transferência quando o objecto transmitido seja uma entidade económica estável, autónoma e adequadamente estruturada<sup>42</sup>; acrescentava ainda que, para efeitos da directiva, decisivo é que a entidade transmitida mantenha a sua identidade própria, visível no exercício da actividade prosseguida ou retomada<sup>43</sup>.

O mesmo acórdão excluía do conceito de transferência dois tipos de operação: (a) os casos onde não se verificavam simultaneamente uma cessão de um número significativo de elementos patrimoniais (materiais ou imateriais) e da competência que o pessoal já antes desenvolvia na execução do contrato de trabalho<sup>44</sup> e (b) os casos em que há apenas a transferência de uma simples actividade económica, desacompanhada de uma entidade económica que mantenha uma autonomia própria. Pretendeu-se vincar que entidade económica e actividade económica são realidades diferentes<sup>45</sup>.

### 3.2. Breve análise da noção de unidade económica

Na linha do Ac. Suzen, o art. 1.º, al. b), as directivas de 1998 e 2001 vieram consagrar que há transmissão de empresa ou de estabelecimento (ou das suas partes) caso se verifique "a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como

---

em direito do trabalho. Sobre esta problemática, cfr. G. Blanc-Jouvan, "L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise", cit., principalmente pp. 74 e ss.

<sup>40</sup> Porventura por ter entendido que o termo "unidade económica" está mais conforme com a nossa tradição jurídica. Neste sentido, cfr. Joana Vasconcelos, Anotação ao art. 318.º do *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 4.ª ed., 2005, p. 545.

<sup>41</sup> Suzen c. Zehacker (Proc. 13/95), Ac. de 11 de Março de 1997, CJ, Parte I, 1997-3, pp. 1259 e ss.

<sup>42</sup> Ponto 13.

<sup>43</sup> Ponto 10.

<sup>44</sup> Ponto 18 e 21.

<sup>45</sup> Ponto 15.

um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória".

O critério decisivo é, pois, o da preservação da identidade económica transmitida. De acordo com a noção acolhida, para verificar se há transmissão, o primeiro passo é indagar se o objecto transmitido constitui uma unidade económica estável, autónoma e adequadamente estruturada, e o segundo é aferir se tal unidade económica mantém a sua identidade própria, o que deve ser visível no exercício da actividade prosseguida ou retomada.

Em primeiro lugar, é necessário averiguar se existe uma unidade económica susceptível de transferência. Digamos que, à semelhança da pessoa humana, é preciso que tal entidade seja "um ser vivente". Isto implica uma estreita conexão entre dois aspectos: entre a transmissão de um complexo de bens e relações jurídicas e o exercício actual (ou próximo) da empresa. Portanto, a transferência de um estabelecimento que já não esteja em actividade, ainda que seja constituído por um complexo de bens potencialmente capaz para o exercício da empresa, parece não constituir transferência de estabelecimento para efeitos da directiva.

Deste modo, se toma claro que a venda de uma casa particular onde trabalha uma empregada doméstica não implica a transmissão do respectivo contrato de trabalho para o adquirente, porque, pura e simplesmente, não estamos perante uma unidade económica. Por mo ti vos diferentes, também a "morte económica" de uma empresa acarreta a insusceptibilidade da sua transmissão. Apenas o que existe pode ser transferido.

Nem o preceito da directiva comunitária nem o português aludem à necessidade de estabilidade da unidade económica. Com alguns autores, parece-nos, todavia que a entidade económica pressuposta na directiva alguma estabilidade deve ter, isto é, ela deve ser apta para funcionar durante um certo tempo. "Esta exigência - observa Cesaro - resulta mais do objecto da directiva do que do seu texto. Assegurar a perenidade do emprego supõe que a entidade económica que lhe serve de suporte seja durável. São os contratos que são transferidos e não o encargo dos despedimentos"<sup>46</sup>.

De acordo com este requisito, não haverá hipótese de verdadeira transferência quando a unidade económica exista para realizar apenas uma determinada obra passageira, finda a qual se dissolverá.

Requisito verdadeiramente crucial é o da autonomia, particularmente quando o objecto da transferência é apenas uma parte da empresa ou estabelecimento.

---

<sup>46</sup> "La notion de transfert d'entreprise", *Droit Social*, n.º 7/8 Juillet-AoG.t 2005, p. 720.

Concorrendo todas as partes de uma empresa para o funcionamento e para os fins tidos em vista pela empresa como um todo, poderíamos ser levados a crer que nenhuma das suas partes tem, por si só, verdadeira autonomia, uma vez que não têm finalidades próprias. Elas apenas contribuem para os fins prosseguidos pela empresa de que fazem parte. São peças de uma engrenagem. Só que a questão não deve ser posta desta forma. A autonomia das partes de uma empresa ou estabelecimento deve ser perspectivada a partir do momento da sua separação da empresa. Tudo está em saber se, uma vez separadas do todo a que pertencem, elas constituem unidades económicas viáveis para prosseguirem uma actividade económica dotada de um fim próprio<sup>47</sup>. Portanto, é a aptidão do objecto a transferir para poder prosseguir uma actividade económica com um fim próprio que é determinante para efeitos de autonomia.

Questão diferente é a de saber como se deve aferir a autonomia da parte de empresa: em termos funcionais ou organizativos?

A questão tem tido algum realce no sistema francês. Nuns casos, tem-se privilegiado o aspecto endo-organizativo, ou seja, o grau de independência funcional da parte objecto de transferência em relação aos organismos da empresa a quem compete programar e dirigir. Fala-se em "autonomia de funcionamento". Noutros casos, tem-se atendido preferencialmente ao resultado produtivo, a afectação estável do pessoal a determinada actividade. Nesta óptica, segundo J. Mouly, "o elemento que parece na realidade aqui determinante é a existência de uma comunidade de trabalhadores precisamente afectados à actividade transmitida", pelo que a "autonomia exigida não é pois sempre uma autonomia de funcionamento. Afastamo-nos progressivamente da noção de empresa-organização"<sup>48</sup>.

Ao exigir que a unidade económica seja "um conjunto de meios organizados", o direito comunitário e português apelam para o conjunto estruturado dos elementos constitutivos da empresa. Esta não existe, é consabido, sem meios humanos e sem bens, sejam eles materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos. Nesta medida, poderia pensar-se que a transmissão da empresa ou parte dela implica a passagem do conjunto dos elementos que a integram. Sucede que a jurisprudência comunitária tem perfilhado uma posição mais flexível quanto ao reconhecimento da existência de transferência de empresa para efeitos laborais. Nesta linha, várias e importantes sentenças do Tribunal das Comunidades têm feito apelo a um outro importante critério: o da natureza da actividade exercida.

<sup>47</sup> Neste sentido, por exemplo, o Ac. Suzen, de 11 de Março de 1997, CJ, Parte I, 1997-3, p. 1259.

<sup>48</sup> *Droit Social*, n.º 12, Déc. 2003, p. 1131.

De acordo com este critério, já foi considerado transferência de empresa, a transferência de um conjunto de relações de trabalho ligadas funcionalmente à realização de um fim produtivo. Em certos sectores, como o dos serviços, em que o factor trabalho ocupa um papel especialmente valioso, aceita-se que "um conjunto organizado de trabalhadores que são especial e duradouramente afectos a uma tarefa comum pode, na ausência de outros factores de produção, corresponder a uma entidade económica"<sup>49</sup>. E, deste modo, começa a falar-se na tese da "empresa desmaterializada"<sup>50</sup>, e a doutrina e jurisprudência dos Estados-membros a privilegiarem nuns casos a dimensão materializada e noutros a dimensão desmaterializada de empresa.

As dificuldades quanto à noção de entidade ou unidade económica verificam-se especialmente na transmissão parcial de empresa ou estabelecimento.

É certo que a noção de unidade económica tanto delimita a noção de empresa ou de estabelecimento como de parte de empresa ou de parte de estabelecimento. Mas é naturalmente mais fácil identificar a unidade económica em relação à transferência de uma empresa por inteiro do que à transferência de uma das suas partes. Esta operação suscita mesmo algumas especificidades. Atente-se nas questões seguintes: Poderão o alienante e o adquirente acordar, discricionariamente, na delimitação do que seja parte de empresa? Ou esta deve constituir já uma realidade autónoma objectivamente identificável no momento da transmissão?

Esta questão pode ser elucidada com a recente evolução legislativa em Itália, onde, quer perante a lei de 2001, quer perante a lei de 2003<sup>51</sup>, por parte de empresa se entende "uma articulação funcionalmente autónoma". Porém, ao abrigo da lei de 2001, entendia-se que a "articulação funcionalmente autónoma" deveria existir ou ser visível antes da transmissão e conservar depois dela a sua própria identidade. Tratava-se de requisitos objectivos tendentes a evitar o uso fraudulento da transmissão. Já à luz da lei actual (art. 32.º), se vem sustentando que a articulação funcionalmente autónoma pode ser identificada, melhor dizendo, construída pelo cedente e o cessionário no momento da transferência. Ou seja, defende-se que a identificação seja feita com base em critérios subjectivos ou voluntaristas. A

<sup>49</sup> Como se escreve no Ac. *Herández Vidal SA*, de 10-12-98, *CJ*, 1998, Parte I-12, p. 8231.

<sup>50</sup> Cfr. U Carabelli I B. Veneziani, "li trasferimento di azienda in Itália", in *AAVV, La trasmissione de empresas en Europa*, Bari, 1999, p. 109.

<sup>51</sup> O d. lgs. n.º 18 de 2001 transpôs para o direito italiano a Directiva n.º 98/50/CE do Conselho, de 29 de Junho, e o d. lgs. n.º 276 de 2003 transpôs a Directiva n.º 2001/23/CE.

delimitação da parte da empresa objecto de transferência passaria a depender da vontade discricionária do cedente e do cessionário.

Temos reservas quanto à conformidade deste entendimento com o direito comunitário. A directiva comunitária, ao exigir uma identidade própria ao objecto transmitido, parece estar a pressupor que tal identidade deve existir objectivamente.

A transferência de parte da empresa é, por outro lado, uma operação que se presta a ser utilizada, fraudulentamente, para "expulsar do processo produtivo determinados grupos de trabalhadores", quando a realidade subjacente o que pode requerer são medidas de outro tipo, como, por exemplo, a aplicação do regime do despedimento colectivo. Os operadores jurídicos devem, pois, estar aqui particularmente atentos.

Do exposto resulta que a noção de unidade económica não é simples nem segura. Estamos perante uma noção fluida, de "geometria variável". Por vezes faz apelo a critérios que parecem confundir requisitos e consequências da transferência: estamos a pensar nos casos em que um conjunto de trabalhadores coligados a um determinado fim produtivo é considerado uma unidade económica. Para que haja transferência de empresa exige-se uma passagem significativa dos efectivos da empresa, quando o que se discute é saber se houve transmissão de empresa para efeitos de transferência de contratos de trabalho. Na medida em que estes transitam porque e só porque se verifica uma transmissão de empresa, a mudança de empregador deveria ser considerada um efeito jurídico e não, como parece suceder nalguns casos, ser vista como um pressuposto da transmissão de empresa. De alguma maneira, a qualificação da operação como transferência de empresa dependerá do comportamento das partes, mormente do cedente. Pese embora a lógica jurídica deste argumento, o problema, atendendo aos interesses laborais em jogo, é saber se nalgumas actividades onde prepondera o factor "mão-de-obra", onde conta mais a específica organização do factor trabalho, não terá sentido considerar, para efeitos da directiva, empresa ou parte dela certas unidades económicas laborais funcionalmente bem definidas e aptas a constituir um valor autónomo. Se, no fundo, não terá sentido que o factor trabalho deixe de ser apenas um dos factores constitutivos da empresa, para passar a ser visto, em certas circunstâncias, não só um factor importante como uma empresa em si. O Tribunal das Comunidades tem entendido que sim<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Para Júlio Gomes esta atitude do TJCE parece "mais realista, e as razões por ele avançadas são convincentes, cfr. "A jurisprudência recente do Tribunal...", cit., pp. 484 e ss.

O problema é saber se, apesar da incerteza provocada por soluções casuísticas, este método não apresenta ainda assim vantagens em relação a uma qualquer definição rígida da noção de empresa e sobretudo de parte de empresa.

Vale a pena reparar que nos seus traços mais marcantes a noção de unidade ou entidade económica apresenta uma flagrante similitude com a noção de empresa adiantada por Orlando de Carvalho e Coutinho de Abreu.

Seja com for, o objectivo da directiva e a interpretação teleológica que dela é feita pelo TJCE devem estar presentes na mente dos operadores jurídicos. Como salienta Júlio Gomes: "...a noção de entidade económica desenvolvida neste contexto pelo Tribunal de Justiça tem em devida conta o escopo protector da directiva e evita um excessivo formalismo e enfeudamento às noções comercialistas"<sup>53</sup>. E como bem precisa L. Fernandes: "...o conceito de empresa constante na Directiva deve ser interpretado de forma a ter em conta as preocupações de ordem social que lhe estão subjacentes..."<sup>54</sup>.

### 3.3. Relevância ou irrelevância do consentimento do trabalhador na transmissão?

Terá esta questão sentido? A dúvida é legítima na medida em que, existindo, como vimos, uma transferência automática do contrato de trabalho para o adquirente da empresa - uma transferência de "pleno direito - o contrato continua, pelo menos tendencialmente, prosseguindo nos mesmos termos e o *status* do trabalhador não se altera. Assim sendo, parece contraditório admitir a oposição do trabalhador, pois, à primeira vista parece que estamos a admitir a oposição do trabalhador à manutenção dos seus próprios direitos.

A questão, porém, não deve pôr-se desta forma. É sabido que a transmissão de empresas é um fenómeno que pode aumentar o risco do despedimento. Ela corresponde amiúde a uma operação de reestruturação e reorganização empresarial tanto do cedente como do cessionário. Liga-se muitas vezes a fenómenos de crise empresarial do lado do cedente ou a mudanças de estratégia do grupo onde se insere a empresa. Também será ingénuo supor que do lado do cessionário a empresa transferida não venha a sofrer alterações. Pense-se, por exemplo, nos casos de fusão e absorção de empresas. Acaso será razoável pensar que não haverá alterações das condições de trabalho? Exceptuando as modificações

<sup>53</sup> "A Jurisprudência recente...", cit., p. 485.

<sup>54</sup> "Harmonização Social no Direito Comunitário:...", cit., pp. 1333-1334.

substanciais, por que em relação a estas a lei não o permite, tenderão a operar-se alterações, maiores ou menores, nas condições de trabalho.

São conhecidos os casos em que o expediente da transferência automática do contrato de trabalho é fraudulentamente usado contra a estabilidade no emprego ou para permitir a fuga aos encargos ligados à cessação do contrato. É o caso, por exemplo, em que a transferência parcial da empresa visa abrir caminho para um futuro despedimento colectivo programado entre o cedente e o cessionário, porventura numa altura em que os trabalhadores já não possam satisfazer os seus créditos laborais por insuficiência patrimonial da empresa.

A questão tem, pois, todo o sentido. Mais na transferência parcial, onde a possibilidade de manutenção do contrato de trabalho com o cedente ainda se afigura possível, mas não está totalmente excluída na transmissão total da empresa.

Tem, por isso, inteira razão Júlio Gomes quando observa: "Este direito do trabalhador de se exprimir quanto à conveniência da continuação da sua relação laboral é tanto mais importante quanto se assiste a uma genuína deturpação do sentido da norma que estabelece a transmissão automática dos contratos de trabalho... de norma protectora dos trabalhadores... tal norma tem-se convertido frequentemente em fácil expediente para contornar a tutela dos postos de trabalho, permitindo iludir por exemplo a obrigação de pagar uma compensação por um despedimento colectivo ou por uma extinção de postos de trabalho por razões tecnológicas, conjunturais ou estruturais"<sup>55</sup>. Interesses e valores dignos de protecção ligados ao consentimento do trabalhador existem, mas isto não é suficiente para afirmar, desde logo, um vero direito de oposição; é necessário averiguar se o direito os acolhe.

Em vários ordenamentos, a começar pelo comunitário, tem sido uma questão com alguma relevância. Vamos, pois, considerar aqui, ainda que não desenvolvidamente, a posição assumida pelo direito comunitário e português a propósito do direito de oposição, também chamado direito de recusar as consequências jurídicas da transferência, dando ainda uma breve notícia do que se passa nalguns ordenamentos nacionais dos Estados pertencentes à União Europeia.

### 3.3.1. Direito comunitário

A directiva vigente não consagra expressamente nenhum direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato de trabalho.

<sup>55</sup> "Jurisprudência recente...", cit., p. 517.

A transmissão automática do contrato de trabalho, prevista no n.º 1 do art. 3.º da directiva - efeito, como já salientámos, independente da vontade do cedente e do cessionário - parece até apontar para a negação de tal direito. Parece tratar-se de um regime imposto, imperativa e automaticamente, também ao trabalhador.

Todavia, não tem sido este o entendimento do TJCE. Já há alguns anos atrás, ainda na vigência da directiva de 1977, cujo regime era idêntico ao actual, o tribunal afirmou a partir de certo momento<sup>56</sup>, sem hesitações, o direito de oposição do trabalhador. Afirmou-o, antes de 2001, nos Acs. Katsikas<sup>57</sup>, Skreb e Schroll<sup>58</sup>, Europièces<sup>59</sup> e Merda e Neuhuys<sup>60</sup> e, depois desta data, no Ac. Temco de 24 de Janeiro de 2002<sup>61</sup>.

Declarou no Ac. Katsikas, que o "disposto no art. 3.º, n.º 1, da Directiva n.º 77/187, relativa à aproximação das legislações entre os Estados-membros quanto à salvaguarda dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresa, deve ser interpretado no sentido de que isso não obsta a que um trabalhador ocupado pelo cedente na data da transferência da empresa, no sentido do art. 1.º, n.º 1, da directiva, se oponha à transferência para o cessionário do seu contrato ou da sua relação de trabalho". Portanto, a jurisprudência comunitária veio apenas esclarecer que o regime do direito comunitário não se opõe a possibilidade de existência de um direito de oposição, mas não forjou um regime para o exercício deste direito. Quanto a este aspecto limitou-se a remeter para o direito dos Estados-membros. Por isso se escreveu no mesmo acórdão: "Todavia, a directiva não obriga os Estados membros a estabelecerem que, no caso de o trabalhador decidir livremente não prosseguir o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, o contrato ou relação de trabalho seja mantida com o cedente; mas também não se opõe; em tal caso cabe aos Estados-membros estabelecer a disciplina reservada ao contrato ou relação de trabalho com o cedente"<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Inicialmente o TJCE terá negado o direito de oposição, como sucedeu no Ac. Berg, de 5 de Maio de 1985. Para maiores desenvolvimentos, Y. Viala, "Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand", *Droit Social*, Fév. 2005, p. 208.

<sup>57</sup> Ac. do TJCE, de 16-12-92 (Proc. n.º C-132/91), CJ, 1992, I, p. 6577.

<sup>58</sup> Ac. Skreb, de 16-12-92, e Ac. Schroll da mesma data (Procs. n.º C-138/91 e n.º C-139/91), Rec., p. 6577.

<sup>59</sup> Ac. de 12-11-91, Proc. n.º C-399/96, Europieces SA, CJ, 1998, p. 1-6965.

<sup>60</sup> Ac. de 7-3-96, Procs. n.º C-171/94 e n.º C-172/94, CJ, 1996, p. 1-1253.

<sup>61</sup> CJ, 2002, pp. 1-969 e s.

<sup>62</sup> No mesmo sentido, diz-se no Ac. Dethier Équipement que "os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou a relação de trabalho deve ser considerada como rescindido, quer

Nenhuma dúvida de que é aos Estados que cabe prever nos seus ordenamentos internos o exercício do direito de oposição, mas ele não poderá, ao abrigo da liberdade concedida, obrigar os trabalhadores a acompanharem a empresa transferida<sup>63</sup>. Do direito comunitário resulta já um princípio de solução: os Estados-membros devem reconhecer um direito de oposição. As razões invocadas pelo TJCE para permitir a oposição do trabalhador à transferência do seu contrato não se fundam num qualquer valor, mas em valores de escalão superior, verdadeiramente estruturantes, situados no domínio da inderrogabilidade pelo direito dos Estados-membros: a liberdade de escolha de profissão e de empregador, a liberdade de contratação, em suma, a suprema garantia da liberdade pessoal. Garantia esta que, aliás, faz parte do ordenamento interno dos Estados-membros, e a que é reconhecida, em muitos países, incluindo o nosso, dignidade de direito fundamental. É também um direito com reconhecimento expresso em praticamente todos os importantes instrumentos de direito internacional com incidência laboral, desde logo, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cuja relevância para o TJCE se faz sentir, naturalmente, com especial acuidade<sup>64</sup>.

Portanto, os Estados-membros devem reconhecer o direito de oposição e regular o seu exercício nos respectivos ordenamentos internos. Têm liberdade para regular as suas modalidades e efeitos, mas não para recusar o direito.

### 3.3.2. Notas de direito comparado

Em Itália<sup>65</sup> a doutrina divide-se. Contra o reconhecimento do direito de oposição pronuncia-se, por exemplo, G. Passarelli, segundo o qual, "a legislação italiana não reconheceu

---

por iniciativa do trabalhador, quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que o contrato ou a relação se mantenha com o cedente", (Proc. n.º C-399/96, *Europieces SA*), cit., p. 6990, ponto 39.

<sup>63</sup> Em sentido contrário, G. Passarelli, para quem "os Estados podem prever, mas não são obrigados a regular, o direito de oposição do trabalhador à transferência", cit., p. 551.

<sup>64</sup> O art. 15.º desta Carta diz o seguinte: "Toda a pessoa tem o direito... de exercer uma profissão livremente escolhida".

<sup>65</sup> A questão põe-se em face do art. 2112.º do C. Civil italiano. No entanto, em muitas controvérsias os trabalhadores pugnam pela aplicação do art. 1406.º do mesmo diploma, norma que condiciona a cessão do contrato à aceitação do devedor.

ao trabalhador transferido um direito de oposição, ou seja um direito a não se transferir para o cessionário e, conseqüentemente, não reconhece relevância à concordância do trabalhador"<sup>66</sup>.

Ao trabalhador descontente com a transferência resta-lhe a faculdade de resolver o contrato com justa causa, mas só no caso de ela acarretar uma modificação substancial das condições de trabalho. Como veremos mais adiante, parece-nos que esta faculdade não deve ser equiparada ao direito de oposição.

A favor da consagração do direito de oposição argumenta-se que o trabalho não pode ser hoje concebido como uma mercadoria, e que permitir a recusa da transferência do contrato ao trabalhador corresponde, nas palavras de Scarpelli, a "um elementar princípio da civilização típico da consideração jurídica do trabalho na época moderna, acolhido entre os princípios de direito internacional: o princípio segundo o qual o trabalho não é uma mercadoria"<sup>67</sup>.

Na Alemanha, o art. 613.º do BGB, após a alteração de 2002, reconhece a faculdade de oposição, a exercer de forma escrita ao cedente ou ao cessionário, num determinado prazo. A norma nada diz, porém, sobre as conseqüências da oposição. Contudo, a doutrina salienta que o "exercício do direito de oposição é acompanhado em direito alemão pela manutenção do contrato de trabalho com o cedente"<sup>68</sup>.

Deve, no entanto ser sublinhado que, antes da alteração legislativa referida, já o Tribunal Federal do Trabalho reconhecia, a partir da Constituição, o direito de oposição (*Widerspruchrecht*), com base na dignidade da pessoa humana (art. 1.º), no livre desenvolvimento da pessoa (art. 2.º) e na liberdade de escolha de posto de trabalho (art. 12.º) e ainda, com base no C. Civil, no carácter pessoal da prestação de trabalho (art. 613.º) e no princípio de que ninguém pode ser obrigado, contra a sua vontade, a aceitar uma mudança do próprio devedor (art. 415.º).

Os argumentos invocados são de peso. Contudo, eles não têm evitado uma forte crítica doutrinai. Diz-se que é um modelo complexo ou mesmo um "contra-modelo"<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Artigo cit., p. 552.

<sup>67</sup> "Trasferimenti d' azienda e esternalizzazioni", *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999 (2-3), pp. 491 e ss., principalmente pp. 500 e 501.

<sup>68</sup> Y. Vi ala, "Le maintien des contrats de travail...", cit., p. 209.

<sup>69</sup> Neste sentido, P. Rémy, "Quelle signification donner au droit d' opposition du salarié au transfert de son contrat de travail? Réflexion sur l e droit français à partir du droit allemand", *Droit Social*, Fév. 2004, p. 155.

No Reino Unido, a lei (Transfer of Undertakings Protection of Employment Regulations - TUPE) acolhe o direito de oposição do trabalhador junto do cedente, com o natural corolário de a posição jurídica do trabalhador não se transmitir para o cessionário. Todavia, o exercício do direito não garante ao trabalhador a continuidade da relação laboral com o cedente, nem o posterior despedimento do trabalhador que se opôs é considerado injusto. Portanto, a eficácia atribuída ao direito de oposição é diminuta.

Em França não existe norma especial sobre a matéria. A *Cour de Cassation* tem excluído o direito de o trabalhador continuar junto do cedente; Admite-se que o trabalhador se possa demitir por justa causa, discutindo-se se o deve fazer junto do cedente ou do cessionário.

Não falta, porém, na doutrina quem admita, pelo menos na transferência parcial de empresa, a possibilidade de oposição do trabalhador.

Neste sentido, diz Mazeaud que se nos situarmos "na lógica da livre escolha, é preciso... consagrar um verdadeiro direito do trabalhador à manutenção do seu contrato de trabalho por conta do empregador de origem", e que "... é necessário organizar as modalidades do exercício deste direito na relação trabalhador-cedente"<sup>70</sup>.

É certo que o autor não adere a esta "lógica da livre escolha", preferindo enfatizar que a transferência da empresa tem uma dimensão ligada ao "direito económico das trocas", mas não deixa de reconhecer que, em certos casos, "um tal 'direito de opção' é susceptível de responder à aspiração dos trabalhadores que recusam, por exemplo, uma operação de externalização ou a transferência do seu contrato para um concorrente, em caso de perda de mercado, concorrente cuja política social é mediocrementemente apreciada"<sup>71</sup>.

Em Espanha, também não há norma expressa<sup>72</sup>, mas a jurisprudência não tem admitido o direito de oposição.

### 3.3.3. Portugal

Entre nós também não há, nem tem havido, uma norma expressa sobre a questão. No entanto a jurisprudência nacional negava a existência de um direito de oposição do

---

<sup>70</sup> Antoine Mazeaud, "Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise", *Droit Social*, Juillet.-AoG.t 2005, p. 741.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 741.

<sup>72</sup> O art. 44.º do ET é norma que regula os efeitos da transferência de empresas sobre os contratos de trabalho. Mas nada diz sobre o ponto que estamos considerando.

trabalhador à transferência do seu contrato, com base tanto na directiva comunitária de 1977 como no art. 37.º da LCT.

Neste sentido, escrevia-se, por exemplo, no Ac. do STJ de 30 de Junho de 1999: "Não resulta da Directiva... , nem do rut. 37.º da LCT, que aos trabalhadores da empresa ou estabelecimento transmitidos seja facultado oporem-se à substituição da entidade patronal, continuando vinculados à cedente ou transmitente, ainda que sem ou contra a vontade deste"<sup>73</sup>.

Esta jurisprudência suscitou uma oportuna reacção doutrinai por parte de alguns autores, os quais faziam notar que ela não estava conforme com o direito comunitário nem era consentânea com princípios fundamentais arreigados na consciência ético-jurídica do nosso tempo.

Para Liberal Fernandes o não reconhecimento do direito de oposição afrontava o primado do direito comunitário, pois não atendia ao efeito das directivas, nem tinha em conta a jurisprudência do TJCE<sup>74</sup>. E para Júlio Gomes afigurava-se claro que nem seria necessário recorrer ao direito comunitário, já que o "direito de oposição deveria ser deduzido pelos nossos tribunais dos princípios gerais do nosso direito civil e laboral à semelhança do que fizeram os tribunais alemães sem necessidade de qualquer disposição legislativa expressa...". Pois, continua o autor, "Se um trabalhador tiver- como o nosso Supremo Tribunal afirma- o dever de continuar a trabalhar para uma pessoa com que não contratou, que não escolheu como sua contraparte contratual, então não é uma pessoa livre, mas um servo e esvazia-se por completo a asserção reiterada da OIT de que o trabalho não é uma mercadoria"<sup>75</sup>.

Sem dúvida que, como constatou Orlando de Carvalho, "... nos sistemas contemporâneos, a implacabilidade das formas económicas tende a produzir, não só uma reificação ou coisificação de todos os valores... , mas uma verdadeira multiplicação do número de indivíduos que funcionam, na sua vida quotidiana, como instrumento ou objecto de disposição de outros indivíduos: como meras fontes de energia à disposição de outros indivíduos", mas como o grande Mestre ensinava, "não há realismo jurídico que desatenda à consciência crítica do tempo", e esta não permite a coisificação da pessoa. Esta pode até ser

<sup>73</sup> Já anteriormente o Supremo Tribunal sustentava a mesma tese, a qual foi justamente criticada por Júlio Gomes, cfr. "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ... ", cit., pp. 166 e ss.

<sup>74</sup> "Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.0 da LCT conforme o direito comunitário", QL, 1999, n.º 14, p. 239.

<sup>75</sup> "Jurisprudência recente..." , cit., p. 519.

objecto de direitos e nessa medida "objectivada", mas, assegurava o grande humanista, "não pode ser, todavia, coisificada ou reificada, ao nível da consciência ético-jurídica moderna"<sup>76</sup>.

A posição, entre nós pioneira, de Liberal Fernandes e Júlio Gomes, ancorada em argumentos retirados do direito comunitário e do direito civil e laboral, bem como do direito internacional do trabalho e do direito constitucional<sup>77</sup>, foi convictamente seguida por alguns autores, como por exemplo, Catarina Carvalho<sup>78</sup>, e veio a obter eco na nossa magistratura superior.

Com efeito, o Ac. do STJ, de 27 de Maio de 2004, veio operar uma verdadeira reviravolta jurisprudencial nesta matéria. Vale a pena transcrevê-lo:

"Os princípios da autonomia contratual e da livre escolha de profissão justificam a possibilidade de o trabalhador se opor à transferência, sem que tal possa ser interpretado como uma declaração de rescisão unilateral do contrato, pois o trabalhador pode ter motivos para não querer mudar de empregador, designadamente se tem dúvidas quanto à solvabilidade e viabilidade da empresa, ou se não lhe merece confiança a política de pessoal ou a organização do trabalho que o cessionário adapta, constituindo a oposição um meio que lhe permite controlar a própria conveniência da continuação da relação laboral, já que esta nem sempre é concretamente a solução que lhe é mais favorável" (ponto IX do sumário do acórdão).

E sobre outro aspecto importante, o do momento em que o direito de oposição pode ser exercido, declarou: "Esta oposição à transferência dos contratos de trabalho para o cessionário deverá ser manifestada antes de o acordo de transferência do estabelecimento produzir os seus efeitos em relação aos trabalhadores" (ponto X do sumário do acórdão).

A posição acabada de descrever, apesar de estribada em argumentos decisivos, não é aceite por um sector importante da doutrina portuguesa.

Tal como no passado e com raízes nele, há uma corrente doutrinal que continua actualmente a recusar a oposição do trabalhador à transferência do seu contrato. Invoca neste

---

<sup>76</sup> *Direito das Coisas*, cit., pp. 101-103.

<sup>77</sup> Liberal Fernandes insistia em que o direito à escolha livre da entidade patronal era um corolário da liberdade de trabalho e do princípio da interdição do trabalho obrigatório, "A transmissão do estabelecimento...", cit., p. 233.

<sup>78</sup> Cfr. "Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho", *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 471 e ss.

sentido o direito comunitário, o mecanismo da resolução ou da denúncia e a incompatibilidade entre o direito de oposição e os interesses em jogo na transferência de empresa.

Continua a entender-se que do direito comunitário não resulta nenhuma faculdade de oposição do trabalhador à transferência do seu contrato de trabalho. Neste sentido, em artigo recente<sup>79</sup>, diz Joana Vasconcelos que das directivas comunitárias, principalmente do art. 3.º, n.º 1, da Directiva n.º 2001/23/CE, bem como do Ac. Katsikas, não resulta nenhum direito de oposição à transmissão do contrato.

Quanto a este aspecto as dúvidas parecem-nos pouco razoáveis. Pode discordar-se e criticar-se o regime comunitário, mas dificilmente se pode dizer que o direito comunitário, tal como tem sido interpretado pelo TJCE, não reconhece o chamado direito de oposição. Exceptuando uma vez, ao que julgo a primeira, sempre que foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão, o TJCE sustentou que o direito comunitário pertinente não deveria ser interpretado no sentido de obrigar o trabalhador a seguir a empresa transferida, isto é, reconheceu o direito de oposição do trabalhador. É, aliás, a própria autora que tem como certo que, no Ac. Katsikas, "... o TJCE afirmou que o disposto no art. 3.º, n.º 1, da directiva deveria ser interpretado no sentido de não obstar a que um trabalhador «empregado pelo cedente à data da transferência da empresa (...) se oponha à transferência do seu contrato ou da relação laboral para o cessionário»"<sup>80</sup>.

Quando foi adaptada a directiva em 2001, este já era o entendimento consolidado do TJCE. Se a directiva actual quisesse mudar a orientação jurisprudencial seguida em face das directivas anteriores, tê-lo-ia, com certeza, feito.

Continua, por isso, a ter inteira pertinência a conclusão, sustentada por Liberal Fernandes, de que o direito de oposição é "um direito subjectivo com origem no direito comunitário, razão pela qual os Estados-membros não gozam de qualquer discricionariedade quanto ao seu reconhecimento na ordem jurídica interna"<sup>81</sup>.

Os autores que negam o direito de oposição avançam sempre com o argumento de que o trabalhador, caso não queira seguir a empresa transferida, pode cessar unilateralmente o contrato de trabalho, não sendo assim obrigado a mantê-lo com o cessionário. Ou então

<sup>79</sup> "A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho", *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, Maio-Agosto de 2005, pp. 86 e ss.

<sup>80</sup> "A transmissão da empresa..." , cit., p. 90 .

<sup>81</sup> "Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário", *QL*, 1999, (Ano VI), p. 230. Já antes este autor defendia o mesmo, cfr. "Harmonização social no Direito Comunitário..." , cit., p. 1339.

tentam compensar a pretensa inexistência do direito de oposição com a possibilidade de desvinculação, imediata ou diferida, por parte do trabalhador, ou confundem mesmo os dois direitos, colocando-os no mesmo plano.

Tomemos como exemplo da primeira variante a posição de Joana Vasconcelos. Argumentando que do direito comunitário não deriva nenhuma obrigação no sentido de que o contrato de trabalho deve manter-se entre o trabalhador e o cedente em caso de oposição do primeiro à transferência do seu contrato - o que é verdade-, a autora apenas retira do Ac. Katsikas a simples reafirmação do princípio geral da liberdade de trabalho, o qual, nas suas palavras, "... consiste precisamente em o trabalhador não poder ser obrigado a trabalhar para quem não queira"<sup>82</sup>. Só que, a protecção do trabalhador na transferência de empresa, ou melhor, a garantia da liberdade de trabalho na transferência de empresa, realizar-se-ia através do mecanismo da desvinculação unilateral do trabalhador, com ou sem aviso prévio, conforme os casos. "Trata-se, contudo - esclarece a autora -, de um mecanismo de tutela que radica em princípios gerais de Direito do Trabalho e que intervém de modo meramente pontual e subsidiário para evitar eventuais inconvenientes de um modelo de protecção centrado na continuidade dos vínculos laborais"<sup>83</sup>. Portanto, cá temos nós a recondução da tutela da liberdade de trabalho exclusivamente à figura da cessação unilateral do contrato pelo trabalhador e conseqüentemente a defesa da desnecessidade de um direito de oposição por parte do trabalhador. No fundo a ideia é esta: para quê um direito de oposição se a tutela da liberdade de trabalho pode ser garantida nos termos gerais pela figura da resolução ou da denúncia do contrato de trabalho.

A segunda variante referida exprime ainda melhor a confusão entre o direito de oposição e o direito de desvinculação unilateral por iniciativa do trabalhador e pode ser ilustrada pela posição de Pedro Martinez. Diz este autor: "...nada obsta a que o trabalhador se oponha à transmissão da sua posição contratual, optando pela resolução do contrato, podendo invocar justa causa, se eventualmente provar algum factor nesse sentido ... "<sup>84</sup>. Portanto, oposição do trabalhador é possível, sim, desde que seja o trabalhador a romper o contrato por sua iniciativa. Ou seja, as duas figuras tendem a confundir-se numa só, pois só há oposição desde que exercida através da desvinculação unilateral do trabalhador.

---

<sup>82</sup> "A transmissão...", cit., p. 90.

<sup>83</sup> "A transmissão...", cit., p. 91.

<sup>84</sup> *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Almedina, 2005, p. 733.

Ora, é justamente a sobreposição ou justaposição destas duas figuras que nos parece criticável. Se não erramos, há que separar bem, pelo menos em termos analíticos, três planos, pois eles correspondem a outras tantas questões jurídicas distintas, ainda que estejam interligadas.

O primeiro plano é o da existência ou não de um autónomo direito de oposição e a questão que suscita é a seguinte: pode ou não o trabalhador opor-se à transferência do seu contrato de trabalho em caso de transmissão de empresa? A esta questão já respondeu, como vimos, o TJCE, afirmativamente.

O segundo plano, consequência do reconhecimento do direito, tem a ver com as características dele e implica uma segunda questão: como se exerce o direito de oposição? Quem tem de responder aqui são as ordens jurídicas internas.

O último plano é o dos efeitos do exercício do direito e interpela sobre a sorte do contrato de trabalho entre o trabalhador e o cedente. Qual o futuro do contrato que não foi transferido?

Não há, pois, que misturar planos nem momentos. A cessação por iniciativa do trabalhador, independentemente da sua concreta modalidade, isto é, quer se traduza numa resolução (arts. 441.º e ss.), quer numa denúncia (arts. 447.º e ss.) tanto pode ser exercida antes como depois da transferência da empresa, ao passo que o direito de oposição tem necessariamente que se exercer antes da transferência<sup>85</sup>. A finalidade dos dois direitos também se não confunde: quem exerce o direito de oposição quer a manutenção do seu contrato com o cedente, enquanto quem exerce a desvinculação unilateral quer a ruptura dele. O direito de oposição possibilita, no fundo, uma escolha entre dois empregadores distintos, enquanto que a desvinculação unilateral traduz a recusa dos empregadores envolvidos. Mesmo quando a opção entre os trabalhadores envolvidos seja fictícia, o que nem sempre é o caso, os dois direitos não deixam de exteriorizar fins e motivações diferentes. Com o exercício do direito de oposição, o trabalhador só pretende evitar a mudança de empregador; não manifesta nenhuma vontade rescisória.

Deste modo, independentemente das concretas modalidades de exercício do direito de oposição nas ordens jurídicas internas, à luz do direito comunitário, que neste aspecto deve ser observado nos Estados-membros, o efeito primário e directo é sempre o mesmo: impedir a transferência do contrato de trabalho do cedente para o cessionário.

---

<sup>85</sup> Como, de resto, já foi reconhecido no Ac. do STJ, de 27 de Maio de 2004, atrás referido.

E daqui decorre logicamente que, apesar da transferência da empresa, o contrato de trabalho subsiste entre o trabalhador e o cedente. Mesmo que um qualquer ordenamento interno determine, não interessa agora se legítima ou ilegitimamente, que o exercício do direito de oposição justifica a ruptura do contrato de trabalho, nem assim se deverá ter a conclusão anterior por inválida.

Argumento, porventura mais consistente, contra a oposição do trabalhador à transferência foi entre nós avançado por Maria Ramalho. Diz esta autora: "A nosso ver, os valores em jogo no instituto da transmissão da empresa ou do estabelecimento não são compatíveis com uma oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato, que possa ter como consequência a manutenção do vínculo com o primeiro empregador, não só porque a transmissão do contrato é uma consequência do negócio transmissivo, que é independente da vontade das partes, mas também porque o regime da transmissão não acautela apenas os interesses dos trabalhadores como também os interesses de gestão do empregador"<sup>86</sup>.

O argumento é de peso, já que radica nos valores e interesses subjacentes ao negócio transmissivo em causa, e bate no ponto que, a nosso ver, mais problemas suscita ao reconhecimento do direito de oposição à transferência do contrato.

Diga-se, no entanto, que se trata de uma posição um tanto radical, na medida em que ela não discute se está ou não consagrado o direito de oposição, mas sustenta, liminarmente, a incompatibilidade de princípio entre transferência de empresa e direito de oposição do trabalhador. A incompatibilidade resultaria tanto da natureza negócio transmissivo em causa como também da necessidade de proteger os "interesses de gestão do empregador".

Estando nós, como já referimos, perante um negócio que configura uma subrogação legal, em que a transmissão do contrato opera em consequência da transferência da empresa, pode parecer à primeira vista, na verdade, que não há espaço para qualquer oposição do trabalhador a tal transmissão. Se esta é imposta imperativamente por lei, sem o concurso da vontade do cedente e do cessionário, como se poderá admitir um acto de vontade do trabalhador contra a transferência do seu contrato? Admitir a oposição do trabalhador será admitir a oposição de uma condição ao negócio transmissivo, o que contraria o carácter automático e pleno da transferência legalmente prescrita. Nesta óptica, parece que a condição iria contra a natureza da transferência automática do contrato de trabalho em causa.

Este raciocínio convence na medida em que não se pode afirmar a transferência automática do contrato e, simultaneamente, a possibilidade de se lhe opor, ou, noutras

---

<sup>86</sup> *Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, 2006, p. 677.

palavras, não se pode sustentar a mudança imediata da posição de empregador e ao mesmo tempo a possibilidade de a rejeitar.

Todavia, tal incongruência desaparece caso se entenda que a transferência automática se verifica em relação aos casos em que os trabalhadores não manifestaram oposição. Ora, como o direito de oposição se deve exercer num momento cronologicamente anterior à transferência da empresa e é neste momento que se opera a transmissão do contrato de trabalho, nenhuma contradição haverá entre a oposição do trabalhador e transferência *ope legis* do seu contrato. Eventualmente, a transferência automática apenas encontrará o seu campo de actuação mais reduzido, mas continua a produzir todos os seus efeitos. Ela apenas não opera em relação àqueles contratos em que os trabalhadores, antes da transmissão da empresa, se opuseram à transferência do contrato.

Arguir que da natureza do negócio transmissivo resulta a passagem do cedente para o cessionário de todos os elementos, corpóreos e incorpóreos, materiais ou humanos, constitutivos da unidade económica transmitida, logo do pessoal da empresa, convence pouco. É um argumento que prova de mais. Se assim fosse, se a continuação dos trabalhadores ao serviço do cessionário se tomasse imprescindível para a existência de uma transferência de empresa, então não se compreenderia o regime plasmado no art. 319.º, n.º 1, do CT. Com efeito, se é lícito que o empregador cedente, por acto unilateral, transfira trabalhadores da unidade a alienar para uma empresa sua, continuando com eles ao seu serviço, então terá concomitantemente de admitir-se que tal operação não descaracteriza a transferência da empresa ou de parte da empresa.

Se assim é, porque haveria a simples admissão de um direito de oposição à transferência do contrato de trabalho ser suficiente para descaracterizar a transferência de empresa?

Quanto à rejeição do direito de oposição com base nos fundamentos subjacentes ao regime da transferência de empresas, mais propriamente porque é necessário salvaguardar os interesses de gestão da empresa, também não nos parece de subscrever.

Não se nega que o interesse referido esteja presente no regime legal. É claro que este regime, como de há muito tem sido salientado pela nossa doutrina, também reflecte os interesses do empregador, desde logo os do empregador adquirente. Este pode ter interesse em continuar com os trabalhadores existentes na empresa, seja para aproveitar o saber-fazer deles, seja para aproveitar a equipa e a organização de trabalho já existente, seja por qualquer outra razão por ele tida por valiosa. E é razoável que ao adquirir a empresa o empregador

saiba com que trabalhadores pode contar para exercer a actividade empresarial. Há, portanto, dimensões que justificam que o regime das transferências de empresas não possa ser pensado exclusivamente para a protecção dos trabalhadores. Ele é também, como sublinha Mazeaud, um regime de "organização económica das trocas". Na verdade, é bom não esquecer, por exemplo, que o exercício do direito de oposição pode assumir uma feição colectiva, pois pode ser exercido conjunta e organizadamente por todos ou pela maioria dos trabalhadores envolvidos, e nesta medida pode fazer gorar uma transferência de empresa. Mais, como nos recorda Mazeaud, "a oposição maciça à transferência dos contratos de trabalho é susceptível de pôr em causa a própria qualificação de transferência de empresa, particularmente na actividade de serviços"<sup>87</sup>.

Portanto, nenhuma dúvida quanto à seriedade das razões invocadas contra a aceitação do direito de oposição. Mas serão elas decisivas?

Terão elas peso suficiente para anular as que militam em sentido contrário?

O regime da transferência de empresas tem a sustentá-lo fundamentos entre si contraditórios. Desde logo, entre a liberdade de iniciativa económica e de contratação e o princípio da estabilidade no emprego. Os ditames e a plena eficácia da liberdade de contratação demandariam, na maioria das vezes, a anulação da estabilidade do emprego. Todos nos recordamos daqueles casos em que o adquirente condiciona a aquisição da empresa à prévia saída dos trabalhadores nela existentes. Caso estivesse em causa unicamente a tutela da liberdade contratual, nada impediria que os intentos pretendidos fossem lícitos.

Não nos parece exagerado afirmar que, normalmente, a estabilidade no emprego e o direito de iniciativa económica, nomeadamente o direito de alienar uma empresa, estão entre si numa relação de tensão. A primeira põe um travão à total flexibilidade desejada pelo segundo. A manutenção dos contratos de trabalho a cargo do cessionário constitui um limite à

---

<sup>87</sup> Artigo cit.. p. 741. Este autor perfilha a concepção de que o direito de oposição é "falsamente um direito individual", pois para si ele tem "um alcance eminentemente colectivo". Uma coisa é o direito de oposição poder assumir uma dimensão de exercício colectivo, nomeadamente pela conjugação de vontades individuais que pode estar presente no seu exercício, outra coisa é afirmar que o direito atendendo à sua finalidade e estrutura é colectivo. Parece-nos, por isso, que a posição do autor é discutível.

Embora se trate de um direito de exercício discricionário pelo seu titular, na Alemanha já foi considerado abusivo o exercício colectivo do direito como forma de pressão para que o empregador não transferisse a empresa. Cfr. Y. Viala, "Le maintien des contrats de travail...", cit., p. 209.

liberdade de conformação do negócio transmissivo. É nesta óptica, sobretudo nesta óptica, que deve ser vista a tutela da estabilidade no emprego.

Curiosamente, na questão que estamos examinando, a estabilidade no emprego aponta, *prima facie*, para a recusa do direito de oposição. Ao contrário do que sucede normalmente, ao empregador serve agora, contra a pretensão do trabalhador, a invocação da estabilidade do contrato de trabalho.

Quanto a nós, a propósito do direito de oposição, a diversidade e conflitualidade de fundamentos, verifica-se, primordialmente, entre um direito de natureza pessoal e outro de natureza patrimonial. Por um lado, temos a liberdade de trabalho e de profissão e, por outro, o direito de gestão de uma unidade económica adquirida de acordo com um negócio jurídico realizado. Negócio este que está legalmente concebido para prescindir da liberdade de opção do trabalhador, porventura por se basear em dados fácticos, sociológica e economicamente comprovados, que revelam que a vontade e os interesses dos trabalhadores apontam para a continuação do contrato de trabalho com o adquirente. Todavia, isto não significa que o legislador tenha postergado o princípio da liberdade de escolha do empregador, o qual tem de se considerar sempre latente e pronto a saltar para a ribalta, sob pena de fazer tábua rasa de um dos princípios basilares da ordem pública social.

Havendo contradição entre os dois valores referidos, a sua resolução implica uma opção de fundo com implicações na própria concepção de direito do trabalho. Se queremos um direito do trabalho concebido como um conjunto de regras técnico-organizatórias, curvado às exigências da produtividade e do mercado, em suma, se o que deve prevalecer são os interesses do empregador-empresário, então o direito de oposição não passará de um indesejado intruso. Se queremos um direito do trabalho com valores ético-jurídicos, que, sem deixar de estar atento à organização da produção, incorpore no mundo dos negócios jurídicos princípios e valores tidos por conquistas civilizacionais da maior importância, então o direito de oposição deve ser reconhecido. O direito fundamental de escolha de profissão e de trabalho, o princípio da interdição de trabalho obrigatório, a rejeição do trabalho como "mercadoria", apontados atrás por Júlio Gomes, Liberal Fernandes e Catarina Carvalho, e aceites pela jurisprudência comunitária e portuguesa, bem como por instrumentos de direito internacional, fazem parte de um patamar axiológico tão importante que, se o direito do trabalho não lhes der prevalência, corre o risco de se negar como verdadeiro direito.

Aliás, mesmo numa concepção menos ligada à pessoa e mais ao sistema económico, a propósito da liberdade de trabalho convém ter presente que ela não materializa só uma

conquista civilizacional que se espera irreversível; ela é verdadeiramente uma das "molas" necessárias ao funcionamento da economia de mercado. Nas rigorosas palavras de Orlando de Carvalho, "a liberdade abstracta do indivíduo não é, no capitalismo um puro artifício mistificatório: é o meio técnico indispensável para a institucionalização e generalização da produção para a troca e, conseqüentemente, para a reprodução das relações de produção"<sup>88</sup>.

Com esta opção não se consagra nenhum instrumento irredutivelmente contrário "à filosofia própria do direito das transferências de empresa". Apenas se civiliza mais o negócio transmissivo, civilização que se dá aqui por via de uma adequada laboralização - dando voz a quem trabalha -, pois, afinal, ao direito do trabalho cabe garantir que o papel de trabalhador não anula a dignidade da pessoa.

De há muito que o direito alemão admite a oposição do trabalhador à transferência do seu contrato, e as transferências de empresas continuam a ter lugar nesse país. Não há que ter medo. Tal direito não pode ser visto como uma espécie de "cavalo de Tróia" no mundo das transacções de empresas. Do ponto de vista prático, é exclusivamente ao trabalhador que cabe aferir da oportunidade e eficácia do exercício do direito. E, na maioria das vezes, ele será forçado a acompanhar a empresa, sob pena de perder o emprego. O cerne da tutela do trabalhador está, normalmente, na continuação do seu vínculo, na garantia da sua estabilidade e não no direito de oposição. Porém, isto não invalida que pela via do reconhecimento deste direito se possibilite também a defesa de interesses dignos de protecção legal, desde logo de princípios e valores ligados à dignidade humana, o que no plano do direito é imprescindível que suceda.

Exactamente porque estão em causa valores eminentemente pessoais de primeira grandeza, o direito de oposição não pode ser configurado como uma ilegítima renúncia ao direito fundamental de segurança no emprego. Não vale a pena discutir se o trabalhador está ou não a renunciar a um direito fundamental, porque o que tem primazia aqui é a preponderância do exercício do direito fundamental de escolher livremente a entidade patronal. É a tutela do trabalho livre.

Uma vez admitido o direito de o trabalhador recusar que um novo empregador ocupe, contra a sua vontade, a posição do empregador que consigo contratou, põe-se o problema do seu exercício.

Como vimos, a regulamentação deste direito nas ordens jurídicas internas é uma incumbência imposta pelo direito comunitário. Na acertada opinião de Liberal Fernandes, ao

---

<sup>88</sup> *Direito das Coisas*, Coimbra, Centelha Promoção do livro, SARL, 1977, p. 105.

"legislador nacional está... vedado negar a faculdade de oposição, cabendo-lhe tão só regular os efeitos do seu exercício"<sup>89</sup>.

Não existe no direito português norma que regule expressamente esta matéria. Estamos, segundo alguns autores, perante uma lacuna jurídica. Como colmatar adequadamente esta lacuna?

Júlio Gomes, embora admita que "o reconhecimento ao trabalhador do direito de rescindir o contrato sem aviso prévio é compatível com o direito comunitário", mostra-se favorável à solução propugnada por Liberal Fernandes, ou seja, à manutenção do contrato com o cedente sempre que tal seja possível<sup>90</sup>. O mesmo sucede com Catarina Carvalho, para quem há que distinguir duas hipóteses. No caso de transmissão parcial de empresa ou estabelecimento, ou mesmo de uma transmissão total, caso o empregador continue a dispor de "um posto de trabalho passível de ser ocupado pelo trabalhador", então este deve continuar a relação contratual com o cedente; caso isto não seja possível, o contrato de trabalho deve caducar.

Os dois autores sustentam neste caso a aplicação do art. 390.º do CT. Júlio Gomes propõe a aplicação desta norma por analogia e Catarina Carvalho propõe uma aplicação restritiva da norma<sup>91</sup>.

De acordo com o que defendemos atrás, concordamos inteiramente com o ponto de partida de Catarina Carvalho: "A lacuna deverá ser integrada reconhecendo ao trabalhador o direito de manter o seu contrato de trabalho com o transmitente"<sup>92</sup>. Pois, se o efeito directo e imediato é evitar a mudança de posição do empregador, então o contrato há-de continuar seguindo como se não tivesse existido transferência de empresa.

Posteriormente, a sorte do contrato dependerá da possibilidade de o empregador poder continuar a receber a prestação de trabalho. Se pode, o vínculo deve continuar; se não pode o vínculo deve cessar. Mas cessar por que forma?

Grosso modo, e independentemente das designações que as causas de cessação assumem na lei, é sabido que a extinção do contrato de trabalho assenta ou na vontade unilateral de uma das partes ou na concordância entre elas, ou então num evento independente da vontade das partes a que a lei liga o efeito extintivo.

<sup>89</sup> "Transmissão de estabelecimento... ", cit., p. 230.

<sup>90</sup> "Jurisprudência recente... ", cit., pp. 520-521.

<sup>91</sup> "Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho", cit., p. 474.

<sup>92</sup> Obra e página cit. na nota anterior.

Na hipótese que estamos considerando, parece-nos que não tem grande sentido recorrer à vontade das partes para fundar a cessação do contrato de trabalho. Não é que a desvinculação unilateral por iniciativa do trabalhador não possa ser exercida, claro que pode. Esta poderá ser a via escolhida pelo trabalhador em face da transferência que se avizinha. Como já há muito tempo foi sustentado por Jorge Leite, "...o trabalhador poderá rescindir com justa causa o contrato se alegar (e vier a provar) interesses sérios em não continuar ao serviço do adquirente"<sup>93</sup>. Em suma, o trabalhador deterá sempre o direito de exercer a denúncia com aviso prévio ou a resolução do contrato, caso se verifiquem os requisitos desta. Mas não é disto que se trata aqui. Do que se trata é que ao exercer o direito de oposição o trabalhador manifestou a vontade de manutenção do contrato junto do cedente e não a vontade de lhe pôr termo. Dir-se-á que o trabalhador ao não acompanhar a empresa assumiu os riscos da perda do seu emprego. Ainda que assim seja, isto não significa que seja ele é o responsável pela ruptura do contrato. A causa da sua oposição - a transferência da empresa - deriva de um acto do seu empregador e nesta medida é também da responsabilidade deste<sup>94</sup>.

Descontando ilícitas simulações ou fraudes, também nos parece evidente que a resolução do contrato de trabalho não assenta na vontade do empregador. Aliás, a lei veda que a vontade do empregador seja eficaz para despedir com fundamento na transferência da empresa. O empregador transmite a empresa, mas não toma impossível a continuação do vínculo contratual. Este não prossegue por vontade do trabalhador. De pouco vale dizer que ao alienar a empresa o empregador é o responsável por criar as condições para que a execução do contrato celebrado com o trabalhador se tenha tornado impossível. A alienação da empresa não corresponde a nenhuma acto culposo da sua parte, correspondendo antes ao exercício de a uma liberdade fundamental.

Na ausência de acordo revogatório, resta-nos considerar a figura residual da caducidade.

Uma vez exercido o direito de oposição e efectuada a transferência é manifesto que ao empregador deixou de ser possível receber a prestação de trabalho. Por isso, com Júlio Gomes e Catarina Carvalho, entendemos que o contrato deve considerar-se caducado. Esta solução,

---

<sup>93</sup> *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 80.

<sup>94</sup> Certamente por atender a esta dimensão, o Ac. do STJ, de 29 de Junho de 2005, entendeu que "...o trabalhador, no caso de não pretender prosseguir a sua relação de trabalho, agora com o cessionário, poderá opor-se à transferência, rescindindo o contrato de trabalho, considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora" (ponto VII do sumário do Acórdão).

diga-se desde já, também não está isenta de dificuldades. Verificam-se, é certo, os três requisitos exigidos para que haja caducidade: o carácter superveniente, absoluto e definitivo da impossibilidade de receber a prestação. Mas a impossibilidade não resulta aqui de nenhum acto genuinamente independente da vontade das partes. A impossibilidade de execução do contrato fica a dever-se a uma causa complexa: a um acto voluntário do trabalhador que materializa o exercício de um direito e à impossibilidade do empregador em continuar a fornecer o substrato necessário à realização da prestação de trabalho, provocada também em consequência do exercício de um direito legítimo. A impossibilidade de cumprimento do contrato de trabalho é, no fundo, consequência de actos voluntários que correspondem ao exercício de direitos. Portanto, estamos longe da noção mais clássica que ligava a caducidade a eventos independentes da vontade das partes ou então a eventos a que a lei liga automaticamente efeitos extintivos. Não estamos, pois, perante eventos - oposição do trabalhador e transmissão da empresa – que por determinação legal levem imediatamente à ruptura do contrato<sup>95</sup>.

Júlio Gomes e Catarina Carvalho, ainda que por interpretações não inteiramente coincidentes, defendem, como já referimos, a aplicação do art. 390.º do CT. O primeiro, julga "...defensável a aplicação analógica do art. 6.º do DL n.º 64-A/89<sup>96</sup> porquanto embora não se verifique a morte do empregador/pessoa física ou a extinção ou dissolução da pessoa colectiva, há uma situação resultante de um facto (transmissão de empresa, estabelecimento, parte de empresa ou estabelecimento) que impossibilita o recebimento da prestação que o trabalhador continua disposto a oferecer"<sup>97</sup>. E a segunda sustenta que o art. 390.º do CT deve ser "objecto de uma interpretação restritiva, uma vez que a excepção prevista no n.º 1 deste preceito, que exclui a aplicabilidade em situações em que ocorre uma transmissão de empresa ou do estabelecimento, parte do pressuposto que os contratos de trabalho se transmitem; o

---

<sup>95</sup> Recorde-se a definição dada por Inocêncio Galvão Teles: "Caducidade é a extinção automática do contrato, como mera consequência de algum evento a que a lei atribui esse efeito. Aqui o contrato resolve-se *ipso iure*, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade, jurisdicional ou privada, tendente e extingui-lo", *Contratos civis*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83 (1959), p. 44. Para maiores desenvolvimentos sobre a caducidade do contrato de trabalho, Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços da Acção Social da U.C., Serviços de textos, Coimbra, 2004, pp. 197 e ss.

<sup>96</sup> Norma que hoje corresponde ao art. 390.º do CT.

<sup>97</sup> "A Jurisprudência recente..." , cit., p. 521.

que não sucede neste caso; portanto, onde termina a razão de ser da lei deve terminar o seu alcance<sup>98</sup>.

Estamos em crer que as soluções apresentadas, cujos resultados práticos se nos afiguram idênticos, são defensáveis e, caso fossem aceites, apresentariam alguns méritos não despreciandos. Ao aplicar o regime do art. 390.º, desde logo, se evitaria a natural incerteza derivada da criação de uma norma "dentro do espírito do sistema (art. 10.º, n.º 3, do C. Civil), aplicando-se uma norma já existente (art. 10.º, n.º 1, do mesmo diploma). Por outro lado, é uma solução que ainda se adequa à natureza do evento causador da caducidade. Neste sentido, milita o facto de quem desencadeou o processo que finalizou numa impossibilidade de receber a prestação foi o empregador cedente. E, portanto, pese embora a licitude do comportamento do empregador cedente - afinal, o único empregador do trabalhador -, se ele foi responsável pelo desaparecimento do substrato da prestação laboral, então deve arcar com as responsabilidades inerentes. E, neste sentido, poder-se-á compreender que fique sujeito ao pagamento de uma compensação ao trabalhador, nos termos do art. 390.º, n.º 5. Por último, é uma solução que promove uma certa transparência e segurança, na medida em que faz aplicar, com adaptações, o procedimento previsto para o despedimento colectivo.

Não é por acaso que no direito alemão, onde esta questão é mais debatida, se o trabalhador não pode continuar a trabalhar para o cedente, estamos perante uma causa legítima de despedimento por motivos económicos. Deve, no entanto, notar-se que o despedimento colectivo justificado, salvo nalgumas situações particulares, como nas reestruturações empresariais, não confere nenhuma indemnização aos trabalhadores despedidos<sup>99</sup>.

Apesar das vantagens referidas e da sedução que elas nos provocam, temos dúvidas se a posição destes autores é suportada pelo direito laboral vigente e, desde logo, pelo próprio art. 390.º do CT.

A dúvida central é esta: a impossibilidade em causa será análoga às que são previstas no art. 390.º?

---

<sup>98</sup> "Algumas questões sobre a empresa", cit., p. 474.

<sup>99</sup> Sobre o despedimento colectivo no direito alemão, M. Schley, "Le licenciement collectif pour motif économique en droit allemand. Conditions de validité et règles essentielles", *Droit Social*, Mai 2003, pp. 522-523, e Y. Viala, "Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand", *Droit Social*, Fév. 2005, p. 210.

Inclinamo-nos para responder negativamente. As situações de impossibilidade previstas na norma, portanto, aquelas que levam à caducidade têm como pressuposto básico o seguinte evento: o desaparecimento da empresa. Não basta a morte física ou jurídica do empregador; é ainda imprescindível a verificação do "encerramento total e definitivo da empresa. Ou, vendo as coisas de outro ângulo, sempre que haja transmissão da empresa, isto é, que ela não encerre, não há caducidade; para a norma nunca há caducidade dos contratos de trabalho sempre que a empresa continue em laboração, ainda que haja mudança de empregador. O art. 390.º reafirma a regra da transmissão automática dos contratos de trabalho prevista no art. 318.º, n.º 1, do CT. Ora, é exactamente porque, por definição, havendo transmissão a empresa não encerra, que vemos com dificuldade a aplicação do regime de caducidade nele prevista.

Por outro lado, os eventos que levam à caducidade do contrato de trabalho (morte do empregador individual, extinção ou dissolução da pessoa colectiva), sem se situarem no domínio da culpa do empregador, são eventos que se situam inteiramente na sua esfera jurídica, isto é, para os quais não se regista nenhum concurso da vontade dos trabalhadores. Mesmo nos casos, pouco representativos decerto, em que o trabalhador requeira a extinção da pessoa colectiva, esta apenas será decretada por motivos inerentes à esfera do empregador. Ora, no nosso caso, não pode dizer-se que a impossibilidade de receber a prestação de trabalho resultou apenas e principalmente da alienação da empresa; ela derivou sobretudo do exercício do direito de oposição do trabalhador. A transmissão da empresa é, certamente, um dos elementos impeditivos da continuação futura do contrato, é, digamos assim, o elemento desencadeante. É uma causa necessária, mas não é suficiente; é necessário, para que se verifique verdadeira impossibilidade, que o trabalhador se oponha à transferência. Em suma, diferentemente do que sucede nas hipóteses contempladas no art. 390.º, para a impossibilidade derivada da alienação da empresa concorre também a vontade do trabalhador.

Não havendo analogia com o art. 390.º do CT, norma que consagra um regime especial de caducidade, próximo do regime do despedimento por causas objectivas, parece-nos que a impossibilidade derivada da transferência de empresa e do exercício do direito de oposição se enquadra no art. 387.º, al. b), do CT e deve ser sujeita às regras gerais da caducidade.

Como se deduz do que temos vindo a dizer, a questão apresenta complexidades jurídicas e merece ser legislativamente esclarecida. Aguarda-se que o legislador regule o exercício do direito de oposição do trabalhador à transferência do seu contrato em caso de

transmissão de empresas. Um regime de caducidade semelhante ao que está consagrado no art. 390.º, na esteira do que propõem Júlio Gomes e Catarina Carvalho, parece-nos razoável. Pelo menos parece constituir um bom ponto de partida para melhorar o regime existente. Contudo, do ponto de vista do direito constituído, não nos parece que os dados normativos apontem para a existência de uma lacuna a colmatar pelo art. 390.º do CT. Concordamos que haja uma lacuna quanto á regulamentação do exercício e consequências do direito à oposição, mas, na ausência de um regime próprio, parece que os dados normativos apontam para regular a impossibilidade de receber a prestação laboral através do regime geral da caducidade.

### 3.4. Informação e consulta

O regime consagrado no CT sobre informação e consulta em caso de transmissão de empresas, independentemente dos aspectos positivos que concretiza, não deixa de suscitar dúvidas e até algumas perplexidades jurídicas. Elas têm a ver, desde logo, com a necessidade de conjugar ou harmonizar o que se estabeleceu de novo no CT com o que já estava estabelecido antes e que o Código continuou a acolher.

O direito de informação e consulta no caso de transmissão de empresas não resulta, em termos rigorosos, das inovações do Código ou da influência do direito comunitário. Digamos que, quando estes chegaram, não ocuparam um espaço vazio; já antes, por força da CRP e da lei tais direitos eram reconhecidos. Na medida em que a transferência de empresa pode configurar, como já referimos, uma reestruturação da empresa, uma alteração das condições do contrato de trabalho ou da organização do trabalho, ou pode ter implicações sobre o emprego ou a marcha normal da empresa, ela já era objecto do direito de informação e consulta das comissões de trabalhadores, das associações sindicais e dos delegados sindicais.

Identificar-se-á o direito de participação nas reestruturações empresariais por parte das instâncias de representação referidas com o direito de informação e consulta previsto no art. 320.º do CT? Se sim, porque foram as associações sindicais afastadas da titularidade destes direitos?

Na verdade, nos termos do n.º 4 do art. 320.º, as associações sindicais não fazem parte das instituições representativas dos trabalhadores para efeitos de transmissão de empresas. Para estes efeitos, só contam as estruturas representativas referidas na norma; só aquelas que estão ligadas à representação no interior da empresa. O facto de as comissões sindicais, comissões intersindicais e delegados sindicais constituírem entidades com ligações às

associações sindicais toma menos grave o afastamento destas últimas. Contudo, isto não deixa de vulnerar o art. 56.º, n.º 2, al. e), da CRP e o art. 477.º al. e), do CT. Isto parece-nos particularmente evidente sobretudo numa ordem jurídica como a nossa, em que o delegado sindical não é o representante do sindicato na empresa, mas, como ensina Jorge Leite, "o porta-voz, o representante, da secção perante o empregador e perante o sindicato"<sup>100</sup>.

Uma leitura do art. 320.º que afaste as associações sindicais da informação e da consulta no caso de uma transferência de empresas que se insira num processo de reestruturação empresarial, será uma leitura pouco consonante com os referidos preceitos, mas também com a própria directiva. Esta, como decorre do seu art. 8.º, salvaguarda os regimes existentes nos ordenamentos internos que sejam "mais favoráveis aos trabalhadores".

De modo que, não sendo razoável sustentar que o n.º 4 do art. 320.º do CT está a anular o direito de participação reconhecido às associações sindicais, fica em aberto a modalidade de exercício deste direito.

Por outro lado, o regime de informação e consulta regulado no art. 320.º não coincide com aquele que se encontra previsto no art. 503.º para os delegados sindicais. Divergem, desde logo, quanto aos termos em que o dever de informação é prestado e quanto ao campo de incidência deste dever. Segundo o art. 503.º, é o delegado sindical que tem a faculdade de requerer a informação que lhe deve ser prestada e o regime não vale para as microempresas e para as pequenas empresas que empreguem menos de 20 trabalhadores. Já em face do art. 320.º, a informação e consulta é da iniciativa - é um dever - do empregador cedente e adquirente e aplica-se a toda a transmissão de empresa.

Dir-se-á que, caso o âmbito de aplicabilidade seja o mesmo, o regime especial da transferência de empresas - o do art. 320.º - prevalecerá sobre o regime geral previsto no art. 503.º Só que se assim for, o que para nós está longe de ser líquido, o direito à consulta, previsto no art. 503.º, n.º 2, al. c), poderá ser esvaziado. Sê-lo-á sempre que, de acordo com o art. 320.º, n.º 3, a consulta não seja realizada.

A propósito da intervenção da comissão de trabalhadores, dado que os regimes previstos no arts. 363.º e 364.º, bem como no art. 358.º da RCT, não coincidem com o art. 320.º, põe-se um problema idêntico. E que dizer do direito à emissão de um parecer prévio pela comissão de trabalhadores, facultado pela al. h) do n.º 1 do art. 357.º? Será anulado sempre que ocorra uma transferência de empresas? Mesmo que tal transferência venha a

<sup>100</sup> *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., p. 127

provocar "uma diminuição substancial do número de trabalhadores da empresa"<sup>101</sup>? Ou o agravamento substancial das condições de trabalho"? Temos as maiores reservas de que possa ser assim. No entanto, a lei não esclarece.

Uma última nota para levantar reservas sobre a correcta transposição do art. 9.º da Directiva n.º 2001/23/CE.

Contra a violação dos deveres de informação e consulta consagrados na directiva, o art. 9.º dispõe que as ordens jurídicas nacionais devem estabelecer procedimentos judiciais adequados a favor dos trabalhadores e dos seus representantes.

Apenas a violação do dever de informação constitui uma contra-ordenação leve: Sem se perceber bem porquê, o mesmo não sucede em caso de violação do dever de consulta, como decorre do art. 675.º, n.º 2, do CT.

Uma sanção de ordem contra-ordenacional, ainda por cima só para a violação do dever de informação, não nos parece ajustada ao cumprimento do desiderato estabelecido no art. 9.º da directiva. O problema não estará tanto no facto de o processo contra-ordenacional correr os seus termos perante uma entidade não judicial - a Inspecção Geral do Trabalho -, já que sempre se poderá recorrer posteriormente às instâncias judiciais. O problema residirá principalmente no facto de a aplicação de coimas não corresponder, na linguagem do art. 9.º, ao conceito de "...medidas necessárias para permitir aos trabalhadores...defenderem os seus direitos por via judicial ...". É certo que um dos aspectos ligados ao regime contra-ordenacional parece responder adequadamente aos objectivos da directiva. Consiste ele na obrigação de cumprimento do dever omitido, independentemente do pagamento da coima<sup>102</sup>. Assim, caso o empregador não tenha procedido à informação prévia dos trabalhadores, nos termos previstos no art. 320.º, n.ºs 1 e n.º 2, uma vez que o cumprimento do dever omitido, em teoria; ainda é possível, teria de se voltar atrás, à fase anterior à transferência, para o cumprir. Mas seria esta uma solução razoável? Parece-nos que não. Seria uma solução geradora de muitos problemas.

Por isso, pese embora a eficácia referida e independentemente da adequação do art. 618.º do CT à situação de incumprimento do dever de informação, parece-nos que o processo contra-ordenacional prossegue fins diferentes daqueles que a directiva busca prosseguir. Ele não materializa uma medida adequada para os interessados reivindicarem, num processo rápido e ajustado à natureza das pretensões, a defesa do direito de informação e consulta.

<sup>101</sup> Fenómeno que tenderá naturalmente a suceder em casos de transferência parcial.

<sup>102</sup> Cfr. o art. 618.º do CT.

### 3.5. A desnecessidade de relações contratuais directas entre o antigo e o novo empregador

Em face do direito anterior, numa interpretação restritiva do art. 37.º da LCT, a jurisprudência portuguesa exigia para a transferência de empresas um negócio transmissivo directo entre o cedente e o cessionário. Não importava, pelo menos para a jurisprudência maioritária, que a transmissão fosse válida ou inválida<sup>103</sup>; o que contava era que não houvesse um hiato temporal entre as transmissões. Neste sentido, por exemplo, proclamava o Ac. da Relação de Lisboa de 19 de Janeiro de 1994: "...para aplicação do art. 37.º da LCT é indispensável que não tenha havido qualquer solução de continuidade na laboração do estabelecimento, sendo tal normativo aplicável nos casos de arrematação judicial de instalações fabris ou comerciais que nunca encerraram e se mantiveram em laboração sem qualquer alteração"<sup>104</sup>. Esta jurisprudência é dissonante da do TJCE. De acordo com esta, o encerramento do estabelecimento, desde que temporário, não exclui a noção de transferência de empresa para efeitos laborais. Se tal sucedesse, seria fácil, como explica Júlio Gomes, aos agentes económicos furtarem-se à aplicação do regime protector da lei, pois frequentemente, "a transmissão do estabelecimento é acompanhada por uma reorganização e reestruturação do mesmo e até, inclusive, por obras físicas que levam ao seu encerramento temporário"<sup>105</sup>.

Portanto, sempre que existisse uma relação triangular, em que, por exemplo, o titular do estabelecimento terminasse a concessão de exploração e celebrasse um novo contrato de concessão com outrem, nunca haveria transmissão de empresa.

É outro o regime da directiva comunitária, tal com vem sendo entendido pelo TJCE. Na verdade, o âmbito de aplicabilidade da directiva de 2001 (art. 1.º, al. a)), tal como já fazia a directiva de 1977, é delimitado pelas transferências que resultem de cessão convencional ou de fusão.

Só que é entendimento praticamente pacífico que a cessão não tem que exprimir um vínculo directo entre cedente e cessionário. Estes podem até nem se conhecerem. Pode haver uma intermediação de uma terceira pessoa. Por exemplo, isto pode suceder caso o proprietário do estabelecimento termine o contrato de locação com A e celebre um novo com

<sup>103</sup> Cfr. o Ac. da Relação do Porto de 11-3-1996, *CJ*, T. II, 1996, p. 252, e Ac. Da Relação de Lisboa de 3-6-1992, *CJ*, Parte III, pp. 274 e ss.

<sup>104</sup> *CJ*, I, 1994, pp. 168 e ss.

<sup>105</sup> "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias...", cit., p. 164.

B. Não é, porém, inevitável que numa situação deste tipo haja sempre transferência de empresa. Tudo dependerá das circunstâncias concretas. Tudo está em saber se a situação configura uma verdadeira transferência de empresa,

isto é, se *in casu* o objecto transmitido assume as características de uma verdadeira entidade económica ou apenas se reduz à transferência de uma actividade económica. A questão tem, como já vimos, particular relevância no sector dos serviços e aquando de uma transmissão parcial de empresa ou estabelecimento<sup>106</sup>.

Seja como for, para o direito comunitário, não é requisito imprescindível a existência de um vínculo jurídico directo entre transmitente e transmissário, um negócio transmissivo entre eles, bem podendo suceder que a transmissão da empresa opere em "duas fases"<sup>107</sup>.

### 3.6. As estruturas de representação dos trabalhadores

As implicações da transmissão total ou parcial da empresa ou estabelecimento sobre as instâncias de representação dos trabalhadores podem revestir um grau apreciável de complexidade jurídica. Porém, não vamos agora debruçarmo-nos sobre tais dificuldades, mas apenas questionar se o regime português cumpre os ditames comunitários nesta matéria.

Para os efeitos que aqui nos interessam, as instâncias representativas podem ser divididas em dois tipos. Por um lado, temos as instâncias ou estruturas que se identificam ou fundem com a pessoa do representante, o qual exerce um mandato electivo. É o que sucede, por exemplo, com a figura do delegado sindical. E, por outro lado, temos estruturas de representação colectiva, dotadas ou não de personalidade jurídica, que não se esgotam nem identificam com os membros que as compõem. É o que sucede, por exemplo, com as comissões de trabalhadores.

A questão tem interesse para averiguarmos quem são os representantes dos trabalhadores para efeitos de transmissão de empresa.

A directiva comunitária não nos diz quem são os representantes ou no que consiste a representação dos trabalhadores, mas esclarece este ponto. Fá-lo indicando a via que vai determinar quem são os representantes dos trabalhadores. A al. c) do n.º 1 do art. 2.º da Directiva n.º 2001/23/CE, explícita que se "entende por «representantes dos trabalhadores» e

<sup>106</sup> Para maiores desenvolvimentos, Júlio Gomes, "A jurisprudência recente...", cit., pp. 504 e 515, e "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades...", cit., pp. 108 e ss.

<sup>107</sup> A expressão é de Catarina Carvalho, "Algumas questões sobre a empresa...", cit., p. 464.

por expressões afins: os representantes dos trabalhadores previstos nas legislações ou práticas dos Estados-membros".

Em Portugal, a expressão representantes de trabalhadores tanto abrange estruturas colectivas como individuais. Assim, nos termos do art. 451.º do CT, são representantes dos trabalhadores as comissões e subcomissões de trabalhadores, os conselhos de empresa europeus e as associações sindicais, a que devemos acrescentar os representantes dos trabalhadores para a segurança, higiene e saúde no trabalho (art. 277.º do CT e arts. 264.º e ss. Da RCT), a secção sindical, a comissão sindical e intersindical da empresa (arts. 476.º e 496.º do CT), os membros das direcções das associações sindicais (art. 505.º do CT) e ainda os membros das comissões e subcomissões de trabalhadores, das comissões coordenadoras (art. 467.º do CT) e os dos conselhos de empresa europeus (arts. 377.º e ss.).

A nossa primeira dúvida é a seguinte: sendo tão diversificadas as instâncias de representação dos trabalhadores para efeitos do regime legal, porque é que o art. 321.º centra, quase exclusivamente, a regulamentação só na comissão e subcomissão de trabalhadores?

Dizemos "quase exclusivamente" porque no caso, menos problemático, em que a unidade económica transmitida mantém autonomia, todos os representantes dos trabalhadores afectados com a transmissão estão contemplados no n.º 1 do art. 321.º do CT; o seu estatuto e função não sofre alteração.

Mas o mesmo já não sucede, no caso mais problemático, quando a unidade económica transmitida perde autonomia, ou seja é incorporada noutra empresa. Nesta hipótese, o n.º 2 do art. 321.º só regula as implicações da transmissão sobre a comissão ou subcomissão de trabalhadores.

É certo que o regime legal não tem de se preocupar com as instâncias de representação existentes fora da empresa. Na verdade, não tem sentido regular, por exemplo, as implicações da transferência sobre as associações sindicais. Mas é exactamente porque o regime legal deve regular as implicações sobre as instâncias representativas existentes no seio da empresa, que não se compreende a ausência de referenda às secções sindicais, às comissões sindicais e aos delegados sindicais, ao conselho de empresa europeu e aos seus membros, bem como aos representantes dos trabalhadores para a segurança, higiene e saúde no trabalho.

É certo que o regime legal não tem de se preocupar com as instâncias de representação existentes fora da empresa. Na verdade, não tem sentido regular, por exemplo,

as implicações da transferência sobre as associações sindicais. Mas é exactamente porque o regime legal deve regular as implicações sobre as instâncias representativas existentes no seio da empresa, que não se compreende a ausência de referenda às secções sindicais, às comissões sindicais e aos delegados sindicais, ao conselho de empresa europeu e aos seus membros, bem como aos representantes dos trabalhadores para a segurança, higiene e saúde no trabalho.

Apenas se compreenderia esta omissão no art. 321.º, caso a nossa lei consagrasse já, noutros pontos do sistema jurídico, a protecção conferida pela directiva. Ora, esta obriga os Estados-membros à adopção das «medidas necessárias para que os trabalhadores transferidos que estavam representados antes da transferência sejam convenientemente representados durante o período necessário à constituição ou designação de uma nova representação dos trabalhadores...». Manifestamente, isto apenas sucede, e ainda por cima em termos mitigados, em relação à comissão ou subcomissão de trabalhadores.

Em termos mitigados, porquê? O regime disposto no n.º 2 do art. 321.º prevê a manutenção da comissão de trabalhadores transitória, por um certo lapso de tempo, desde que não haja comissão de trabalhadores na empresa incorporadora. Logo, quando existe comissão de trabalhadores na empresa absorvente, deixa de existir a representação unitária escolhida pelos trabalhadores transferidos. Não existirá problema porque passa a existir outra - dir-se-á -, levada a cabo pela comissão de trabalhadores existente na empresa de chegada. Tudo bem, só que os trabalhadores transferidos não contribuirão para a sua eleição! É certo que a regra da unicidade, isto é, a regra de que não pode existir mais do que uma comissão de trabalhadores na mesma empresa (art. 461.º, n.º 1, do CT), impede que coexistam as duas comissões, mas poderia ter sido encontrada uma solução mais próxima dos dois universos de representação. Por exemplo, facultar a entrada de membros da comissão de trabalhadores que desaparece na comissão de trabalhadores que continua em actividade.

Mesmo quando não há comissão de trabalhadores na empresa acolhedora, a comissão de trabalhadores que transitou com a empresa transmitida pode vir a desaparecer sem que haja eleição de uma nova estrutura representativa de todos os trabalhadores. Compreende-se que ela cesse quando é eleita uma nova comissão de trabalhadores. Mas porque há-de ela cessar antes?

De um ponto de vista formal, talvez se possa dizer que neste ponto o n.º 2 do art. 321.º ainda respeita a directiva, na medida em que, ao prever um período de dois meses após a transmissão ou mais dois meses depois da anulação das eleições, está a garantir um "período

necessário à constituição ou designação de uma nova representação dos trabalhadores...". Contudo, de um ponto de vista substancial, parece-nos que o objectivo da directiva é que os trabalhadores afectados por uma transmissão da empresa possam manter, até onde for possível, o vínculo de representação com as estruturas por eles eleitas. Por isso, nos parece que o art. 321.º, n.º 2, só deveria fazer cessar a actividade da comissão de trabalhadores vinda da empresa incorporada, a partir da altura em que entrasse em actividade uma nova instância de representação eleita por todos os trabalhadores da empresa.

---

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

## Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho

Publicado em Questões Laborais, Coimbra, n.º 32, 2008, pp. 141-167.

Júlio Manuel Vieira Gomes

1. Pensamos que não será ousado afirmar que um dos domínios em que o impacto do direito comunitário mais se fez sentir no Direito do Trabalho do Estados Membros da União Europeia foi o da transmissão da empresa, estabelecimento, parte de empresa ou de estabelecimento ou, mais simplesmente, o da transmissão da unidade<sup>1</sup> ou entidade económica. A influência do direito comunitário fez-se sentir inicialmente com a primeira Directiva 771187/CEE e depois com a interpretação teleológica que dessa Directiva foi sendo feita pelo TJCE, interpretação que em múltiplos aspectos foi para além da letra da Directiva.

O impacto da Directiva em si própria foi muito diversificado consoante os vários Estados Membros<sup>2</sup> e, designadamente, consoante os respectivos direitos nacionais previam já ou não a manutenção do contrato de trabalho, por força da lei, com o novo empregador. Nos Estados Membros em que tal solução não decorria já da lei nacional - e em que as soluções legais variavam entre a caducidade automática dos contratos de trabalho com a transmissão da empresa ou estabelecimento, solução que era a do Reino Unido, e a necessidade de um consentimento tripartido para a transmissão da posição contratual do empregador que era a

<sup>1</sup> O artigo 285.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, refere-se, precisamente, a "empresa, ou estabelecimento, ou ainda (...) parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica", enquanto a Directiva 2001/23 do Conselho de 12 de Março de 2001 (publicada no JOCE L82/16 de 22.3.2001, se refere, na sua versão portuguesa, p. ex. no seu artigo 1.º, al. b), à "transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade". Alguns autores, como JEAN-FRANÇOIS CESARO, *La notion de transfert d'entreprise*, DS 2005, págs. 718 e segs., pág. 718, consideram - veja-se, todavia, o título escolhido pelo autor - esta nova terminologia como mais feliz ("cette substitution est probablement un progres"), dada a extrema fluidez e até ambiguidade da noção de empresa.

<sup>2</sup> Como acentua, por exemplo, ROBERT REBHAWN, *Probleme der Ausjührung der Betriebsübergangsrichtlinie in Kontinentaleuropa*, RdA 2006, págs. 4 e segs., pág. 5.

solução da Holanda - o impacto da Directiva foi imediato e não podia passar despercebido. A Directiva representava aqui uma ruptura flagrante com os quadros jurídicos internos tradicionais e não deixa de ser curioso, e talvez só na aparência paradoxal, que esses Estados Membros - referimo-nos ao Reino Unido, à Dinamarca, à Holanda e à própria Áustria, para referir só alguns- tenham sido alguns dos "alunos" mais obedientes e menos recalcitrantes, tanto a observar a Directiva como a interpretação que dela é feita pelo TJCE.

A situação foi muito diversa em países como Portugal, Espanha, Alemanha, França ou Itália em que a lei nacional já consagrava a manutenção do contrato na hipótese de transmissão da entidade económica: o significado da Directiva começou por ser subestimado e só gradualmente é que se foi ganhando consciência para uma evolução que se camuflava, por vezes, sob uma linguagem e uma aparência de continuidade.

Com efeito, e em grande medida por mérito do TJCE, o regime da transmissão da unidade económica sofreu modificações profundas que forçaram a revisões do direito interno de Estados Membros que num primeiro momento acreditaram que o seu ordenamento jurídico era já conforme com a Directiva e que nem sentiram por isso necessidade inicialmente de a transpor. Ainda que o percurso do TJCE nesta matéria possa com alguma justeza ser considerado caótico<sup>3</sup> ou autista<sup>4</sup>, assemelhando-se à construção de um labirinto, é inegável que em alguns aspectos forçou a uma revisão de quadros tradicionais e à sua modernização: a noção de empresa com que operavam alguns Estados Membros nos seus direitos internos era marcadamente tributária da noção de empresa na actividade industrial<sup>5</sup> e o TJCE prestou um importante contributo para a sua flexibilização e para a compreensão de que aquilo que constitui uma unidade económica varia ou pode variar consoante o seu próprio sector de

<sup>3</sup> MAZEAUD, *cit. apud* ROBERT REBHAWN, *ob. cit.*, pág. 6, n. 37.

<sup>4</sup> Para ROBERT REBHAWN, *ob. cit.*, pág. 15, falar-se de um diálogo entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais parece um eufemismo porque só os Advogados Gerais, e não o Tribunal de Justiça, atendem às opiniões alheias. Nas palavras do autor "de maneira visível, o Tribunal de Justiça fala sobretudo consigo próprio".

<sup>5</sup> Neste sentido, *cfr.*, por exemplo, SALVADOR DEL REY GUANTER, DANIEL MARTINEZ FONS, RAQUEL SERRANO OLIVARES, *El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo n.º 58, 2005, págs. 221 e segs., pág. 221, que destacam que as regras sobre transmissão de empresa, pelo menos as regras nacionais na maior parte dos Estados Membros, nasceram num contexto económico produtivo em que predominava a empresa industrial; hoje em dia, todavia, o elemento pessoal e humano na empresa adquire um protagonismo crescente.

actividade<sup>6</sup>. Desenvolveu-se, assim, uma tendência que ainda está em curso para uma certa desmaterialização do conceito de unidade económica ou, pelo menos, para uma compreensão mais flexível desse conceito<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Tal entidade económica não inclui necessariamente elementos do activo, materiais ou imateriais, imobilizados. Recentemente o TJCE teve, aliás, que se pronunciar sobre a transmissão de uma entidade económica representada por uma parte de uma empresa de trabalho temporário. Tratou-se do Acórdão do TJCE, de 13 de Setembro de 2007, Processo C-458/05, Jouini contra Princess Personal Service GmbH. A empresa MAYER & Co. GmbH era uma empresa de trabalho temporário que integrava um Director, o Sr. Hess, uma assistente de direcção casada com este, um gerente e responsáveis pelo acompanhamento dos clientes. A MAYER empregava 180 trabalhadores temporários. Desses 180 trabalhadores cerca de 60 encontravam-se em missão, a trabalhar por conta do mesmo cliente. Como a MAYER tivesse problemas financeiros, o principal cliente da MAYER, a sociedade ILL, propôs a criação de uma nova empresa de trabalho temporário. Foi criada a PPS, Principal Personal Service, para satisfazer as necessidades da ILL. O Sr. Hess e a Sr.a Hess assumiram, respectivamente, as funções de Director Industrial e de Directora Comercial na PPS. A ILL findou as relações de trabalho com a MAYER e tornou-se o principal cliente da PPS. A PPS ficou com 40 dos 60 trabalhadores temporários empregados pela MAYER, mas em "missão" na ILL. Além disso, o gerente da MAYER, alguns responsáveis pelo acompanhamento dos clientes e os trabalhadores temporários junto de outros clientes ficaram a trabalhar para a PPS. No total, a PPS ficou com cerca de 113 dos empregados da MAYER. Registe-se ainda que a MAYER entrou posteriormente num processo de recuperação de empresa. O Tribunal austríaco colocou uma questão prejudicial ao TJCE relativamente à aplicação do critério da manutenção da identidade da entidade económica, com o argumento de que este tipo de empresa (uma ETT) tem, normalmente, muito poucos trabalhadores directamente ao seu serviço. Tratou-se, também, de determinar se a transmissão de uma parte do pessoal administrativo de uma empresa de trabalho temporário, e ainda de alguns dos trabalhadores temporários, seria suficiente para constituir uma entidade económica e determinar a aplicação do regime da Directiva sobre transmissão de estabelecimento. O TJCE sublinhou (ponto 24 do Acórdão) que "uma vez que não existe uma estrutura organizacional identificável na empresa de trabalho temporário, há que proceder a um exame que leve em conta as suas especificidades" [e daí que o TJCE tenha admitido que a empresa de trabalho temporário possa ser transmitida, sem a transmissão de uma parte significativa da sua organização]. O TJCE enfatiza que a Directiva sobre transmissão de estabelecimento, ou parte de estabelecimento, é uma Directiva suficientemente aberta e flexível, pelo que o que importa é verificar se os elementos abrangidos pela transferência eram em si mesmos suficientes para permitir a prestação dos serviços característicos da actividade económica

Mas a evolução verificada, ainda que impressionante em muitos aspectos, fez-se à custa de uma fuga para a frente que tem deixado intocadas, ou não solucionadas, várias questões fundamentais, algumas das quais de solução extremamente delicada. E é a apenas algumas dessas questões que dedicaremos, neste breve estudo, a nossa atenção, sem esquecer que muitas outras persistem - como a questão fundamental sobre o que representa uma unidade económica e quando é que se pode afirmar que esta unidade conserva a sua identidade ou a questão de saber qual o tratamento a dar aos contratos de trabalho de trabalhadores que mantendo embora uma ligação significativa com a unidade económica transmitida não esgotam a sua prestação nessa unidade - e que novas questões parecem emergir (como, por exemplo, o tratamento das transmissões transfronteiriças e a eventual aplicabilidade da Directiva a tais transmissões<sup>8</sup>).

---

em causa, sem recorrer a outros meios de exploração que podiam revelar-se importantes para outras partes da empresa.

<sup>7</sup> E a uma distinção que, no entanto, nem sempre se revela fácil entre sectores de actividades com e sem trabalho intensivo. Sobre o tema, cfr., por todos, RONALD M. BELTZER, *The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel - A Vicious Circle*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 23, 2007, págs. 139 e segs. Como o autor observa, *ob. cit.*, pág. 145, pode ser muito difícil distinguir quais são os sectores de actividade com trabalho intensivo e sem trabalho intensivo. Não será mesmo possível definir à partida e em abstracto esses sectores de actividade: assim, por exemplo, uma empresa de limpeza pode operar no mercado assegurando a limpeza com instrumentos muito simples, como pode encarregar-se da limpeza de piscinas com equipamento relativamente sofisticado.

<sup>8</sup> Não se trata, em rigor, de uma questão nova, mas de uma questão "redescoberta". Sobre o tema, cfr., por exemplo, BERND W. FEUDNER, *Grenzüberschreitende Anwendung des § 613a BGB?*, NZA 1999, págs. 1184 e segs., e JONAS MALMBERG, *The Legal Position of Employees' in Cross-Border Transfers of Undertakings in the EU: A Question of Jurisdiction and Choice of Law*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2006, págs. 385 e segs. Este último autor considera (*ob. cit.*, pág. 387) que a mudança geográfica do local de funcionamento da empresa não é argumento para excluir liminarmente que tenha havido uma transmissão de unidade económica desde que esta retenha a sua identidade. Sublinhe-se que a proposta inicial apresentada pela Comissão em 1974 e a proposta revista continham regras sobre a transmissão de empresa ou estabelecimento ocorrida mediante uma transmissão transfronteiriça. A Directiva de 1977 limitava-se a estabelecer que se aplicaria sempre que a empresa, estabelecimento, parte de empresa ou de estabelecimento a ser transmitido ficasse dentro do âmbito territorial do Tratado, norma que subsiste na Directiva de 2001 (artigo 1.º, n.º 2). No entanto, a aplicação da Directiva a estas transmissões além-fronteiras suscita problemas delicados, defendendo o autor (*ob. cit.*, pág. 403) que para este efeito poderia ser adequado distinguir entre direitos e obrigações baseados na lei, em IRCT's e no contrato individual de trabalho.

2. Uma das primeiras questões que pretendemos abordar é a da existência ou não de um direito de oposição do trabalhador à prossecução do seu contrato de trabalho com o novo empregador na hipótese de transmissão da unidade económica.

Muito embora as Directivas nesta área visem apenas uma harmonização parcial e não impeçam soluções mais favoráveis em cada Estado Membro, não deixa de ser curiosa a diferença de reacções nos vários Estados Membros à possibilidade de existência deste direito de oposição do trabalhador. Note-se, antes de mais, e ainda antes mesmo de analisar os eventuais fundamentos deste direito, que a sua ausência facilita sobremaneira uma certa utilização perversa dos efeitos legais conexos com a transmissão da unidade económica. Com efeito, é possível fazer das normas sobre transmissão de empresa ou de estabelecimento uma utilização que desvirtua por completo um dos seus escopos, a saber, a manutenção dos direitos dos trabalhadores na hipótese de transmissão. Transmitir uma empresa para uma sociedade sem património ou para um testa de ferro que mais tarde procederá aos despedimentos colectivos, sem o património necessário para pagar as respectivas compensações, tomou-se prática corrente, sobretudo porque a maior parte das legislações dos Estados Membros não prevê a responsabilidade do transmitente relativamente a dívidas vencidas após a transmissão. Tal explica, de resto, fenómenos aparentemente tão bizarros como aquele recentemente relatado por SUPLOT<sup>9</sup> que refere que em Setembro de 2005, os 160 trabalhadores da empresa Treofan entraram em greve quando foram informados que a empresa iria ser transmitida para uma outra, sendo que a sua reivindicação era tão só a de serem despedidos...

Pode parecer paradoxal ter que entrar em greve para poder ser despedido num momento em que ainda há alguém com capacidade patrimonial para pagar as compensações, mas este é um exemplo de como a transmissão da unidade económica, sobretudo nos países em que não existe o direito de oposição individual à transmissão do contrato de trabalho, pode servir para aquilo que um autor austríaco designa com alguma ironia "desembaraçar-se elegantemente e sem custos" dos trabalhadores<sup>10</sup>.

A este nível é, de resto, curioso que boa parte da resistência ao reconhecimento de um direito individual de oposição à transmissão do contrato de trabalho se centre nos países latinos, muito particularmente França e Espanha e em menor grau Itália e Portugal (embora

<sup>9</sup> ALAIN SUPLOT, *Les salariés ne sont pas à vendre; En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2*, DS 2006, págs. 264 e segs., pág. 264.

<sup>10</sup> ROBERT REBHANN, *ob. cit.*, pág. 10.

nestes últimos dois países já tenha havido decisões jurisprudenciais isoladas a reconhecer a existência de um tal direito).

Com efeito, a essa resistência não será estranha uma certa visão dos trabalhadores como "capital humano" que integra a empresa e segue o seu destino, expondo-se às vicissitudes desta. Aliás, o próprio enquadramento jurídico da transmissão da unidade económica tende a reforçar esta ideia e, sobretudo, a sugerir que, bem vistas as coisas, a transmissão da unidade económica não afecta de tal modo o contrato de trabalho que justifique um direito de oposição do trabalhador, a não ser, porventura, em certas situações excepcionais, como jornalistas ou empresas de tendência em que a "vicissitude" teria mais importância. A transmissão da empresa ou estabelecimento ou parte de empresa ou estabelecimento, traduzir-se-ia numa mera mudança do empregador, continuando o contrato de trabalho a ser o mesmo e com o mesmo conteúdo - é o que explica que alguns autores portugueses tenham proposto para a qualificação desta situação a noção de sub-rogação legal<sup>11</sup>. Verificar-se-ia, pois, uma mera sub-rogação subjectiva em que a identidade do empregador muda e nada mais<sup>12</sup>. Mesmo segundo este entendimento, poder-se-ia, no entanto, questionar se a identidade do empregador é assim tão irrelevante na relação laboral.

---

<sup>11</sup> Para uma crítica a esta caracterização do fenómeno da transmissão, cfr., por exemplo, RITA GARCIA PEREIRA. *Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial*, Verbo Jurídico, 2005 (disponível em [www.verbojuridico.net/com/org](http://www.verbojuridico.net/com/org)), pág. 15, para quem "definir o regime da transmissão de estabelecimento como uma mera sub-rogação pressupõe que se aceite, no âmbito da sinalagmática relação laboral, que o único crédito que o trabalhador detém sobre o empregador é o recebimento da contra-prestação pela sua actividade, *in casu*, a retribuição, pelo que se presume ser indiferente quem satisfaça tal débito". Em suma, e como a autora observa certamente, a afirmação da sub-rogação despersonaliza a relação laboral "proclamando como indiferente ao trabalhador o titular concreto da organização produtiva" (*ob. cit.*, pág. 16).

<sup>12</sup> Sirvam de exemplo, aliás, as palavras do Advogado-Geral Colomer nas conclusões apresentadas no Processo C-499/04 (Werhof), "a sucessão de empresas provoca efeitos complexos pelo que a Directiva 77/187 protege os trabalhadores num sentido temporal duplo, abrangendo o passado, ao garantir de modo extraordinário o cumprimento das obrigações anteriores, e o futuro ao manter os contratos de trabalho sem alterar os seus termos, salvo a novação subjectiva inerente à mudança de empregador. A este respeito a sub-rogação intervém de pleno direito pela mera circunstância da transferência protegendo o interesse prevalecente na prossecução da relação laboral em todos os seus aspectos, para que não se extinga nem se prejudique, tendo em conta que a prestação básica da entidade patronal - a salarial - carece de carácter pessoalíssimo".

Quem leve sério a autonomia privada<sup>13</sup> e a visão da relação laboral como assentando num contrato, tenderá a duvidar: o trabalho forçado é contrário aos princípios da OIT e não sendo o trabalhador um servo da gleba cabe-lhe, ao menos, a escolha da pessoa para quem trabalha, escolha que é mesmo fundamental - daí, por exemplo, que seja necessário o consentimento do trabalhador, mesmo para uma cedência temporária (em que o cessionário não é o empregador, mas exercerá o poder de direcção ou parte deste). Admitir que o contrato de trabalho se transmite sem que a isso o trabalhador se possa opor é tratá-lo como um objecto, e não como um sujeito de direitos, é impor-lhe o dever legal de trabalhar para uma pessoa diferente daquela com que contratou. Sem dúvida, que da lei resulta para o empregador um dever de manutenção dos contratos de trabalho, na hipótese de transmissão da unidade económica, mas entende-se, geralmente, que a posição do empregador e a do trabalhador, não são aqui simétricas, dado o contributo normalmente muito mais pessoal do trabalhador. Mesmo quem não considere que o corpo laborioso representa, em última análise, o verdadeiro objecto do contrato de trabalho, reconhecerá, em regra, que trabalho e personalidade são incidíveis, que o trabalho é uma expressão da pessoa<sup>14 15</sup>.

---

<sup>13</sup> Sublinha a ligação do direito de oposição, não apenas com a liberdade de trabalho, mas com os princípios fundamentais da autonomia contratual, PIERRE RODIERE, *Pour un droit d'opposition des salariés au transfert de leur contrat*, Revue de Droit du Travail 2007, págs. 219 e segs., pág. 220, quando destaca que o direito de oposição é também uma consequência do próprio direito civil que consagra o direito elementar de qualquer contraente de, em princípio, escolher a sua contraparte...

<sup>14</sup> Defendendo o direito de oposição do trabalhador, na doutrina portuguesa, cfr., por exemplo, além de RITA GARCIA PEREIRA, ob. cit., FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme ao direito comunitário*, Questões Laborais 1999, ano VI, n.º 14, págs. 213 e segs., págs. 228-233, JÚLIO GOMES, *A jurisprudência recente do T JCE em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento- inflexão ou continuidade?*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. I, dir. por Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 486 e segs., pág. 519, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Algumas questões sobre a empresa e o direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, in A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 437 e segs., págs. 471 e segs., e JOÃO REIS, *O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho*, in Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 305 e segs., págs. 336 e segs.

<sup>15</sup> Como afirma FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, ob. cit., pág. 228, "a nível jurídico não se verifica qualquer contradição de princípio entre, por um lado, afirmar-se que a simples transferência da empresa implica a

Daí, de resto, que os tribunais alemães - porque o direito de oposição do trabalhador na Alemanha é uma construção pretoriana só depois consagrada na lei - tenham reconhecido este direito de oposição como resultando directamente do respeito pela dignidade da pessoa humana e do direito ao trabalho e à livre escolha de emprego<sup>16</sup>.

Mas, em boa verdade, o problema consiste também em que a mudança do empregador é frequentemente capaz de introduzir mudanças inevitáveis no conteúdo do contrato de trabalho, mudanças que não encontram expressão adequada no apelo a uma mera sub-rogação; para já, esta ficção de que nada muda a não ser a identidade do empregador<sup>17 18</sup> só pode ser mantida porque os juristas, na maior parte dos Estados Membros (salvo na Bélgica), negam que a convenção colectiva se incorpore no contrato individual de trabalho e dissociam assim os efeitos individuais e colectivos da transmissão.

Do ponto de vista colectivo, a transmissão da unidade económica acarreta, em regra, a morte a termo do estatuto colectivo negocial já que a sobrevivência da convenção colectiva,

---

transmissão automática dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de trabalho e, por outro, admitir-se que o trabalhador possa afastar esse efeito e optar por manter-se ao serviço do cedente".

<sup>16</sup> Para maiores desenvolvimentos cfr. JOÃO REIS, *ob. cit.*, pág. 346: "o direito fundamental de escolha de profissão e de trabalho, o princípio da interdição de trabalho obrigatório, a rejeição do trabalho como «mercadoria» (...) fazem parte de um patamar axiológico tão importante que, se o direito do trabalho não lhes der prevalência corre o risco de se negar como verdadeiro direito".

<sup>17</sup> Para MICHEL HENRY, *Aux limites de l'article L. 122-12, Droit Social* 2006, págs. 274 e segs., trata-se de "uma pura ficção em que um acontecimento de grande importância ao nível profissional é tratado como um «não evento» ao nível jurídico" e, contudo, basta ter em conta o desaparecimento a termo do estatuto colectivo anterior para compreendermos que não é assim. Além disso, em certas situações é praticamente impossível pretender que tudo se passa como se nada se passasse: pense-se, por exemplo, na situação do trabalhador cuja actividade na empresa se distribui por uma entidade que se divide ou se cinde. Numa hipótese que se colocou em França o responsável jurídico, que era trabalhador subordinado, de uma empresa de importação e de distribuição de veículos viu uma das marcas retomar a sua actividade de distribuição, criando aliás uma situação de conflito entre as duas empresas. Deve considerar-se que o seu contrato de trabalho foi transferido pela metade como decidiu o tribunal de 1.ª Instancia? Dificilmente se pode pretender que um contrato de trabalho a tempo completo equivale a dois contratos a tempo parcial. O mesmo pode, de resto, ocorrer com trabalhadores polivalentes que desempenham funções em vários estabelecimentos quando um deles for alienado e o outro não.

<sup>18</sup> Daí que ANTOINE MAZEAUD, *Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise*, DS 2005, págs. 737 e segs., pág. 737, destaque que a doutrina fala frequentemente em manutenção do contrato e mudança de empregador, mas não seria mau passar a referir-se a transmissão ou transferência do contrato de trabalho para mostrar que "se passa qualquer coisa".

como veremos, é meramente temporária<sup>19</sup>. É esta cisão entre o individual e o colectivo-esquecendo que embora se possam separar até por razões pedagógicas, a relação individual e a relação colectiva se interpenetram e se complementam - que permite manter a ilusão de que nada muda, a não ser um detalhe, a identidade do empregador. Contudo, basta pensar na existência no contrato de trabalho de cláusulas de não concorrência para perceber que o alcance e o conteúdo dessas cláusulas acabam por depender da identidade do empregador, da sua dimensão, da amplitude das suas actividades, etc., o mesmo se podendo dizer, de resto, de deveres que resultam directamente para o trabalhador da existência do seu contrato de trabalho como é o caso do dever de não concorrência. Também a consideração de certos *fringe benefits* leva à mesma conclusão: imagine-se que uma companhia aérea proporciona a todos os seus trabalhadores um certo número de voos gratuitos ou milhas aéreas; suponha-se agora que essa companhia que tratava directamente das actividades de *handling* subcontrata uma empresa especializada em termos tais que pode falar-se da transmissão de uma unidade económica<sup>20</sup>: terá o novo empregador desses trabalhadores que acompanharam a unidade económica que manter os voos gratuitos a que tinham direito? A própria dimensão da

<sup>19</sup> O que, obviamente, pode implicar a prazo alterações muito sensíveis nas condições de trabalho. A este respeito o Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jerabo Colomer nas suas Conclusões apresentadas em 4 de Setembro de 2008 no âmbito do Processo C-396/07, Mirja Juuri contra Fazer Amica Oy, veio sublinhar que os artigos 3.º, n.º 3, e 4.º, n.º 2, da Directiva não funcionam como "compartimentos estanque". Nas palavras do Advogado-Geral "o facto de o legislador comunitário conceder ao trabalhador a faculdade de resolver o seu contrato de trabalho decorre de um agravamento da relação com o seu empregador, provocado, por sua vez, por uma alteração de regulamentação. Parece evidente que o art. 3.º, embora salvaguardando os direitos originários do trabalhador, permite, se necessário, uma variação no regime laboral. Precisamente porque se prevê tal variação, a ruptura do contrato tem um responsável à luz da Directiva 2001/23: o empregador" (ponto 26 das Conclusões).

<sup>20</sup> Se continuar a aplicar-se a convenção colectiva em vigor no momento da transmissão deverá aplicar-se na sua totalidade; contudo a jurisprudência espanhola já abriu uma excepção para normas da convenção colectiva que previam regalias dos trabalhadores resultantes da situação específica do transmitente e da relação particular ou especial do transmitente com os seus trabalhadores. Numa hipótese, por exemplo, entendeu-se que certas cláusulas da convenção colectiva da Ibéria não poderiam ser aplicadas sem mais quando esta empresa transmitiu uma unidade económica a outra empresa encarregada do serviço de *handling*. Poder-se-ia admitir aqui a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*? SALVADOR DEL REY GUANTER, DANIEL MARTÍNEZ FONS, RAQUEL SERRANO OLIVARES, *ob. cit.*, pág. 248, põem, em todo o caso, dúvidas quanto a esta interpretação que consideram incompatível com a ideia de sub-rogação de um empregador por outro. Pela nossa parte, pensamos, que este caso ilustra bem é os limites ao apelo à sub-rogação...

empresa a que está afecto o trabalhador pode mudar - como, por exemplo, quando uma microempresa é adquirida por uma grande empresa, ou, diversamente uma média ou pequena empresa se cinde em várias microempresas - na sequência da transmissão o que terá repercussões ao nível das regras aplicáveis ao próprio contrato individual de trabalho.

Mas não é por acaso que nos países latinos persiste a resistência ao direito individual de oposição: no fim de contas, e para além de razões culturais e históricas (recorde-se que muito embora os latinos gostem de se imaginar individualistas, foram em tempos históricos recentes sujeitos a regimes ditatoriais), persistiu sempre uma ambiguidade<sup>21</sup> sobre as razões ou os escopos das leis que estabeleciam a transmissão do contrato de trabalho aquando da transmissão da empresa ou estabelecimento: na verdade, tais leis não visavam apenas, e porventura nem tanto, a defesa dos contratos de trabalho, mormente em sistemas em que era proibido o despedimento sem justa causa, mas visavam, também, facilitar a circulação das empresas e a sua transmissão, garantindo ao adquirente um todo organizado, apto a funcionar de imediato e sem hiatos e sem perda de *know-how* (sendo certo que este se encontra muitas vezes nos trabalhadores e se preserva pela manutenção dos contratos de trabalho destes).

Frequentemente, os interesses dos trabalhadores e dos empresários convergem e é possível realizar estes vários escopos; mas quando conflituam, é necessário saber qual o escopo a que se dá predominância o que, em última análise, consiste em saber se na balança pesa mais a dignidade e a autonomia individual de cada um ou as necessidades da economia e do mercado. Nesta medida não podemos também deixar de concordar com SUPLOT quando

---

<sup>21</sup> Apontada com toda a clareza por muitos autores: sirvam de exemplo as palavras de MICHEL HENRY, *Aux limites de l'article L 122-12*, Droit Social 2006, págs. 274 e segs., pág. 274, para quem as normas sobre transmissão de unidade económica são ambíguas nas suas finalidades e ambivalentes nas suas funções. A regra corresponde, desde logo, a uma exigência da vida de negócios: "a noção social da estabilidade de emprego referida constantemente, mascara a do emprego cativo da entidade destinada a ser transferida". Assim a pretensa tutela da estabilidade do emprego convive com o tratamento do trabalhador como uma coisa pertencente à unidade económica. Sobre o tema cfr., também, JEAN MOULY, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus*, Droit Social 2007, págs. 534 e segs., pág. 535. Como o autor refere, não é evidente que o objectivo da estabilidade do emprego tenha sido o resultado prioritariamente visado pelo legislador. Este (pelo menos o legislador nacional) organizou a transmissão automática dos contratos de trabalho correlativamente com a transmissão da empresa também no interesse dos empregadores, a fim de que os empregadores não recebam uma empresa despojada do seu factor humano e do seu *know-how*. A questão está em saber qual o interesse prevalecente...

afirma<sup>22</sup> que a experiência nacional-socialista tomou, pelo seu carácter fortemente traumático, o juiz alemão, mais sensível e mais preocupado com a defesa da dignidade das pessoas.

O debate sobre o direito de oposição do trabalhador é, no fim de contas, não um debate sobre um aspecto marginal do regime da transmissão, mais ou menos pitoresco, mas um debate sobre algo de muito mais essencial, a saber, em que medida é que a relação individual de trabalho é genuinamente uma relação contratual. E infelizmente muitos autores portugueses continuam a defender teses institucionalistas em que o contrato de trabalho é apenas o bilhete de entrada para um *status*, para uma relação de quase servidão à empresa e às necessidades desta, "superiormente" definidas pelo seu titular.

Como já sublinhámos, a questão do direito de oposição consiste, em última análise, em determinar até que ponto é que se leva a sério a liberdade do trabalhador escolher a pessoa para quem trabalha e a cuja autoridade fica, em princípio sujeito, na execução do seu contrato de trabalho. Liberdade que, pela nossa parte, pensamos ser ainda mais importante que a liberdade de escolher a contraparte contratual em geral reconhecida pelo direito civil, em que, também aí, é excepcional a obrigatoriedade de celebrar contratos, e isto porque do contrato de trabalho resulta, precisamente, uma relação que, sendo embora contratual, é também marcadamente desigual e se exprime na atribuição a uma parte de um poder sobre a outra.

3. Um segundo factor de incerteza que ressalta quando se contempla as legislações dos vários Estados-Membros respeita ao impacto da transferência sobre o estatuto colectivo.

Resulta da Directiva a manutenção provisória da convenção colectiva<sup>23</sup> que se vinha aplicando na unidade económica transmitida; existe, contudo, uma significativa divergência nas legislações de vários Estados-Membros quanto à questão de saber se a convenção colectiva se mantém até à entrada em vigor de uma nova convenção colectiva na empresa do transmissário ou se a sobrevivência provisória da convenção colectiva só se justifica quando não exista qualquer convenção colectiva aplicável na empresa do transmissário<sup>24</sup>. A lei alemã,

---

<sup>22</sup> SUPLOT, *ob. cit.*, pág. 266.

<sup>23</sup> JEAN-MICHEL ÜLIVIER, *L'impact des transferts sur les normes collectives en vigueur dans l'entreprise*, DS 2005, págs. 743 e segs., pág. 746, refere poder falar-se aqui de uma sobrevivência provisória da convenção colectiva ou, se se preferir, da sua extinção diferida.

<sup>24</sup> Segundo ANDREA ALLAMPRESE, *Il Contratto Collettivo nel Trasferimento d 'Azienda*, *Argomenti di Diritto dei Lavoro* 2007, n.º 3, págs. 813 e segs., pág. 320, a doutrina italiana está dividida neste aspecto fundamental: trata-se de saber se a substituição apenas ocorre quando entre em vigor uma nova convenção

por exemplo, tem sido interpretada no sentido de só consagrar a manutenção da convenção colectiva anteriormente aplicável à unidade económica transmitida se e enquanto não existir (antes ou depois da transmissão) uma convenção colectiva no transmissário com a mesma eficácia subjectiva e, ao que parece, com um conteúdo coincidente, no sentido de regular as mesmas matérias, mesmo que de maneira menos favorável<sup>25</sup>.

A legislação portuguesa<sup>26</sup> e a espanhola, designadamente, consagram solução oposta, apenas determinando a substituição da convenção<sup>27</sup> aplicável à unidade económica

---

colectiva ou se já ocorre quando há uma convenção colectiva anterior. Para uma primeira orientação, a finalidade da Directiva é a de manter "uma continuidade de cobertura contratual do ponto de vista colectivo assegurando um tratamento homogéneo na empresa do cessionário para facilitar a circulação das unidades económicas" (é a tese de Tosi, DLRI 1991, pág. 791, e de Lambertucci, RIDL 1992, I, 192). Esta tese só admite a aplicação da regulamentação colectiva do transmitente na hipótese de ausência de disciplina colectiva no transmissário. Pelo contrário e para uma segunda orientação, a substituição da contratação colectiva anteriormente em vigor exige uma nova convenção que garanta uma passagem gradual da disciplina colectiva anterior ou de partida para a disciplina colectiva de destino (assim, Romei, LD 1991, 609, e Castelvetri, RGL 2000, li, 357).

<sup>25</sup> Cfr., por todos, WILHELM MOLL, *Fortgeltung von Tarifoertriigen bei Betriebsübergang*, RdA 2007, págs. 47 e segs. No direito alemão a convenção colectiva aplicável na unidade económica transmitida só mantém a sua eficácia após a transmissão se não existir entre as mesmas partes uma outra convenção colectiva já em vigor no transmissário ou se posteriormente à transmissão entrar em vigor uma convenção colectiva entre as mesmas partes (*ob. cit.*, pág. 48). Mas o sistema germânico é ainda mais complexo, porque, segundo informa o autor, a cessação de eficácia da convenção colectiva anteriormente em vigor na unidade económica transmitida pressupõe igualmente que as normas da outra convenção colectiva regulam os mesmos complexos ou grupos de matérias. Não é necessário que a regulamentação seja mais favorável, mas é necessário que um bloco de matérias seja regulado numa e noutra convenção. Apenas se exige, contudo, que o mesmo bloco de matérias seja regulado: assim, o tempo de trabalho deverá ser regulado numa e noutra convenção, sob pena de se manter a regulamentação do tempo de trabalho da primeira convenção, mas não é necessário, por exemplo, que a convenção colectiva em vigor no transmissário regule o trabalho suplementar, matéria regulada na convenção colectiva em vigor na unidade económica transmitida.

<sup>26</sup> O artigo 498.º do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, dispõe que "em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que vincula o transmitente é aplicável ao adquirente até ao termo do respectivo prazo de vigência ou no mínimo durante 12 meses a contar da data de transmissão, salvo se entretanto outro instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negociado passar a aplicar-se ao adquirente", regime idêntico, aliás, ao anteriormente consagrado pelo artigo 555.º, n.º 1, do anterior Código de Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

transmitida por nova convenção – no Direito português por "outro instrumento de regulamentação colectiva negociada" - que venha a ser aplicada na empresa do transmissário posteriormente à transmissão. É esta a solução que nos parece mais feliz para proporcionar uma mudança gradual de estatuto colectivo aos trabalhadores afectos à unidade económica transmitida, sobretudo porque propicia que os interesses específicos destes sejam tidos em conta aguardando da negociação que precederá a entrada em vigor de uma nova convenção colectiva aplicável na empresa do transmissário<sup>28</sup>.

No entanto, mesmo que se consagre, como fazem a lei espanhola e a lei portuguesa, que a convenção colectiva da unidade económica transmitida se mantém em vigor até à sua substituição por uma nova convenção, persistem problemas relativamente, por exemplo, à eventual manutenção de direitos adquiridos e à desigualdade de tratamento que pode resultar da existência lado a lado de trabalhadores que já estavam originariamente na empresa do transmissário e de trabalhadores que nela entram com a transmissão<sup>29</sup>: como funciona aqui, por exemplo, o princípio da igualdade de tratamento salarial? Deverá entender-se que a própria existência de uma transmissão (e seus efeitos legais) é razão suficiente para a

---

<sup>27</sup> De acordo com o teor literal do já citado artigo 498.º do novo Código do Trabalho mantêm-se em vigor os instrumentos de regulamentação colectiva e, como a lei não distingue, tanto os negociais, como os não negociais, embora estes últimos abranjam uma figura de utilização muito rara, a portaria de condições de trabalho (na terminologia do Código de 2003 o regulamento de condições mínimas) que, em rigor, só pode ser emitida na ausência de qualquer instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negociada (artigo 517.º, n.º 2), razão pela qual pensamos que o artigo 498.º deverá ser interpretado restritivamente no sentido de não subsistir uma portaria de condições de trabalho aplicável ao transmitente se já houver convenção colectiva aplicável no transmissário. Dada a extrema raridade destas portarias, pelo menos até ao momento, a questão não se reveste, felizmente, de grande interesse prático.

<sup>28</sup> Pode até duvidar-se face à letra do preceito que exige que "outro instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negociada" passe a aplicar-se ao transmissário que seja suficiente a mera renegociação posterior à transmissão de uma convenção colectiva preexistente anteriormente em vigor junto do transmissário. Ainda que com dúvidas inclinamo-nos pela solução afirmativa. A expressão "outro instrumento" parece reportar-se ao instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que vinculava o transmitente e espera-se que na renegociação os representantes dos trabalhadores já tenham em conta a transmissão entretanto ocorrida e as suas consequências.

<sup>29</sup> No sentido de que se justifica que a situação dos trabalhadores do cessionário e a dos trabalhadores transferidos pelo cedente difira provisoriamente, durante um período de adaptação, cfr. as Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jerabo Colomer apresentadas em 15 de Novembro de 2005 no Processo C-499/04, Hans Werhof contra Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG.

existência (ao menos temporária<sup>30</sup>) de salários diferentes para trabalhos de igual qualidade, quantidade e natureza?

Repare-se, ainda, que a solução comunitária da manutenção provisória da convenção colectiva vigente na unidade económica transmitida após a transmissão parece ter sido adoptada por se acreditar que seria da conveniência dos trabalhadores, mas pode dar-se o caso de não ser assim: pense-se na eventualidade de tal convenção conter múltiplos aspectos desfavoráveis em relação à lei e ser mesmo globalmente mais desfavorável para os trabalhadores do que a que já está em vigor na empresa do transmissário em que a unidade económica transmitida vai eventualmente integrar-se<sup>31</sup>.

A solução consagrada pelo legislador português não deixa, no entanto, de suscitar também outras interrogações.

---

<sup>30</sup> Sobre o tema cfr., por exemplo, ISABELLE MEYRAT, *Le sort des avantages issus du statut collectif à l'épreuve du principe «à travail égal, salaire égal»*, Droit Ouvrier 2007, págs. 556 e segs. A jurisprudência francesa circunscreveu as situações em que pode persistir uma desigualdade de tratamento por força da transmissão de empresa. Com efeito, num Acórdão de 19 de Junho de 2007, a Cour de cassation considerou que o acordo no sentido da manutenção das vantagens colectivas apenas aos trabalhadores que tinham acompanhado a unidade económica transmitida com exclusão dos trabalhadores que viessem a ser contratados posteriormente violava o princípio da igualdade de tratamento. No entanto, até certo ponto uma razão objectiva que justifica uma diferença ao menos temporária de tratamento é a própria aplicação da lei que obriga à manutenção das relações de trabalho na hipótese de transmissão. Mais recentemente, em Acórdão de 4 de Dezembro de 2007, a Cour de cassation admitiu que a manutenção, por convenção colectiva, de uma vantagem patrimonial de trabalhadores que tinham acompanhado uma unidade económica absorvida por outra empresa não violava o princípio da igualdade, por existir uma razão objectiva que justificava a diferença de tratamento. Cfr. ISABELLE MEYRAT, *Les conventions collectives soustraites au principe «à travail égal, salaire égal»?*, Droit Ouvrier 2008, págs. 535 e segs., autora que, aliás, comenta desfavoravelmente a solução encontrada.

<sup>31</sup> JEAN-MICHEL OLIVIER, *ob. cit.*, pág. 747, observa que uma vez que se mantém a aplicação da convenção colectiva da empresa transmitida pode perguntar-se se os trabalhadores transferidos podem também beneficiar das convenções colectivas aplicáveis na empresa do transmissário. O autor na esteira de TEYSSIÉ pensa que a resposta deveria ser negativa, mas sublinha que a jurisprudência francesa tem admitido que o trabalhador cujo contrato foi transferido possa prevalecer-se da norma que lhe é mais favorável. Relativamente à convenção colectiva que se mantém em vigor no transmissário e que estava antes em vigor no transmitente o autor defende que o transmissário não tem qualquer obrigação de renegociar essa convenção, da qual, aliás, não é parte.

Em primeiro lugar, sublinhe-se que a lei portuguesa - agora à semelhança do que faz, por exemplo, a lei alemã - consagra um período mínimo de "sobrevivência" de 12 meses, a contar da transmissão, do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que vinculava o transmitente, período mínimo que vigorará a não ser que, entretanto, passe a aplicar-se ao transmissário outro IRCT negociado. Curiosamente o que a Directiva expressamente permite é outra coisa: depois de consagrar que, em princípio a convenção colectiva em vigor no transmitente se continua a aplicar até à entrada em vigor de um instrumento de regulamentação colectiva de trabalho no transmissário, permite-se que os Estados Membros fixem um prazo máximo de vigência que não poderá ser inferior a um ano<sup>32</sup>. Em vez disso, o que a lei portuguesa consagra, como se disse, é um prazo mínimo. Ora, podem suscitar-se problemas quando, por exemplo, a convenção colectiva que vincula o transmitente está prestes a terminar a sua vigência: fará sentido, *de iure condendo*, impor aqui ao transmissário uma vigência pelo prazo mínimo de um ano<sup>33</sup> quando se não houvesse transmissão a

---

<sup>32</sup> O artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23/CE dispõe que: "Após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data da rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva", acrescentando, em seguida, que "os Estados-Membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano".

<sup>33</sup> Muito embora a copulativa empregue pelo artigo 555.º, n.º 1, do Código de 2003 ["(...) o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que vincula o transmitente é aplicável ao adquirente até ao termo do respectivo prazo de vigência, e no mínimo durante doze meses a contar da data da transmissão (...)] tenha dado lugar no n.º 1 do artigo 498.º do novo Código a uma disjuntiva ["( ... ) o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que vincula o transmitente é aplicável ao adquirente até ao termo do respectivo prazo de vigência ou no mínimo durante doze meses a contar da transmissão (...)] pensamos que o regime é fundamentalmente o mesmo e que estes 12 meses representam um prazo mínimo de sobrevivência do IRCT. Ora, a este respeito afirmou LUÍS GONÇALVES DA SILVA, in Código do Trabalho Anotado, Pedro Romano Martinez e outros, Almedina, Coimbra, 2008, 6.ª ed., pág. 951, que "decorre (...) deste artigo [o artigo 555.0 do Código do Trabalho de 2003] que o estatuto aplicável aos trabalhadores se mantém até ao termo do respectivo prazo de vigência, tendo o legislador estatuído para o efeito um prazo mínimo de doze meses, o que pode acarretar que o prazo de vigência seja legalmente prorrogado, caso a duração dos efeitos (em falta) da convenção seja inferior, de modo a perfazer os referidos doze meses".

convenção já nem seria aplicável aos trabalhadores da unidade económica transmitida<sup>34</sup>? E não será esta imposição uma violação excessiva da liberdade de associação negativa do transmissário<sup>35</sup>?

---

<sup>34</sup> O TJCE em Acórdão proferido a 27 de Novembro de 2008 no Processo C-396/07, *Mirja Juuri contra Fazer Amica Oy*, veio esclarecer, precisamente, qual o alcance do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23/CE. No ponto 33 do Acórdão afirma-se que o artigo 3.º, n.º 3, "não é susceptível de derrogar a vontade das referidas partes [da convenção colectiva] tal como foi expressa na convenção colectiva. Por conseguinte, se essas partes contratantes tiverem acordado não garantir certas condições de trabalho para além de uma data determinada, o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23 não pode impor ao cessionário a obrigação de as respeitar posteriormente à data acordada de expiração da convenção colectiva, porque, após essa data, a referida convenção deixa de estar em vigor". Recorde-se, contudo, que o artigo 8.º da Directiva permite que os Estados-Membros introduzam ou apliquem designadamente disposições legislativas mais favoráveis aos trabalhadores, como poderá ser o prazo mínimo de vigência da convenção colectiva após a transmissão.

<sup>35</sup> Num processo recente, o Processo C-499/04, *Hans Werhof contra Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, quer o Advogado-Geral, quer o TJCE, teceram importantes considerações sobre a liberdade de associação negativa do transmissário. A questão que se colocou foi a de saber se, constando do contrato individual de trabalho de um trabalhador, cujo contrato acompanhara a transmissão de uma entidade económica, uma cláusula de remissão para uma convenção colectiva celebrada por uma associação sindical em que o trabalhador não estava filiado, essa remissão vinculava o transmissário em termos estáticos (o conteúdo da convenção à data da transmissão) ou dinâmicos (ficando o transmissário obrigado à vinculação a futuros conteúdos de uma convenção colectiva de que não era parte). O Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jerabo Colomer nas suas Conclusões, apresentadas em 15 de Novembro de 2005, muito embora afirme a existência de uma sub-rogação de pleno direito no contrato individual de trabalho pelo transmissário pela mera circunstância da transferência (ponto 37 das conclusões) - ainda que anteriormente se refira também a uma novação subjectiva (ponto 36 das conclusões) - sub-rogação que protegeria o interesse prevalecente na prossecução da relação laboral em todos os seus aspectos reconhece expressamente que os direitos e obrigações que integram a relação laboral podem nascer de estipulações individuais ou colectivas, sendo que "entre umas e outras há grandes diferenças", tanto na sua origem, como nas suas consequências. Ora, para o Advogado-Geral além destes dois tipos de cláusulas, as individuais e as colectivas, existiria um "terceiro tipo (...) que partilha das qualidades dos outros dois" (ponto 41 das conclusões), o que seria, precisamente, o caso da remissão. Mas esta remissão não poderia, na hipótese de transmissão de entidade económica, ser uma remissão dinâmica vinculando o transmissário a alterações futuras de conteúdo dessa convenção. Nas palavras do Advogado-Geral, "a imobilização das condições laborais restringe o poder de direcção do empresário e condena ao

fracasso qualquer tentativa de homogeneização" (ponto 48 das conclusões). Se o transmissário fosse obrigado a respeitar e a aplicar o conteúdo sucessivo da convenção colectiva tal violaria também a liberdade de associação negativa. Como afirma o Advogado-Geral, "se o novo proprietário quiser intervir nos acordos com os sindicatos terá de se integrar na associação patronal negociadora o que, sem dúvida, restringe a sua liberdade de associação" (ponto 49 das conclusões). O Advogado-Geral sublinha que a liberdade de associação, também na sua vertente negativa, constitui um dos direitos fundamentais protegidos na ordem jurídica comunitária. Acrescenta que "esse direito de quem adquire uma empresa tem de prevalecer sobre qualquer outro de nível inferior, como o direito do trabalhador aos proveitos económicos decorrentes da evolução das convenções colectivas celebradas por quem transferiu a empresa" (ponto 51 das conclusões). Acresce que se as futuras convenções colectivas afectassem permanentemente um empresário alheio à sua negociação, teríamos um contrato em desfavor de terceiro violando princípios fundamentais da autonomia negociada: "inclusivamente, aconteceria que o empregador não subscritor de uma convenção ficaria sujeito a mais obrigações do que aquele que a celebrou, deixando-o na incerteza quanto a eventuais estipulações elaboradas nas suas costas" (ponto 52 das conclusões). No Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 2006, também o Tribunal de Justiça sublinhou que impor permanentemente ao transmissário uma convenção colectiva de que este não foi parte seria: "uma violação do princípio segundo o qual os contratos não podem pôr obrigações a terceiros" (ponto 23 do Acórdão). No ponto 28 do Acórdão sublinhou-se que "para interpretar o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva, uma cláusula de remissão para uma convenção colectiva não pode ter um alcance mais lato que a convenção para a qual remete. Consequentemente, importa ter em conta o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva, que introduz limitações ao princípio da aplicabilidade da convenção colectiva a que se refere o contrato de trabalho". No ponto 29 do Acórdão sublinha-se, ainda, que as condições de trabalho regidas por uma convenção colectiva, na hipótese de transmissão, apenas são mantidas até à data da sua rescisão ou do seu termo ou até entrada em vigor ou à aplicação de outra convenção colectiva. Não se pretendeu vincular o transmissário a modificações posteriores das condições de trabalho o que está "em conformidade com o objectivo da referida directiva, que se limita a manter os direitos e as obrigações dos trabalhadores em vigor na data da transferência" e não a proteger simples expectativas. Sublinha-se também que "os Estados-Membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho resultantes de convenção colectiva, sob reserva de esse período não ser inferior a 1 ano" (ponto 30 do Acórdão). Mas acrescenta-se o que não deixa de ser curioso face à lei portuguesa - que "esta última limitação é, de certa maneira, subsidiária porquanto susceptível de se aplicar se nenhuma das situações acima referidas, a saber, a rescisão ou o termo da convenção colectiva existente, a entrada em vigor ou ainda a aplicação de uma nova convenção colectiva se verificar dentro do prazo de 1 ano após a transferência".

Em segundo lugar, sublinhe-se que a aplicação *ope legis* ao transmissário por exemplo da convenção colectiva aplicável ao transmitente não parece que transforme o transmissário em parte ou sujeito dessa convenção, pelo que não ficará vinculado pela parte obrigacional da convenção e, por exemplo, por uma eventual obrigação de renegociação. Parece-nos, na esteira de LUÍS GONÇALVES DA SILVA<sup>36</sup>, que será suficiente para atingir os escopos da Directiva a continuação da aplicação da convenção colectiva na sua componente normativa. Tal é, igualmente, a solução que melhor respeita a sua liberdade de associação negativa, cuja importância foi recentemente realçada pelo TJCE.

Em terceiro lugar, uma das normas que pessoalmente consideramos mais infelizes do novo Código do Trabalho de 2009, pelos seus efeitos anti-sindicais, o artigo 497.º<sup>37</sup> - que nos fazem, de resto, duvidar da sua constitucionalidade - permite, ao trabalhador não filiado em uma associação sindical, quando há várias convenções colectivas simultaneamente aplicáveis numa empresa, escolher qual a que deseja que se lhe aplique, o que suscita várias interrogações neste contexto: poderá o trabalhador não filiado que acompanha a unidade económica transmitida optar imediatamente pela convenção colectiva já aplicável na empresa do transmissário? E poderá um trabalhador não filiado da empresa do transmissário optar pela aplicação de uma convenção colectiva aplicável na unidade económica transmitida e que provisoriamente se mantém? Responder afirmativamente àquela primeira questão implicaria,

<sup>36</sup> Aut., *ob. e lug. cit.*: "julgamos que o adquirente não passa a ser parte da convenção, situação que nos parece de particular importância". Em França também JEAN-MICHEL OLIVIER, *ob. cit.*, pág. 747, relativamente à convenção colectiva que se mantém em vigor no transmissário e que estava antes em vigor no transmitente, defende que o transmissário não tem qualquer obrigação de renegociar essa convenção, da qual, aliás, não é parte.

<sup>37</sup> O artigo 497.º parece consagrar um direito potestativo do trabalhador não filiado em qualquer associação sindical, sendo aplicáveis, no âmbito de uma empresa, uma ou mais convenções colectivas ou decisões arbitrais, de escolher qual destes instrumentos lhe passa a ser aplicável. Na hipótese de serem aplicáveis vários destes instrumentos o trabalhador não filiado passa a poder dispor de uma espécie de *menu à la carte*, enquanto o filiado (e aparentemente mesmo quem se desfilie por não concordar com o resultado das negociações a que chegou a sua associação sindical já que o artigo 496.º, n.º 4, terá então aplicação) contentar-se-á com o "prato único" ou até não será abrangido por qualquer instrumento (se por exemplo a sua associação sindical não conseguir levar as negociações a bom porto). Com um tal tratamento de favor ao *free rider*, que poderá esperar comodamente os resultados das negociações alheias para ver qual o que mais lhe convém(!) perguntamo-nos se o legislador terá tido consciência de como potencia e beneficia a não filiação sindical...

segundo cremos, frustrar o objectivo da Directiva de manter a convenção colectiva aplicável na unidade económica transmitida até que seja substituída por um IRCT aplicável ao transmissário. Por outro lado, responder afirmativamente à segunda interrogação implicaria permitir a extensão de um regime colectivo marcadamente excepcional - até porque representa uma restrição à liberdade de associação negativa do transmissário - aos trabalhadores que já eram trabalhadores do transmissário antes da transmissão da unidade económica, extensão que operaria fora daquela que parece ser a sua *ratio legis* (evitar o desaparecimento abrupto do regime colectivo aplicável na unidade económica transmitida e mantê-lo provisoriamente enquanto não é renegociado) e que poderia tomar economicamente muito mais avultados os custos da transmissão para o transmissário.

4. Uma matéria muito controversa é a que respeita ao conteúdo da informação<sup>38</sup> que deve ser prestada aos trabalhadores no processo de negociações (ou, como outros preferem, de consultas) que deve anteceder a transmissão, bem como às consequências do incumprimento deste dever de informação. Tais informações parece que deverão ser prestadas tanto pelo transmitente, como pelo transmissário, aos seus respectivos trabalhadores<sup>39 40</sup> e devem referir-se à data e motivos da transmissão e às consequências

<sup>38</sup> A questão já fez correr na Alemanha rios de tinta; cfr., a título meramente exemplificativo, BARBARA REINHARD, *Die Pflicht zur Unterrichtung über wirtschaftliche Folgen eines Betriebsübergangs - ein weites Feld*, NZA 2009, págs. 63 e segs., e BERND SCHIEFER/MICHAEL WORZALLA, *Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang nach § 613a V BGB*, NJW 2009, págs. 558 e segs. Não será arriscado prever que terá pouca importância entre nós, num sistema que prevê como única sanção para o incumprimento do dever de informação ou do dever de consulta a coima correspondente a uma contra-ordenação leve (n.º 5 do artigo 286.º)...

<sup>39</sup> Neste sentido, cfr. SALVADOR DEL REY GUANTER, DANIEL MARTÍNEZ FONS, RAQUEL SERRANO ÜLIVARES, *ob. cit.*, pág. 267, para quem a obrigação de informação se estende a todos os trabalhadores do transmitente e do transmissário; contra pronuncia-se VALDÉS DAL-RE, citado por aqueles autores, para quem o transmitente deve informar todos os trabalhadores, mas o transmissário só teria que informar aqueles que vêem alteradas as suas condições de trabalho por consequência da transmissão.

<sup>40</sup> Contra, BERND SCHIEFER/MICHAEL WORZALLA, *Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang nach § 613a V BGB*, NJW 2009, págs. 558 e segs., pág. 560, para quem a informação só deveria ser prestada aos trabalhadores que acompanham a unidade económica transmitida. A lei portuguesa, mais precisamente o artigo 286.º, n.º 1, do Código do Trabalho, refere-se ao dever de informação do transmitente e do adquirente aos "representantes dos respectivos trabalhadores ou, caso não existam, aos próprios trabalhadores", sugerindo que todos devem ser

jurídicas, económicas, sociais desta sobre os contratos e as condições de trabalho. Tal transmissão deverá ser prestada em tempo útil<sup>41 42</sup> e deverá ser suficientemente completa e precisa para permitir uma negociação séria<sup>43</sup> - e para permitir também, nos países que o reconhecem, o exercício de um direito de oposição à transmissão do contrato de trabalho - mas, por outro lado, pode haver algum interesse comercial em manter confidenciais certas informações quando, por exemplo, se prevê, uma fusão ou uma cisão de uma empresa. Mas, o problema mais delicado consiste em determinar quais as consequências do incumprimento da obrigação de informação, verificando-se neste domínio uma enorme diversidade de respostas. Acresce que as reacções de alguns ordenamentos, como o português, ao incumprimento do dever de informação são tão modestas - vide n.º 5 do artigo 286.º do Código do Trabalho - que se pode verdadeiramente questionar do respeito pelo espírito da Directiva em que a informação e a negociação com os representantes dos trabalhadores desempenham um papel fundamental<sup>44</sup>.

---

informados. Por outro lado, não parece que a informação prestada pelo transmitente e adquirente tenha que ser conjunta ou assentar numa especial troca de informação e colaboração entre eles.

<sup>41</sup> Cfr. o n.º 2 do artigo 286.0 do CT, que estabelece que a informação deve ser prestada por escrito pelo menos dez dias antes da consulta.

<sup>42</sup> Cfr., a este propósito, FRANÇOISE FAVENNEC-HÉRY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, DS 2005, págs. 729 e segs., pág. 732. Como a autora sublinha, a consulta deve realizar-se em tempo útil ou, como diz o artigo 7.º da Directiva de 12 de Março de 2001, em tempo útil para chegar a um acordo. A jurisprudência francesa mostra-se exigente na matéria impondo que a consulta tenha lugar antes que o projecto adapte a sua forma definitiva. A consulta deve pois intervir durante o processo de tomada de decisão, não sendo tomada em tempo útil se o empregador passa de repente do processo para a decisão. A questão da consulta prévia coloca também um problema espinhoso em matéria de confidencialidade dos dados, sobretudo em certos projectos de fusão ou cisão. A Directiva de 11 de Março de 2002 que estabelece um quadro geral de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores admite derrogações a esta obrigação de informação quando a sua natureza é tal que a revelação das informações prejudicaria gravemente o funcionamento da empresa. Contudo, tal excepção não está prevista neste contexto da transmissão.

<sup>43</sup> Sobre esta questão, cfr., por exemplo, TIMON GRAU, *Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang gemüß § 613a Abs. 5 BGB*, RdA 2005, págs. 367 e segs., que destaca, ob. cit., pág. 268, n. 10, que, por um lado, as informações devem ser transparentes, mas por outro não podem ser excessivamente complexas e abranger todos os detalhes.

<sup>44</sup> Assim, na doutrina portuguesa, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, ob. cit., pág. 470, que sublinhava que o Código de 2003 nem sequer sancionava o incumprimento do dever de consulta

Com efeito as reacções dos ordenamentos dos Estados Membros variam consideravelmente nesta matéria<sup>45</sup>: enquanto na hipótese de incumprimento da obrigação de informação só alguns Estados Membros prevêem sanções penais (é o caso da Espanha e da Bélgica e da própria França e Itália), apenas na Suécia o empregador pode ter que pagar uma indemnização aos sindicatos, inclusive por danos morais, quando violou o seu dever de consulta e informação. A lei de muitos Estados Membros não prevê expressamente (embora a solução seja adaptada num país que embora não seja membro da Comunidade introduziu legislação idêntica á da Directiva, a Suíça<sup>46</sup>) um direito de indemnização do próprio trabalhador, se a obrigação de informação e de consulta não tiver sido cumprida, embora tal direito seja já afirmado, por exemplo, pela jurisprudência alemã mais recente<sup>47</sup>. Com efeito, o direito do trabalhador a obter esse ressarcimento é defensável sobretudo nos países em que

---

com os representantes dos trabalhadores, mas apenas o incumprimento do dever de informação (e mesmo aqui tratando tal violação como uma contra-ordenação leve), o que a levava a afirmar, parece-nos que com inteira justeza, que "é duvidoso que se tenha procedido a um cumprimento cabal do disposto no art. 9.º da Directiva", e JOÃO REIS, *ob. cit.*, pág. 355. Este aspecto foi "corrigido" pelo Código de 2009 no seu artigo 286.º, n.º 5, estabelecendo que também o incumprimento do dever de consulta corresponde a uma contra-ordenação leve...

<sup>45</sup> Sobre este tema cfr., por todos, ROBERT REBHAHN, *ob. cit.*, pág. 11.

<sup>46</sup> A informação é de ROBERT REBHAHN, *ob. e lug. cit.*

<sup>47</sup> Sobre este tema cfr., por exemplo, STEFAN LUNK, *Schadensersatz wegen Verstoßes gegen die Unterrichtungspflicht bei einem Betriebsübergang gemii{3 § 613a Abs. 5 BGB*, RdA 2009, págs. 48 e segs. O BAG já se pronunciou no sentido de que a lesão do dever de informação pode acarretar para os trabalhadores um direito a indemnização desde que provem o dano que sofreram e que teria sido evitado por uma informação correcta e completa. Em Acórdão de 31.1.2008 (disponível no NZA 2008, págs. 642 e seg.) o BAG pronunciou-se quanto ao conteúdo deste dever de informação estendendo-o a certas consequências económicas mediatas da transmissão. No caso em concreto o transmitente da empresa tinha alienado a um terceiro as instalações em que a mesma estava instalada por 1 milhão e meio de euros, tendo transmitido a empresa sem esse imóvel (o transmissário, o transmitente e o terceiro tinham celebrado um acordo que permitia ao transmissário continuar a exploração da empresa nessas mesmas instalações). Na informação prestada tanto pelo transmitente como pelo o transmissário não tinha sido referido aos trabalhadores que o imóvel passaria a ser propriedade de um terceiro. O Tribunal sublinhou que esta informação deveria ser prestada uma vez que a alienação deste bem a um terceiro representava uma significativa redução do património do empregador e dos bens que poderiam responder por dívidas aos trabalhadores. Sublinhe-se que muito embora o tribunal alemão reconheça um direito a indemnização dos trabalhadores esse direito exige a demonstração do dano sofrido pelo trabalhador por força de uma informação incompleta ou deficiente (prova que no caso não foi feita).

se prevê um direito de oposição individual<sup>48</sup>; além disso, se o trabalhador se tiver demitido por força de uma informação incompleta relativamente às consequências da transmissão parece poder defender-se a anulabilidade desta demissão e a possibilidade de solicitar a reintegração na unidade económica. O único aspecto em que pareceria haver consenso quanto às consequências da violação da obrigação de consulta e informação aos representantes dos trabalhadores é o de que essa violação não incide sobre a validade da transmissão, já que tal obrigação não é um requisito dessa validade. Contudo a jurisprudência francesa já admitiu a possibilidade de suspender uma transmissão em curso enquanto a obrigação de informação e consulta não for cumprida<sup>49</sup>.

5. Outra questão igualmente muito controversa e em que, em boa verdade, se parece estar a tentar realizar uma verdadeira "quadratura do círculo", é a que respeita à proibição dos

---

<sup>48</sup> Independentemente de se reconhecer ou não entre nós um direito de oposição individual, em certos casos concretos a informação insuficiente ou incorrecta pode traduzir-se num dano para um trabalhador. Num caso como o alemão que mencionámos, a não informação aos trabalhadores ou seus representantes de que o prédio, que era o principal bem da empresa, não ia acompanhar a transmissão da empresa e não passaria a ser propriedade do transmissário poderia ter como consequência que os trabalhadores deixassem passar o prazo de um ano em que o transmitente é solidariamente responsável com o transmissário pelas dívidas vencidas antes da transmissão (n.º 2 do artigo 285.º). Até porque, por razões que desconhecemos, parece ter desaparecido no Código de 2009 a possibilidade anteriormente existente entre nós de o adquirente afixar um aviso nos locais de trabalho dando conhecimento aos trabalhadores que deveriam "reclamar os seus créditos no prazo de três meses sob pena de não se lhe transmitirem" (n.º 3 do artigo 319.º do Código do Trabalho de 2003).

<sup>49</sup> Segundo informa FRANÇOISE FAVENNEC-HÉRY, *La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise*, DS 2005, págs. 729 e segs., pág. 730, os tribunais franceses têm admitido a possibilidade de suspender processos de transmissão de empresa na hipótese de falta de informação adequada aos representantes dos trabalhadores. Esta questão da informação aos representantes dos trabalhadores sendo embora uma questão antiga foi de certo modo reforçada pela pressão do direito comunitário para que os Estados Membros aprofundassem a informação e a consulta às entidades representativas dos trabalhadores. A Directiva de 11 de Março de 2002 "visa instaurar neste domínio um verdadeiro diálogo social". A transmissão da empresa representa uma das modalidades de reestruturações, podendo surgir como fusão, cisão, filialização, retomar da gestão própria ou trazer um activo. A consulta dos representantes dos trabalhadores pode respeitar tanto aos trabalhadores da sociedade transmitida como aos daquela em que ela se incorpora.

despedimentos que tenham a sua causa na transmissão da unidade económica<sup>50</sup>. Muito embora se compreenda perfeitamente a ilicitude de tais despedimentos, sob pena de ser fácil contornar o regime protector da Directiva, a verdade é que é muito delicado conciliar esta proibição com o poder de despedir que continua a pertencer ao transmitente até à data da transmissão e ao transmissário a partir desse momento<sup>51</sup>. Antes da transmissão parece que se poderão presumir despedimentos realizados por causa da transmissão, aqueles que ocorram em momento temporalmente muito próximo dessa mesma transmissão<sup>52</sup>: deve exigir-se aqui um ónus de motivação particularmente agravado ao transmitente que decida proceder, por exemplo, a despedimentos colectivos ou a despedimentos por extinção do posto de trabalho para pouco tempo depois acabar por transmitir a empresa a outrem. Esta proximidade temporal<sup>53</sup> leva a presumir que os despedimentos se realizaram para "aligeirar" a empresa em

---

<sup>50</sup> Recorde-se que o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2001/123/CE dispõe que "a transferência de uma empresa ou estabelecimento ou de uma parte de empresa ou de estabelecimento não constitui em si mesma fundamento de despedimento por parte do cedente ou do cessionário", logo se acrescentando que "esta disposição não constitui obstáculo aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudança da força de trabalho".

<sup>51</sup> Como observa JEAN MOULY, *ob. cit.*, pág. 539, o poder de despedir como o TJCE já reconheceu, Acórdão de 12 de Março de 1998, Processo C-319/94, pertence tanto ao cedente como ao cessionário, sendo pois possível despedir por razões técnicas, económicas ou de organização. A transmissão da unidade económica não pode, ela própria, representar um motivo para o despedimento, mas parece que seria exagerado proibir totalmente os despedimentos antes da transmissão de empresa: tal retiraria ao empregador uma prerrogativa essencial de que dispõe como titular da empresa e, seria pois uma violação desproporcionada de um direito que o autor considera ser um direito fundamental do empregador, o direito de despedir (pág. 540). Curiosamente a jurisprudência francesa, já se inclinou no seu Acórdão Voisin a entender que são nulos e ilícitos despedimentos realizados pelo empregador, transmitente, muito próximo, pelo menos, da transmissão, ao menos quando tais despedimentos ocorrem por motivos económicos. Nesse Acórdão de 18 de Junho de 2003, uma trabalhadora foi despedida 2 meses antes da transmissão.

<sup>52</sup> Sobre o tema cfr. MARTIN FRANZEN, *Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrecht für die arbeitsrechtliche Regulierung des Betriebsübergangs*, NZA, Beilage, 2008, n. 0 4, págs. 139 e segs., pág. 142, que considera que decisiva parece ser a proximidade temporal do despedimento relativamente à transmissão, bem como a eventual contratação pelo transmissário de trabalhadores anteriormente despedidos pelo transmitente.

<sup>53</sup> Sobre o despedimento por razões económicas, técnicas e organizacionais, observa RONALD M. BELTZER, *ob. cit.*, págs. 149-150, que, relativamente ao despedimento realizado pelo transmitente, quando mais perto estiver o despedimento da data da transmissão, tanto mais se justifica uma análise correspondentemente mais cuidadosa dos fundamentos invocados pelo transmitente para o despedimento. Relativamente a um despedimento realizado pelo transmissário o autor considera que o despedimento deve ser avaliado como

termos de compromissos laborais, facilitando assim, eventualmente, a sua alienação<sup>54</sup>. E mesmo que não haja dolo por parte do transmitente talvez se deva reconhecer um certo "efeito Lázaro" e admitir que despedimentos colectivos já realizados em antecipação de um encerramento da empresa possam vir a ser impugnados caso esse encerramento não venha efectivamente a ocorrer.

Discute-se com muito menor intensidade o problema do despedimento por causa da transmissão uma vez efectuada a mesma: após a ocorrência desta o transmissário tem o poder de proceder a despedimentos tal como qualquer empregador. É aliás inegável que certas transmissões da unidade económica são particularmente propícias a despedimentos colectivos: basta pensar numa fusão de empresas para compreender que poderá existir uma duplicação de funções e um excesso de pessoal a ser suprimido a curto ou médio prazo. Um problema, contudo, que pode suscitar-se é o de o transmissário, por exemplo, numa fusão por incorporação, proceder a um despedimento sobretudo, quando não quase exclusivamente, do pessoal da unidade económica que acabou, por exemplo, de adquirir, em virtude, designadamente, de os salários praticados nessa unidade económica para as mesmas funções serem superiores<sup>55</sup>. Com o que, mais uma vez, a manutenção das condições existentes naquela

---

se não tivesse havido transmissão. No entanto o autor observa, também, que se o transmissário tem um excesso de pessoal após a transmissão deve poder despedir trabalhadores, ainda que este excesso seja, de algum modo, o resultado da transmissão porque esta não seria, em rigor, o fundamento do despedimento.

<sup>54</sup> Neste sentido, cfr., por exemplo, GERT-PETER REISSNER, *Zur Arbeitgeberkündigung nach Betriebsübergang, Zugleich eine Besprechung der E OGH 9 Ob A 97/02h*, ZAS (Zeitschrift für Arbeits und Sozialrecht) 2003, págs. 254 e segs., pág. 257. Para este autor, nas situações em que o despedimento ocorre temporalmente muito perto da transmissão poder-se-á mesmo presumir que a transmissão foi o verdadeiro motivo do despedimento, cabendo ao empregador o ónus de afirmar e provar o contrário e de demonstrar que o despedimento tinha um outro e verdadeiro fundamento. Como o autor destaca, pode haver casos em que apesar da proximidade com a transmissão do estabelecimento, o motivo económico do despedimento é outro, como sucede quando se encerra uma secção gravemente deficitária de um estabelecimento transmitido que teria de ser encerrada, houvesse ou não transmissão. Nos casos em que o despedimento não ocorreu temporalmente muito próximo da transmissão, caberá ao trabalhador a prova de que a transmissão foi mesmo o motivo do despedimento.

<sup>55</sup> GERT-PETER REISSNER, *ob. cit.*, pág. 258, dá como exemplo a fusão de duas seguradoras em que após a fusão apenas (ou quase) os trabalhadores da unidade económica transmitida é que são despedidos para preservar a "cultura organizatória", a filosofia da empresa do transmissário. Para o autor este despedimento colectivo será ilícito porque, no fundo, é realizado em fraude à Directiva. Com efeito, mesmo que haja um

unidade económica pode virar-se contra os próprios trabalhadores; uma solução possível, proposta recentemente pela doutrina e jurisprudência<sup>56</sup> austríacas, estaria em controlar os despedimentos colectivos e as extinções dos postos de trabalho, ao menos os ocorridos pouco tempo depois da transmissão e que abrangessem um número desproporcionado de trabalhadores da unidade económica transmitida.

6. À guisa de conclusão podemos afirmar que a construção do labirinto, em que a matéria da transmissão da unidade económica se converteu, prossegue a bom ritmo...

E à questão colocada, com ironia, por ANTOINE MAZEAUD - o trabalhador abrangido pela transmissão de uma unidade económica será feliz?<sup>57</sup> - parece que não pode deixar de responder-se reconhecendo, não só que as preocupações e incertezas deste trabalhador serão frequentemente bem fundadas, como a alegria de conservar o seu emprego pode revelar-se muito efémera ...

---

motivo técnico, económico, estrutural para o despedimento colectivo, não há verdadeiramente um motivo para que o despedimento colectivo só (ou quase só) abranja trabalhadores afectos à unidade económica transmitida. a aplicação neste contexto da figura da fraude à lei ou do negócio em fraude à lei é, no entanto, controversa, mesmo na Áustria. Poder-se-ia dizer que não há aqui fraude à lei, no despedimento colectivo ocorrido após a transmissão da unidade económica, porquanto os efeitos legais dessa transmissão se produziram, tendo ocorrido a transmissão dos contratos de trabalho. Contudo, pode questionar-se se o escopo da Directiva é apenas esse. Na opinião do autor seria um verdadeiro sofisma considerar que porque os contratos de trabalho se transmitiram, nem que seja por breves instantes, estaria cumprido o escopo da Directiva. Esta não visa apenas a transmissão, mas a continuação da relação de trabalho. Em suma (*ob. cit.*, pág. 260) o trabalhador deve ter a oportunidade de conservar o seu posto de trabalho apesar da transmissão. Tal oportunidade é-lhe negada quando, imediatamente após a transmissão, o transmissário procede a um despedimento apenas (ou quase) dos trabalhadores que acompanharam a unidade económica transmitida. Esse despedimento, se tiver como principal motivação contornar a Directiva e a exigência de manutenção dos contratos de trabalho e das condições contratuais anteriormente existentes, deve igualmente ser considerado fraudulento e, por conseguinte, inválido.

<sup>56</sup> Em Acórdão de 5 de Junho de 2002, o Supremo Tribunal Austríaco (OGH) considerou, efectivamente, que um despedimento após a transmissão de uma unidade económica tinha sido realizado em fraude à lei e com violação das regras sobre a transmissão da unidade económica.

<sup>57</sup> ANTOINE MAZEAUD, *ob. cit.*, pág. 737: «Le salarié transféré est-il heureux? Pas forcément».

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho

Publicado em Revista da Ordem dos Advogados, n.º 1 e 2 (JAN/JUN), 2009, pp. 267-296.

Rodrigo Serra Lourenço

O Jurista que seja, actualmente, questionado sobre a existência, âmbito e limites, no ordenamento jurídico português, de um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão dos seus contratos de trabalho no âmbito de um processo de transmissão de estabelecimento ou empresa<sup>1</sup> ver-se-á em dificuldades para dar uma resposta clara e precisa. Desde logo, ver-se-á em dificuldades para dar uma resposta com o grau mínimo de previsibilidade que requer a preparação de um processo deste tipo, designadamente quanto a procedimentos a observar e obrigações e encargos a assumir, e isto quer seja na perspectiva do transmitente, do transmissário ou do trabalhador<sup>2</sup>.

Com estas linhas, procura demonstrar-se a dificuldade do percurso que conduz à obtenção de uma resposta a esta questão, analisando, com o auxílio da doutrina conhecida, o respectivo enquadramento legal e a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, e ainda a jurisprudência comunitária, em cuja interpretação radicam, na nossa opinião, tanto a génese como a solução do problema.

---

<sup>1</sup> É efectivamente nisto que consiste o problema, embora muitas vezes seja genericamente referido o direito de oposição à transmissão do estabelecimento, o que não se verifica, pois a transmissão do estabelecimento é um acto translativo de propriedade da empresa ou estabelecimento, que ocorre independentemente da vontade dos trabalhadores.

<sup>2</sup> Embora no direito comunitário seja usada a terminologia cedente/cessionário, por oposição à terminologia transmitente/transmissário usada no CT, opta-se, visando uma maior clareza de exposição, por utilizar no presente trabalho esta última terminologia, excepto em transcrições de documentos, também por se considerar que os conceitos são, substancialmente, equivalentes nesta matéria, reconduzindo-se, no fundo, a actos que afectam o domínio sobre a “empresa laboral”, considerada por COUTINHO DE ABREU como “organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente continuado de uma actividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e colectivamente, ao direito do trabalho” in *Da Empresarialidade - As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 299.

## 1. Enquadramento legal

A transmissão de estabelecimento ou empresa encontra-se regulada nos artigos 285.º a 287.º do Código do Trabalho (CT), na versão aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. A nota dominante deste regime jurídico é a circunstância de a lei fazer transmitir a posição de empregador dos trabalhadores afectos a um estabelecimento ou empresa para o adquirente, em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa ou estabelecimento. Esta transmissão vem sendo considerada como operando por subrogação *ex lege*, pelo menos desde MOTA PINTO<sup>3</sup>. Porém, na verdade o fenómeno é mais abrangente do que a mera subrogação legal, pois, para além da posição de empregador nos contratos, o transmissário recebe ainda a responsabilidade pelo pagamento de coimas já aplicadas pela prática de contra-ordenações laborais, enquanto o transmitente também não se desonera completamente das obrigações relativas à sua posição, ao ficar solidariamente responsável, pelo período de um ano, pelas obrigações vencidas até à data da transmissão<sup>4</sup>. Podemos considerar então que este é um verdadeiro instituto de direito do trabalho, autonomizado, pelos fins e pelos meios, da subrogação legal enquanto instituto de direito privado comum, por ter especificidades próprias e não ser inteiramente reconduzível a este instituto. Uma destas especificidades será, precisamente, a existência ou não de um direito de oposição nos termos que aqui se analisam.

Ao regime da transmissão de estabelecimento são apontados dois objectivos<sup>5</sup>: por um lado, proteger a liberdade de iniciativa económica do empresário nos negócios que celebra com respeito à sua empresa; por outro lado, evitar que os trabalhadores sejam afectados na sua posição contratual por efeito da transmissão da empresa ou estabelecimento, mantendo-se as condições dos seus contratos. No tocante ao tema que agora nos ocupa, a lei não prevê expressamente qualquer direito específico de oposição dos trabalhadores à transmissão de estabelecimento, limitando-se a impor alguns deveres de informação (cfr. art. 286.º do CT).

Mas esta matéria é também objecto da Directiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou

<sup>3</sup> *Cessão da Posição Contratual*, reimp, Almedina, Coimbra, 1982

<sup>4</sup> Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, anotação ao artigo 318.º.

<sup>5</sup> Neste sentido, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II-Situações laborais individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 673.

estabelecimentos. Esta Directiva, que substituiu a Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, aplica a estas situações a mesma solução de *transmissão automática* da posição de empregador que já vigorava anteriormente no direito português, reforçada pela presunção (a nosso ver inilidível) de que a cessação do(s) contrato(s) de trabalho abrangidos pela transmissão, se existir, será da responsabilidade do empregador, quando tiver por base modificações substanciais da relação de trabalho que resultem dessa transmissão.

A Directiva n.º 2001/23/CE foi formalmente transposta para o direito interno português através do diploma que aprovou o Código do Trabalho<sup>6</sup>. O preâmbulo da Directiva refere, como seu fundamento e objectivos, os seguintes aspectos: *i)* a inevitabilidade da transferência de empresas como consequência da actividade económica; *ii)* a necessidade de proteger os trabalhadores nessas situações, especialmente assegurando a manutenção dos seus direitos; e *iii)* reduzir as diferenças existentes entre os Estados-membros no tocante à protecção dos trabalhadores neste domínio<sup>7</sup>. Com excepção da pretendida harmonização de legislações, estes objectivos não diferem substancialmente, na nossa opinião, dos que são apontados ao regime da legislação portuguesa, que de resto incorpora a Directiva<sup>8</sup>. É importante sublinhar que a Directiva não afecta, nos termos do seu artigo 8.º, a faculdade de os Estados-membros introduzirem disposições legais mais favoráveis aos trabalhadores.

Nem a Directiva n.º 2001/23/CE nem qualquer das Directivas que a antecederam nesta matéria prevêem expressamente qualquer direito de oposição dos trabalhadores à transmissão automática dos seus contratos para o transmissário da empresa ou estabelecimento<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Art. 2.º, al. q) da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

<sup>7</sup> Considerando serem muito modestos os objectivos da Directiva, por pretenderem apenas a harmonização do nível de protecção concedido aos trabalhadores e não a concessão de um nível de protecção substancial dos mesmos, JÚLIO GOMES, *O conflito entre a Jurisprudência Nacional e a Jurisprudência do TJCE em matéria de transmissão de estabelecimento no Direito do Trabalho*, RDES, Ano XXXVIII (1996), p. 90.

<sup>8</sup> Contra, reduzindo o objectivo da Directiva a evitar que a transmissão de estabelecimento possa causar a diminuição do nível de protecção social dos trabalhadores afectados, LIBERAL FERNANDES, *Transmissão do Estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do artigo 37.º da LCT conforme o direito comunitário*, Questões Laborais, Ano VI, n.º 14, 1999, p. 225.

<sup>9</sup> Para uma descrição exaustiva da evolução histórica destas Directivas e da jurisprudência do TJCE, bem como a análise de algum direito comparado, DAVID FIGUEIREDO MARTINS, *O Direito de oposição do trabalhador na transmissão do estabelecimento*, Relatório de Mestrado, 2007, Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa.

## 2. A jurisprudência do T J CE a partir do Acórdão *Katsikas*

É pacificamente entendido, na doutrina nacional e estrangeira, que a questão da existência de um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão da posição de empregador na sequência de transmissão de empresa, no âmbito da Directiva 77/187/CEE (2001/23/CE), é de criação jurisprudencial, tendo surgido pela primeira vez com o já famoso Acórdão *Katsikas*<sup>10</sup> do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), de 16 de Dezembro de 1992.

É importante para este tema, atendendo ao papel que nele desempenha o Acórdão *Katsikas*, fazer um breve enquadramento e análise deste aresto, em que foi Relator o Juiz Fernand Grévisse<sup>11</sup>.

Deve começar-se por referir que o Acórdão *Katsikas* resulta de um pedido de reenvio prejudicial feito por tribunais alemães para o TJCE, sobre o alcance da Directiva 77/187/CEE. Na Alemanha, a jurisprudência reconhecia aos trabalhadores abrangidos por uma transmissão de estabelecimento o direito de oposição à transmissão dos seus contratos de trabalho para o transmissário, no que era aparentemente contrariado pela Directiva 77/187/CEE, que impunha essa transmissão de modo automático<sup>12</sup>.

Assim, na questão decidenda, o Sr. Katsikas opunha-se à projectada transmissão do seu contrato de trabalho para o adquirente do restaurante onde trabalhava, pretendendo continuar a trabalhar noutro restaurante do seu empregador. Este, por seu turno, defendia que a Directiva 77/187/CEE impunha a transmissão do contrato de trabalho do Sr. Katsikas por mero efeito da transmissão do estabelecimento, não cabendo ali qualquer oposição. Em consequência, o Sr. Katsikas acabou por ser despedido. A grande questão subjacente ao pedido de reenvio prejudicial era, assim, a de saber se a construção jurisprudencial alemã do direito de oposição era ou não compatível com o regime de transmissão automática consagrado na Directiva 77/187/CEE, que havia sido invocado pelo cedente para afastar aquela oposição.

Deveria o artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 77/187/CEE ser interpretado no sentido de um trabalhador se não poder opor à transferência automática do seu contrato de trabalho para o

<sup>10</sup> Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91.

<sup>11</sup> Pode ver-se também uma análise detalhada deste Acórdão, documentos complementares e posições institucionalmente adoptadas na produção do mesmo em JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 127 ss.

<sup>12</sup> Em 2004, veio a consagrar-se expressamente no BGB o direito de oposição, que consta agora do § 613a, n.º 6 deste diploma.

adquirente do estabelecimento ou empresa a que se encontra funcionalmente ligado, derogando o direito de oposição reconhecido pela jurisprudência alemã?

O Tribunal começou por sustentar ser jurisprudência constante do TJCE que o objectivo da Directiva 77/187/CEE, consistia em *“assegurar a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de mudança de empresário, permitindo-lhes ficar ao serviço do novo empresário nas mesmas condições acordadas com o cedente”* (sublinhado nosso).

Em seguida, defendeu que *“sendo de ordem pública a protecção que a Directiva pretende garantir aos trabalhadores e, portanto, subtraída à vontade das partes no contrato de trabalho, as normas da Directiva devem ser consideradas como imperativas, no sentido de que não podem ser derrogadas de forma desfavorável para os trabalhadores”* (sublinhado nosso).

Sustentou ainda o TJCE que *“(…) se a Directiva, que apenas procede a uma harmonização parcial da matéria em causa (...) permite que o trabalhador fique ao serviço do novo empresário nas mesmas condições que as acordadas com o cedente, não pode ser interpretada como obrigando o trabalhador a manter a relação de trabalho com o cessionário. Uma tal obrigação poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente”* (sublinhados nossos).

Por fim, o TJCE, em termos bastante ambíguos, concluiu que *“as disposições do artigo 3.º n.º 1 da Directiva não constituem obstáculo a que a que um trabalhador decida opor-se à transferência do seu contrato ou da sua relação de trabalho, e, deste modo, não beneficie da protecção que lhe concede a Directiva “(…), contudo, tal como decidiu o TICE( ... ), a Directiva não visa manter o contrato ou a relação laboral com o cedente no caso do trabalhador empregado na empresa não pretender continuar ao serviço do cessionário”* (sublinhados nossos).

Qual é, então, na perspectiva do TJCE, a consequência que uma correcta interpretação da Directiva 77/187/CEE atribui ao exercício desta oposição pelo trabalhador, uma vez que esta Directiva nada diz a esse respeito e que o TJCE entende que a Directiva 77/187/CEE não visa manter o contrato com o cedente? O TJCE absteve-se de se pronunciar, pelo menos de modo claro e imperativo, concluindo que *“(.. ) na hipótese do trabalhador decidir, livremente, não continuar o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, a Directiva não obriga os Estados-membros a determinar que a relação de trabalho se mantenha com o cedente.*

*Nessa hipótese, compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que a relação de trabalho se mantenha com o cedente”.*

Aparentemente, o TJCE entende serem possíveis, em abstracto, diversas soluções legais para assegurar ao trabalhador o seu direito a não continuar o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, enunciando algumas sem impor verdadeiramente nenhuma<sup>13</sup>. O que parece claro é que as específicas soluções legais que devem garantir este direito de oposição não integram o âmbito de aplicação da Directiva, estando para além dela, nas legislações nacionais dos Estados-membros. Se o efeito desta doutrina não levanta, em princípio, problemas de maior naqueles ordenamentos jurídicos, como o alemão, em que existia já um direito de oposição, o mesmo não ocorre naqueles ordenamentos jurídicos em que nada está previsto a esse respeito, como é o caso do português.

Com base na doutrina do Acórdão *Katsikas*, o TJCE proferiu, em 7 de Março de 1996, o Acórdão *Merda*<sup>14</sup>, que não contribuiu, na nossa opinião, para esclarecer a questão dos contornos do direito de oposição nos países cujas legislações não o consagravam. Neste caso, o Sr. Merckx, vendedor de automóveis, queria opor-se à transmissão do seu contrato de trabalho juntamente com a transmissão da empresa para a qual trabalhava, alegando que o cessionário recusou garantir a manutenção da sua remuneração, que assentava no volume de negócios. Uma vez que o cedente não concordou, o Sr. Merckx rescindiu invocando justa causa, ao que o cedente se opôs.

Quanto à rescisão, o TJCE considerou que esta era legítima, atendendo ao artigo 4.º, n.º 2 da Directiva, que considera que, existindo modificações substanciais das condições do contrato com a transmissão, a rescisão se considera da responsabilidade da entidade patronal. No tocante ao direito de oposição, reafirmou que a Directiva não pode ser interpretada no sentido de obrigar o trabalhador a manter a relação de trabalho com o cessionário, o que poria em causa os seus direitos fundamentais, designadamente de escolher a sua entidade patronal.

---

<sup>13</sup> Pelo facto de deixar esta matéria na disposição das várias e muito diferenciadas legislações dos Estados-membros, este acórdão foi já alvo de críticas severas, designadamente por JOHN MCMULLEN, que se lhe referiu como “hugely disappointing” – *The “right” to object to transfer of employment under TUPE*, *Industrial Law Review*, Oxford University Press, 2008, vol. 2.

<sup>14</sup> Processos apensos C-171/94 e C-172/94.

Quanto à questão do destino reservado à relação laboral, o TJCE voltou a decidir que *"compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que a relação de trabalho se mantenha com o cedente (Acórdão Katsikas, já referido, nos. 35 e 36)"*. Esta doutrina foi integralmente reafirmada nos Acórdãos *Europiéces*<sup>15</sup>, de 12 de Novembro de 1998, e *Temco Service*<sup>16</sup>, de 24 de Janeiro de 2002. Neste último caso, no entanto, o TJCE afirmou expressamente que *"a Directiva não obsta a que o contrato ou relação de trabalho dum trabalhador empregado pelo cedente à data da cessão da empresa subsista com o cedente, quando o referido trabalhador se opõe à cessão do contrato ou relação de trabalho ao cessionário"*. Porém, esta solução decorre, à semelhança das soluções dos Acórdãos anteriormente referidos, da compatibilidade da Directiva seja com a solução da continuidade, seja com a solução da rescisão do contrato, dependendo da específica legislação nacional. Assim, em nenhuma destas decisões vem o TJCE impor a continuidade da relação com o cedente ao abrigo da Directiva.

### 3. A doutrina nacional subsequente ao Acórdão *Katsikas*

A partir do Acórdão *Katsikas*, alguma doutrina passou a defender a necessidade da anuência do trabalhador para que se transfira a sua relação laboral para o transmissário na sequência da transmissão de empresa. É o caso de JÚLIO GOMES<sup>17</sup>, LIBERAL FERNANDES<sup>18</sup> e RITA GARCIA PEREIRA<sup>19</sup>. Para JÚLIO GOMES, o respeito pela liberdade de escolha do outro contraente, que assiste ao trabalhador, deve prevalecer sobre o direito do empresário a celebrar negócios sobre a sua empresa dispensando o consentimento daquele. O eminente laboralista funda esta ponderação de interesses em duas ordens de razões. Em primeiro lugar, a prática é rica em casos em que o regime da transmissão automática dos contratos por efeito

<sup>15</sup> Processo C-399/96.

<sup>16</sup> Processo C-51100.

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 166, e *"A Jurisprudência recente do TJCE em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento: inflexão ou continuidade?"* in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol I, Almedina, Coimbra, 2001.

<sup>18</sup> Ob. cit.

<sup>19</sup> *Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial*, Verbo Jurídico ([www.verbojuridico.com](http://www.verbojuridico.com)), 20 de Janeiro de 2005.

da transmissão da empresa é usado em prejuízo do trabalhador, designadamente através da transmissão para entidades sem real vontade de prosseguir a actividade da empresa, pelo que o direito de oposição dos trabalhadores seria o modo mais eficaz de tutela dos seus direitos nesta sede. Em segundo lugar, a admissão da transmissão automática dos contratos sem admitir a hipótese de recusa do trabalhador equivaleria a uma intolerável *capitis deminutio*, frontalmente ofensiva da sua dignidade pessoal e que o converteria "*numa espécie de servo da gleba, ou, neste caso, de estabelecimento*"<sup>20</sup>.

Embora defendendo a existência, desde o Acórdão *Katsikas*, do direito de oposição dos trabalhadores à transmissão do seu contrato ou relação laboral por mero efeito da transmissão da empresa, JÚLIO GOMES reconhece a dificuldade em retirar do referido aresto um conteúdo específico para esse direito no plano do direito constituído, admitindo ser essa uma solução a criar principalmente pelo direito a constituir. No entanto, considera estar-se actualmente perante uma lacuna, que deve integrar-se nos termos gerais.

Nessa sede, admite serem defensáveis várias posições, aderindo àquela que advoga, ao abrigo da legislação actual e da interpretação da Directiva feita pelo TJCE, dever reconhecer-se ao trabalhador o direito a prosseguir a relação de trabalho com o transmitente quando tal seja possível, primeiramente sugerida por LIBERAL FERNANDES. Quando tal não seja possível, por ter sido transmitido o único estabelecimento ou empresa do transmitente – ou, diremos nós, quando o estabelecimento ou empresa transmitido, não sendo o único do transmitente, apresente características materialmente diversas dos que permanecem na titularidade deste, v.g. correspondendo a uma área de negócio ou sector de actividade distinto, na qual o trabalhador não possa integrar-se – então dever-se-ia considerar extinto o contrato por caducidade, resultante de um facto - a transmissão de estabelecimento – "*que impossibilita o recebimento da prestação que o trabalhador continua disposto a oferecer*"<sup>21</sup>.

LIBERAL FERNANDES encara a questão de forma diversa: partindo do mesmo postulado de que o Acórdão *Katsikas* consagrou um direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato ou relação laboral para o transmissário, este autor entende que este direito de oposição deve equivaler à faculdade de continuar a relação laboral com o cedente e não a uma declaração de rescisão unilateral do contrato, já que considerá-lo desta

---

<sup>20</sup> "O conflito (...)", ob. cit., p. 173.

<sup>21</sup> "A jurisprudência (. . .)", ob. cit., p. 521. Embora avançada ainda na vigência da LCCT, cremos que esta solução não se altera com a entrada em vigor do CT, continuando a caber ao trabalhador uma indemnização, correspondente agora à que cabe ao despedimento colectivo.

última forma corresponderia a anular o conteúdo deste direito<sup>22</sup>. Esta solução é defendida mesmo para os casos em que o transmitente aliena o seu único estabelecimento, ficando comprometida a continuidade da relação laboral. O direito de oposição assim configurado fundamentar-se-ia nos princípios da autonomia contratual e da livre escolha de profissão, e também na circunstância de ser o meio mais adequado à protecção dos direitos dos trabalhadores, evitando prejuízos decorrentes da mudança de empregador, já que *"mesmo que a oposição possa implicar um risco acrescido para o trabalhador de ser despedido por razões económicas, deve admitir-se, ainda assim, que é ele quem está em melhores condições de avaliar esse dano"*.

Já RITA GARCIA PEREIRA realça, nesta matéria, as manobras fraudulentas a que as empresas muitas vezes recorrem, envolvendo a transmissão automática dos contratos de trabalho provocada pela transmissão da empresa ou estabelecimento, para prejudicar os direitos dos trabalhadores, *maxime* quanto à garantia dos seus créditos laborais. Fazendo apelo aos ditames da boa-fé e confiança contratuais, esta autora junta ainda aos argumentos dos autores anteriormente referidos que o trabalhador *"goza de um feixe de direitos relacionados com a "ocupação efectiva", entre os quais o direito à realização profissional, direito esse que pode ser irremediavelmente comprometido com a transferência de entidade patronal"*<sup>23</sup>. A tutela dos direitos associados à ocupação efectiva seria assim, também, um fundamento do direito de oposição dos trabalhadores à transmissão do seu contrato ou relação laboral. Uma vez exercido este direito de oposição, o transmitente deveria tomar medidas no sentido de assegurar a continuidade do vínculo laboral noutra entidade, e apenas no caso de demonstrar não ser possível esta solução haveria lugar a rescisão com justa causa, pelo trabalhador.

Contra a vigência de um direito de oposição nos moldes que defendem os autores anteriormente referidos pronunciou-se PEDRO FURTADO MARTINS<sup>24</sup>. Este autor sustenta que a doutrina do TJCE subsequente ao Acórdão *Katsikas* é perfeitamente compatível com o entendimento tradicional da transmissão de estabelecimento, segundo o qual o trabalhador, não querendo que o seu contrato ou relação laboral se transmita para o transmissário, *"terá,*

---

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 228.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 9.

<sup>24</sup> *"Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do CT e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho"*, in Memórias dos IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2007, p. 329.

*em regra, de lançar mão da denúncia do respectivo contrato, mediante o aviso prévio normalmente exigido", admitindo ainda que o trabalhador faça prova de factos constitutivos de justa causa de rescisão contratual. Aos argumentos de violação de direitos fundamentais do trabalhador pela imposição de uma relação contratual com quem não escolheu, responde este autor que, "antes pelo contrário, a imposição da manutenção dos vínculos laborais com o adquirente do estabelecimento é um importante corolário do princípio da segurança no emprego e da estabilidade dos vínculos laborais, ao qual, como é geralmente reconhecido, está subjacente a consideração do trabalhador como pessoa".*

#### **4. A Jurisprudência nacional relativa ao direito de oposição**

Antes do Acórdão *Katsikas*, não temos notícia de qualquer questão relativa ao direito de oposição à transmissão do contrato ou relação laboral associada à transmissão da empresa ou estabelecimento que tenha produzido jurisprudência em Portugal. Em bom rigor, o quadro legal vigente não contemplava este direito, o que pode justificar que a questão nem sequer se colocasse. Diversamente, JÚLIO GOMES<sup>25</sup> defende que o direito de oposição poderia ser deduzido pelos tribunais dos princípios gerais de direito civil e laboral, sem necessidade de disposição legislativa expressa. Fora do quadro do Acórdão *Katsikas*, não podemos, porém, concordar com este entendimento, pois existia norma expressa impondo o contrário, ou seja, a transmissão *ope legis* da posição de empregador como meio de tutela dos direitos dos trabalhadores. Pensamos que, sendo assim, os tribunais só poderiam impor uma solução diferente através do recurso a institutos que afastassem excepcionalmente a aplicação dessa norma, como o abuso de direito ou o negócio em fraude à lei, e não pelo recurso a princípios gerais de direito, o que lhes estaria vedado, sob pena de se incorrer em interpretação abrogante<sup>26</sup>.

Já posteriormente ao Acórdão *Katsikas*, e num primeiro momento, a jurisprudência começou por aderir integralmente, e em termos por vezes bastante rígidos, à concepção tradicional da transmissão de estabelecimento ou empresa, segundo a qual os contratos de trabalho acompanham os estabelecimentos ou empresas transmitidos.

---

<sup>25</sup> "A jurisprudência (...)", p. 519.

<sup>26</sup> Questão diferente seria o recurso, pelos trabalhadores envolvidos, à resolução com justa causa, o que, ontem como hoje, lhes é possível fazer.

São exemplos deste entendimento e momento específico os Acórdãos do STJ de 9 de Novembro de 1994 e de 24 de Maio de 1995<sup>27</sup>. Muito embora não fosse nestes Acórdãos analisada qualquer pretensão de oposição à transmissão, neles se disserta sobre a natureza jurídica da transmissão de estabelecimento ou empresa em direito laboral, que se reconduz à sub-rogação legal, "*sem necessidade da anuência do trabalhador*". Aponta-se, como justificação deste regime, os já conhecidos objectivos de garantir a continuidade da actividade produtiva e de protecção dos trabalhadores, sem o que as relações de trabalho em causa ficariam na dependência da vontade do adquirente. Acrescenta-se, ainda, o argumento de que "*o nosso ordenamento jurídico-laboral insere-se na teoria da empresa, nos termos da qual o trabalhador se encontra menos ligado à pessoa do empresário do que à empresa; os contratos de trabalho são instrumentos integradores da empresa, o que os expõe à sorte desta*".

Pronunciando-se já sobre uma situação em que os trabalhadores pretendiam ver reconhecido o exercício do direito de oposição à transmissão dos seus contratos de trabalho, e invocando expressamente o Acórdão *Katsikas*, o Acórdão do STJ de 30 de Junho de 1999<sup>28</sup> concluiu pela inexistência desse direito, afirmando que a Directiva 77/187/CEE não criou para os Estados-membros qualquer obrigação de prever um direito de oposição dos trabalhadores nesta matéria. Este aresto transcreve mesmo o segmento decisório do Acórdão *Katsikas*, concluindo que o mesmo não obriga os Estados-membros a prever que, em caso do trabalhador decidir livremente não manter a relação laboral com o cessionário, o contrato se mantenha com o cedente, pelo que em nada contende com a solução da transmissão automática sem necessidade do acordo dos trabalhadores que se entendia vigorar então ao abrigo do artigo 37.º da LCT, e hoje do artigo 285.º do CT. Este Acórdão foi alvo de uma importante crítica de LIBERAL FERNANDES<sup>29</sup>, que havia juntado ao mesmo um parecer de sentido oposto, nos termos já enunciados *supra*. Parece-nos que esta crítica – e à distância de cerca de dez anos sobre o momento em que mesma foi elaborada, com o benefício de todos os desenvolvimentos entretanto ocorridos – parte de um incorrecto enquadramento do Acórdão *Katsikas*, já que faz equivaler o direito de oposição que o mesmo consagraria à manutenção da relação contratual com o transmitente, o que nos parece um passo que o

---

<sup>27</sup> Em ambos sendo relator DIAS SIMÕES - disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e comentados por JÚLIO GOMES em "*O conflito (...)*", p.166 ss.

<sup>28</sup> Tendo por Relator MANUEL PEREIRA, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); comentado por LIBERAL FERNANDES, ob. cit.

<sup>29</sup> Ob. cit.

Acórdão não permite dar. Com efeito, o próprio Acórdão *Katsikas* considera serem admissíveis várias soluções para enquadrar o direito de oposição, tarefa que remete para o direito interno de cada Estado-membro. A manutenção da relação laboral com o transmitente é apenas uma delas, sendo também expressamente referido que, "(...) os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos". LIBERAL FERNANDES, porém, considera que desta remissão para o direito nacional não pode resultar a solução de rescisão unilateral do contrato, "sob pena de anular-se o conteúdo do direito de oposição"<sup>30</sup>. Parece-nos uma posição defensável no plano do direito a constituir, mas não no plano do direito actualmente vigente e aplicável, pois se, como o próprio autor reconhece, o direito de oposição nasce do direito comunitário, através da jurisprudência vinculativa do TJCE, e este órgão admite que o mesmo pode ser tutelado pelos Estados-membros não só através da manutenção da relação laboral com o cedente, mas também através da rescisão unilateral dos contratos, é forçoso concluir que esta última hipótese não anula o direito de oposição.

Porém, a jurisprudência nacional haveria de inverter-se, passando a aderir às teses de LIBERAL FERNANDES. Em Acórdão de 27 de Maio de 2004<sup>31</sup>, o STJ sustentou que "os princípios da autonomia contratual e da livre escolha de profissão justificam a possibilidade do trabalhador se opor à transferência, sem que tal possa ser interpretado como declaração de rescisão unilateral do contrato, pois o trabalhador pode ter motivos para não querer mudar de empregador, designadamente se tem dúvidas quanto à solvabilidade e viabilidade da empresa, ou se não lhe merece confiança a política de pessoal ou organização do trabalho que o cessionário adapta, constituindo a oposição um meio que lhe permite controlar a própria conveniência da continuação da relação laboral, já que esta nem sempre é concretamente a solução que lhe é mais favorável". Mesmo reconhecendo a existência e plena vigência de um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão do seu contrato ou relação laboral, este Acórdão não chega a definir qual o destino a dar ao contrato do trabalhador oponente. Enunciando as várias teses existentes sobre esta matéria, designadamente as de JÚLIO GOMES e LIBERAL FERNANDES, o Acórdão queda-se no conforto de uma decisão formal, por considerar ter o trabalhador exercido o seu direito "numa ocasião em que as posições da cedente, da

---

<sup>30</sup> Ob. cit., p 230.

<sup>31</sup> Tendo por Relator VITOR MESQUITA, com voto de vencido de FERNANDES CADILHA, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

*cessionária e do trabalhador se haviam já consolidado na esfera jurídica de todos os sujeitos envolvidos", pelo que a oposição não pôde ser atendida.*

Um pouco mais longe foi o Acórdão do STJ de 29 de Junho de 2005<sup>32</sup>. Este aresto, tal como o anteriormente referido, reconheceu a existência do direito de oposição, fundado na jurisprudência do TJCE e decorrente do respeito pela dignidade da pessoa humana, acabando por não o reconhecer no caso concreto pelo seu exercício intempestivo. Porém, sustentou que, em condições normais, os trabalhadores nessa situação poderiam opor-se à transferência, *"rescindindo o contrato de trabalho, e considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora"*. Embora pareça apontar no sentido da desnecessidade de prova, pelo trabalhador, de modificações na relação laboral após a transmissão para tornar a entidade empregadora responsável pela rescisão, com a consequente obrigação de indemnização<sup>33</sup>, o Acórdão não é totalmente explícito a esse respeito. No entanto, ao enquadrar na rescisão o direito de oposição, afasta decididamente a hipótese de continuação potestativa da relação com o cedente.

Não obstante dever reconhecer-se a existência de diversa e rica jurisprudência sobre este tema, a verdade é que a mesma configura também uma inquietante oposição de julgados, que é urgente sanar para garantia da melhor aplicação do direito.

## 5. Apreciação crítica: a lacuna do direito de oposição

Tal como a notícia da morte de Mark Twain, também os efeitos do Acórdão *Katsikas* poderão ter sido algo exagerados. Parece-nos que, analisando-se com rigor este aresto, se verifica serem demasiado ambiciosas muitas das interpretações que dele têm sido feitas, sendo bastante mais modesto o seu alcance, ao ponto de VALDES DAL RÉ ter afirmado que *"a força da doutrina Katsikas, se é que a tem, é demonstrar os limites da harmonização parcial efectuada pelo Direito Comunitário em matéria de transferência de estabelecimentos"*<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Sendo Relatora LAURA LEONARDO, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>33</sup> Questão a que voltaremos adiante é a de saber se o facto de se considerar a rescisão da responsabilidade da entidade empregadora a qualifica como justa causa subjectiva de rescisão, nos termos do n.º 2 do artigo 394.º do CT, com direito à respectiva indemnização, ou se estaremos antes perante uma situação de justa causa objectiva de rescisão, sem direito a indemnização, nos termos do n.º 3 do artigo 394.º do CT.

<sup>34</sup> *"Transfer of undertakings: an experience of clashes and harmonies between Community Law and National Legal systems"*, in Sc1ARRA et al, *"Labour Law in the courts"*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 198.

Do ponto de vista do direito português, a questão do direito de oposição surge com o Acórdão *Katsikas* do TJCE, sendo perfeitamente pacífica a interpretação do direito anterior a este Acórdão no sentido da inexistência do direito de oposição, quando a questão nem sequer se colocava<sup>35</sup>. Tal como é concebido pela doutrina que hoje o defende, o direito de oposição é sempre um direito potestativo, seja de modificar a relação laboral no sentido de seguir o transmitente, seja de rescindir unilateralmente o contrato, o que manifestamente não encontra correspondência expressa na nossa legislação. Assim, justifica-se a análise das condições específicas que determinaram a prolação do Acórdão *Katsikas*, do sentido da interpretação que deu à Directiva 77/187/CEE e do poder vinculativo desta interpretação.

Em primeiro lugar, importa não perder de vista que o Acórdão *Katsikas* emerge de uma questão relativa à compatibilidade da Directiva 77/187/CEE com o direito interno de um Estado-Membro, neste caso a Alemanha. Foi relativamente ao direito alemão, e não ao direito de outros Estados-membros, que a questão se colocou, o que não é despidendo, atendendo à enorme diversidade de soluções que neste domínio existem no âmbito das legislações nacionais<sup>36</sup>. No caso concreto, o direito alemão previa o direito de oposição, a que um determinado empregador queria eximir-se por força da aplicação imperativa do regime da Directiva 77/187/CEE, que imporia a transmissão automática.

A nosso ver, o Acórdão *Katsikas* pronuncia-se antes de mais no sentido de que a Directiva consagra um regime de *tutela mínima* dos direitos dos trabalhadores em caso de transmissão de estabelecimento ou empresa, consistindo na transmissão automática dos contratos de trabalho para o transmissário, que não impede a existência de regimes complementares no direito interno dos Estados-membros que com ela sejam compatíveis, como o direito de oposição reconhecido no direito alemão. Com efeito, só assim se compreendem as referências feitas pelo Tribunal ao facto de que "*a Directiva, (...) apenas procede a uma harmonização parcial da matéria em causa*", e que "*a Directiva não obriga os Estados-membros a determinar que a relação de trabalho se mantenha com o cedente. Nessa hipótese, compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho.*"

O TJCE admitiu, assim, que o regime da Directiva 77/187/CEE estabelece uma tutela mínima de protecção dos trabalhadores, a qual, apesar de imperativa, pode ser integrada por disposições de direito interno que imponham uma solução diferente, desde que não

<sup>35</sup> Ver, no entanto, a posição de JÚLIO GOMES referida no ponto 4 e nota 23 supra.

<sup>36</sup> Neste sentido, MCMULLEN, ob. cit., p. 2.

contendendo com a tutela conferida pela Directiva no sentido da transmissão dos contratos para o cessionário, se o trabalhador não se opuser.

Porém, se a questão pudesse ser reduzida a estes termos, seria forçoso subordinar a existência e efeitos deste direito de oposição às disposições relevantes do direito interno de cada Estado-membro. Se este direito existisse, os trabalhadores poderiam recorrer a ele, desde que não contrariasse a tutela mínima da Directiva 77/187/CEE; se não existisse, os trabalhadores teriam apenas a tutela mínima da Directiva para sua protecção. Mas o TJCE não foi por este caminho, pois, se assim fosse, teria afirmado que o direito de oposição se enquadrava nas disposições mais favoráveis dos Estados-membros que o artigo 8.º da Directiva prevê, tal como sugeriu um dos tribunais alemães que formulou o pedido de reenvio prejudicial.

Ora, o TJCE, afastando esta sugestão do tribunal alemão, afirmou expressamente que *"as disposições do artigo 3.º, n.º 1 da Directiva não constituem obstáculo a que a que um trabalhador decida opor-se à transferência do seu contrato ou da sua relação de trabalho, e, deste modo, não beneficie da protecção que lhe concede a Directiva."* É, assim, na própria Directiva que radica o direito do trabalhador se opor à transferência do seu contrato ou relação laboral para o cessionário, e não nas disposições mais favoráveis eventualmente existentes na legislação de cada Estado-membro. Somos, assim, pela existência de um direito de oposição fundado na interpretação da Directiva feita pelo TJCE, que se impõe a todos os Estados-membros e de que podem beneficiar todos os trabalhadores destes Estados, em virtude do efeito directo das Directivas e do primado do Direito Comunitário sobre o direito nacional<sup>37</sup>. Se dúvidas existirem quanto à génese jurisprudencial deste direito de oposição, note-se que o próprio TJCE dá a esta sua solução um fundamento exterior ao regime da Directiva 77/187/CEE, que se resume a considerar que a imposição da continuação da relação com o cedente *"poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente."* Fundamentos muito louváveis e dos quais ninguém discordará, mas que se situam claramente além dos objectivos e soluções da Directiva interpretada, em direitos fundamentais cuja fonte não se especifica.

Mas, na nossa opinião, é este o limite da doutrina do Acórdão *Katsikas*, pelo que subscrevemos inteiramente as palavras de VALDES DAL RÉ no sentido do limite da harmonização parcial operada pela Directiva 77/187/CEE. O TJCE dá o direito de oposição, mas

<sup>37</sup> Quanto a este ponto, ver LIBERAL FERNANDES, ob. cit., p. 234, que se acompanha.

não o seu conteúdo, que terá de ser procurado no direito interno dos Estados-membros. Este claro convite a legislar tem vindo a ser seguido, tendo já os ordenamentos jurídicos alemão e britânico passado recentemente a prever o direito de oposição em termos expressos<sup>38</sup>, o que antes não sucedia, sendo mesmo afastado no caso britânico. De forma que bem ilustra o que acaba de dizer-se, as soluções adaptadas por estes dois Estados-membros não são coincidentes, admitindo o direito alemão que o trabalhador siga o cedente nalguns casos, enquanto o direito britânico enquadra a oposição na rescisão sem direito a indemnização. Ambas as opções se enquadram nas vias de realização do direito de oposição apontadas no próprio Acórdão *Katsikas*: "*Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que a relação de trabalho se mantenha com o cedente*".

O que parece inquestionável é que o TJCE consagrou expressamente um direito de oposição dos trabalhadores à transmissão das suas relações laborais para o cessionário, directamente emergente da Directiva 77/187 /CEE e não de disposições mais favoráveis dos Estados-membros, cujo conteúdo se poderá traduzir na rescisão do contrato de trabalho, com ou sem indemnização, na continuidade da relação com o cedente ou ainda noutra solução eventualmente encontrada pelos legisladores nacionais, desde que garantido aos trabalhadores o mesmo resultado, ou seja, o direito de não trabalharem para o cessionário. Este direito é, na nossa opinião, próprio do instituto juslaboral da transmissão de estabelecimento, e não reconduzível às causas gerais de cessação dos contratos de trabalho, como a rescisão ou a denúncia, que poderão também (ou não) aplicar-se se estiverem preenchidos os respectivos requisitos.

Assim, não podemos concordar com PEDRO FURTADO MARTINS<sup>39</sup>, quando afirma que a doutrina do Acórdão *Katsikas* é perfeitamente compatível com a concepção tradicional, segundo a qual o direito de oposição deveria ser enquadrado na denúncia ou resolução com justa causa, quando fundamentada. Esta é uma solução que, sendo adaptada, encontra desde logo dificuldades práticas, como as eventuais incompatibilidades entre os prazos da denúncia e os prazos da informação aos trabalhadores da projectada transmissão. Com efeito, o trabalhador, ainda que sendo informado da transmissão nos prazos devidos e mesmo que

---

<sup>38</sup> Designadamente no § 613a, n.º 6 do BGB e no Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006.

<sup>39</sup> *Ob. cit.*

denunciando logo o contrato, pode ver-se na contingência de ter de trabalhar para o cessionário, por ser superior o prazo de aviso prévio a que está legalmente obrigado, o que nos parece contrariar o direito de oposição tal como gizado pelo TJCE. Por outro lado, o artigo 4.º da Directiva 77/187/CEE estabelece que, se o contrato for rescindido "*pelo facto da transferência implicar uma modificação das relações de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato considera-se da responsabilidade do empregador*". Ora, esta protecção é maior do que a concedida pelas normas relativas à resolução com justa causa pelo trabalhador no artigo 394.º do CT, onde é necessário que a alteração das condições de trabalho seja "substancial e duradora" e apreciada nos termos do artigo 351.º do CT, ou seja, que pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Mas, se não se adere a esta tese minimalista do direito de oposição, também não concordamos com as teses que, avançadas pelos autores supra referidos e aceites pelo Supremo Tribunal de Justiça, encontram no Acórdão *Katsikas* configurações bem definidas do que seja o direito de oposição, que vigorariam e se aplicariam sem mais no direito português. Na verdade, a doutrina do Acórdão *Katsikas* tem um alcance necessariamente mais limitado, que passa pela opção do TJCE em não se imiscuir no que seja o respectivo conteúdo, impondo apenas aos Estados-membros uma obrigação de resultado no sentido de garantir ao trabalhador que não terá de trabalhar para o cessionário se não o desejar. Compreende-se, até, que assim seja, pois qualquer opção de conteúdo que o TJCE tomasse entraria no campo do direito interno dos Estados-membros relativo aos despedimentos, podendo ter efeitos de escala não desejados pelo TJCE<sup>40</sup>. Pensamos, assim, que existe uma lacuna na legislação nacional face ao direito comunitário, emergente da interpretação feita pelo TJCE da Directiva 77/187/CEE, que importará, a bem da certeza e segurança jurídica, quer integrar no plano do direito constituído, quer preencher no plano do direito a constituir.

<sup>40</sup> Nesse sentido, SYLVAIN LAULOM, "*The ECJ in the dialogue on transfers of undertakings*", in SCIARRA et al, "*Labour Law in the courts*", Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 173.

## 6. Apreciação crítica: a lacuna do direito de oposição

Partindo do princípio que a Directiva 77/187/CEE garante aos trabalhadores o direito de se oporem à transmissão do seu contrato de trabalho para o cessionário, no sentido de, por algum meio, não chegarem a ter de manter com ele uma relação laboral, haverá que averiguar se o direito português, ao não prever nem regular expressamente esse direito, os deixa absolutamente sem a protecção que ele visa garantir, mesmo na medida mínima de atingir o fim visado por esse direito. Aqui, pensamos que não se verifica esta situação de desprotecção absoluta. Com efeito, o trabalhador pode recorrer aos institutos da denúncia do seu contrato de trabalho, prevista nos artigos 400.º do CT, ou da resolução do contrato com justa causa, prevista no artigo 394.º do CT. Não sendo esta a solução mais desejável, pelos motivos expostos supra, é uma solução que garante o fim visado pelo direito comunitário, tal como interpretado pelo TJCE, i.e, que trabalhador e cessionário não cheguem a manter uma relação de trabalho, se o primeiro o não quiser. Assim, tendo sido cumprido o dever de informação relativo à transmissão, conforme previsto no artigo 286.º do CT, o trabalhador, entendendo que não está prevista nem se verificará automaticamente em função da transmissão uma alteração das condições de trabalho que o prejudique, mas não querendo trabalhar para o cessionário, poderá lançar mão da denúncia do seu contrato de trabalho, comunicando-o ao cedente. Pensamos que, neste caso, verificando-se a impossibilidade de cumprir o aviso prévio de 30 ou 60 dias que a lei prevê para a denúncia, por se prever ocorrer primeiro a transmissão, o cessionário não poderá invocar esse facto contra o trabalhador, para efeitos da indemnização prevista no artigo 401.º do CT. É que a denúncia, neste caso, estará funcionalmente ligada à transmissão de estabelecimento, sendo um remédio imposto pela Directiva 77/187/CEE e não um simples acto *ad nutum* do trabalhador, pelo que a protecção da Directiva 77/187/CEE imporá que se afaste a aplicação do artigo 401.º nestes casos.

Entendendo, na sequência do cumprimento do dever de informação previsto no artigo 286.º do CT, que está prevista, em função da transmissão, uma alteração das condições de trabalho que o prejudique, ou que esta se verifica por mero efeito da transmissão<sup>41</sup>, o trabalhador poderá resolver, com justa causa, o seu contrato de trabalho. Recorde-se que o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE dispõe que *"Se o contrato de trabalho ou relação de trabalho forem rescindidos pelo facto da transferência implicar uma modificação das relações*

<sup>41</sup> Por exemplo, o titular do estabelecimento ou empresa passará a ser uma entidade de tendência oposta à do trabalhador, ou alguém com quem o trabalhador tem litígios pessoais.

de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato considera-se da responsabilidade do empregador", e que as normas do CT relativas à resolução pelo trabalhador não consagram nada de semelhante. Assim, pensamos que, nestes casos, a protecção da Directiva 77/187/CEE impõe que se interprete o artigo 400.º do CT no sentido do referido artigo 4.º, n.º 2 da Directiva, exigindo-se apenas que o trabalhador prove a existência da previsão de modificações das relações de trabalho em seu prejuízo.

Cabe aqui a questão de saber se esta resolução configura uma situação de justa causa subjectiva, nos termos do artigo 400.º, n.º 2 do CT, com direito à respectiva indemnização, ou antes uma situação de justa causa objectiva, nos termos do n.º 3 da mesma norma, sem direito a indemnização. Pensamos que, por força do artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE, haverá que distinguir entre modificações da relação de trabalho que se traduzem num prejuízo para o trabalhador e modificações da relação de trabalho que não prejudicam a posição contratual deste. É que enquanto o artigo 400.º, n.º 3 do CT não distingue entre estas situações, reconduzindo todas as situações de alteração das condições de trabalho, implicando ou não prejuízos para o trabalhador – desde que lícitas – à justa causa objectiva, sem direito a indemnização, o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE prevê expressamente que a rescisão em virtude da "*modificação das relações de trabalho em detrimento do trabalhador*" se considera da responsabilidade do empregador, do que haverá que retirar as necessárias consequências. Estas serão, na nossa opinião, considerar que, fazendo o trabalhador prova da existência de prejuízos para si em consequência da alteração das condições de trabalho pelo transmissário, ficará abrangido pela protecção do artigo 4.º, n.º 2 da Directiva, que estatui a responsabilidade do empregador nestes casos, o que deverá traduzir-se no pagamento de indemnização pela cessação do contrato.

Se a Directiva atribui, nos casos em que as modificações representam uma deterioração da posição contratual do trabalhador, a responsabilidade da cessação do contrato ao empregador, é com certeza com o intuito de distinguir essas situações daquelas em que essas modificações não se traduzem em prejuízos para o trabalhador, e protegê-lo desses prejuízos que lhe são impostos, o que, no caso da legislação portuguesa (CT), passará por atribuir à cessação do contrato uma indemnização, nos termos do artigo 396.º<sup>42</sup>. É a

---

<sup>42</sup> De resto, o próprio CT contempla desvios a esta dicotomia entre justa causa subjectiva e objectiva, ao prever, para os casos de resolução pelo trabalhador fundada em transferência legítima de local de trabalho pelo empregador, mas que acarrete prejuízo sério (justa causa objectiva), o direito a indemnização pela cessação do contrato – cfr. artigo 315.º, n.º 4 do CT.

solução que consideramos mais adequada em face do primado do direito comunitário e da distinção nele operada (*ubi lex distinguit...*).

Não concordamos, assim, com aqueles que defendem que a própria transmissão representaria uma modificação das condições de trabalho justificativa da resolução com direito a indemnização, sem necessidade de mais indagações. A própria Directiva 77/187/CEE, como se viu, é mais exigente para com os trabalhadores, o que nos parece ser exigido também pela boa-fé. Pensemos em trabalhadores que não estão satisfeitos com a sua situação profissional por razões que nada têm a ver com a identidade do titular da empresa ou estabelecimento, ou que planeiam dedicar-se a um novo rumo profissional, ou transferir-se para uma outra empresa ou empregador, tudo situações em que a desvinculação não lhes traria qualquer vantagem patrimonial. Ocorrendo uma transmissão de estabelecimento, a não ter de provar a justa causa de resolução, estes trabalhadores poderão naturalmente aproveitar o ensejo para auferir a respectiva indemnização, sem nada terem de específico contra a transmissão, o que nos parece contrariar a finalidade da Directiva 77/187/CEE. Assim, defendemos a necessidade de o trabalhador provar a existência de modificações previstas em seu prejuízo para recorrer à resolução com justa causa e indemnização.

Este recurso à resolução com justa causa corresponderia ainda ao direito de oposição à transmissão, quando exercido antes desta. Com efeito, o TJCE pronunciou-se já no sentido de que as normas da Directiva 77/187/CEE são de ordem pública e irrenunciáveis, pelo que o direito de oposição deve ser exercido até à transmissão. Porém, pensamos que nada obsta a que esta interpretação do artigo 396.º do CT conforme ao artigo 4.º n.º 2 da Directiva 77/187/CEE valha mesmo fora do quadro do direito de oposição, quando a transmissão já ocorreu, para as situações em que, não se opondo à transmissão, o trabalhador vem afinal a confrontar-se com modificações das condições de trabalho em seu prejuízo, que não lhe foram comunicadas ou contrariam as comunicações feitas. Aqui haverá que distinguir entre modificações causadas pela transmissão – causa essa que terá de ser provada pelo trabalhador, mas que se afigura não ser de especial dificuldade<sup>43</sup> – e modificações

<sup>43</sup> Como refere LIBERAL FERNANDES, "Para avaliar, segundo o Tribunal, se os despedimentos se ficaram a dever exclusivamente à transferência da empresa impõe-se analisar as circunstâncias objectivas em que tiveram lugar, designadamente se os seus efeitos se produziram em data próxima à da transferência da empresa e se os trabalhadores despedidos foram readmitidos pelo cessionário" (Harmonização Social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, in *Ab Uno Ad Omnes*, 75 anos da Coimbra Editora, 1998, p. 1342). Concorda-se com este entendimento, sendo no entanto de atribuir à jurisprudência, em primeira

supervenientes, surgidas no quadro da relação laboral já transmitida. Pensamos que apenas no caso das primeiras o trabalhador beneficiará da interpretação mais favorável do artigo 396.º do CT, já que, nos restantes casos, as modificações surgem já no contexto de uma normal relação laboral. Mas, para as primeiras, estar-se-ia ainda no âmbito da protecção concedida pelo artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 77/187/CEE.

## 7. Preencher, no plano do direito a constituir

Como foi visto, o TJCE remeteu para os Estados-membros a tarefa de regular o direito de oposição que entendeu estar consagrado na Directiva 77/187/CEE, indicando ser possível que este passe: *i)* por considerar rescindidos os contratos, opção que veio a ser seguida pelo direito britânico; *ii)* por considerar que a relação laboral se mantém com o cedente, o que já era contemplado pela jurisprudência alemã e veio a ser consagrado na legislação alemã; *iii)* por qualquer outra via que garanta a tutela deste direito de oposição tal como é configurado pelo TJCE, i.e., que o trabalhador tem a opção de não chegar a ter de trabalhar para o transmissário.

Como fundamento deste direito, o TJCE refere apenas que a imposição da transferência da relação laboral para o transmissário "*poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente.*" É decerto consensual a preocupação de não adaptar soluções legislativas que contemplem o *trabalho forçado*, que não corresponde ao estado actual de desenvolvimento das sociedades assentes no respeito pela dignidade da pessoa humana. Mas em toda a relação contratual há que respeitar compromissos assumidos, pelo menos na medida que permita organizar e desenvolver actividades económicas complexas com um mínimo de previsibilidade. É fácil concordar com o argumento adiantado por JÚLIO GOMES no sentido de ser a transmissão do contrato de trabalho para o transmissário – ao fim e ao cabo um terceiro para a relação laboral – *sem hipótese de recusa* uma restrição injustificada da liberdade contratual do trabalhador<sup>44</sup>. Mas daqui não se segue, na nossa opinião, que a transmissão do estabelecimento ou empresa deva ser encarada, quanto às relações laborais que lhe estão funcionalmente ligadas, como um acto naturalmente agressivo da posição jurídica do trabalhador, e justificativo, de *per se*, da

---

linha, a tarefa de desenvolver e consagrar os critérios e bordões procedimentais que permitam filiar, ou não, a modificação das condições de trabalho na transferência da empresa.

<sup>44</sup> Ponto 3 e Nota 17 supra.

cessação da relação laboral. Nesta situação não podem também desconsiderar-se os direitos dos titulares da empresa e estabelecimento a transmitir, temporária ou definitivamente, a sua posição jurídica sobre esta, que corresponde, não o esqueçamos, ao exercício do direito constitucional à iniciativa económica<sup>45</sup>. Ora, seria desnecessário e até fastidioso discorrer aqui sobre a importância da transmissão do estabelecimento ou empresa para o comércio jurídico, que é por demais notória e evidente. Será que a ponderação dos interesses que subjazem a este conflito de direitos impõe a sublimação do vínculo do trabalhador à pessoa do empregador<sup>46</sup>, em termos tais que considerem ser a alteração desta pessoa causa justa e suficiente de resolução do contrato? Tornando incomensuravelmente mais difícil e gravosa para o titular do estabelecimento ou empresa a celebração de qualquer negócio jurídico sobre esta? Estamos em crer que esta ponderação de interesses impõe antes uma solução que permita o exercício, na maior medida possível, de todos os direitos aqui presentes, quer os dos trabalhadores, quer os dos titulares do estabelecimento ou empresa, que se crê não estarem aqui numa relação de mútua exclusão. De resto, a nossa lei não é, nem podia ser, alheia às necessidades de previsão e planeamento das empresas e empregadores: própria lei impõe sanções ao trabalhador que não respeite o prazo de aviso prévio de denúncia, equilibrando liberdade com responsabilidade, e garantindo quer a liberdade do trabalhador se desvincular, quer a do empregador em ter condições para dirigir a sua empresa e cumprir as suas obrigações, tendo um período mínimo para tomar medidas visando suprir a falta do trabalhador denunciante.

No tocante à transmissão de estabelecimento ou empresa, estamos em crer que, na maior parte dos casos, será indiferente para os trabalhadores a identidade do titular, pelo que se justifica plenamente a transmissão automática dos contratos como regime-regra, pois é a solução que mais protege os direitos dos trabalhadores na maioria das situações. Com efeito, sem esta transmissão automática dos contratos, os trabalhadores ficariam sujeitos ao arbítrio do cessionário no tocante às condições e mesmo à continuidade das suas relações laborais. Assim, entendemos que o direito de oposição deve ser visto como a exceção a este regime, disponível para situações em que o trabalhador pura e simplesmente não quer ter uma relação laboral com o cessionário, no uso da sua vontade livre e esclarecida.

---

<sup>45</sup> Neste sentido, e abordando especificamente a questão, BERNARDO LOBO XAVIER, "A Constituição Portuguesa como fonte de direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores", in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem a Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, 2004.

<sup>46</sup> Pessoa que, como se sabe, pode bem ser apenas jurídica, como tenderá a suceder na maioria dos casos.

Os autores que defendem um direito de oposição reconhecido em termos mais amplos, como JÚLIO GOMES, LIBERAL FERNANDES e RITA GARCIA PEREIRA, apontam-lhe também finalidades de protecção dos interesses colectivos dos trabalhadores, como meio mais eficaz de defesa contra certas manobras fraudulentas, que utilizariam o instituto da transmissão de estabelecimento com o intuito de prejudicar os trabalhadores, v.g. transmitindo a empresa ou estabelecimento para "testas de ferro" ou entidades inidóneas.

Julgamos, no entanto, que esta é uma finalidade que o direito de oposição não deve ter. Em primeiro lugar, a Directiva não o prevê, cingindo-se à defesa dos direitos fundamentais de cada trabalhador. Depois, porque a oposição não será a forma mais adequada de reagir contra suspeitas de comportamento fraudulento de transmitente e transmissário. Se existem essas suspeitas ou indícios de se estar perante uma situação de abuso de direito, negócio em fraude à lei ou outra que acarrete a invalidade do negócio, o mais indicado será o recurso à tutela judicial, em sede comum ou cautelar, para reagir contra essa situação. Isto permitirá que um tribunal se pronuncie sobre os referidos indícios, determinando a invalidade da transmissão ou impedindo a sua verificação. Com a oposição, o negócio ocorre na mesma, apenas não se transmitindo as relações laborais dos oponentes, o que, convenhamos, deixa um pouco a desejar em termos de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores. Ainda que concebendo que a oposição corresponderia à manutenção da relação com o cedente, o trabalhador, afastado do estabelecimento ou empresa à qual estava funcionalmente ligado, vendo-se num limbo de emprego sem trabalho, não teria razões para estar muito confiante na protecção que a oposição lhe dispensara. Haverá, aqui, que separar bem as águas, e não confundir a oposição individual dos trabalhadores à transmissão, decorrente dos seus direitos fundamentais, com a defesa de manobras fraudulentas envolvendo a transmissão.

O direito de oposição corresponde, assim, àquele espaço de ineliminável liberdade individual de trabalhar ou não para uma determinada entidade, física ou jurídica, que se substitui àquela que foi inicialmente aceite. O direito de oposição deve assim fazer parte do instituto juslaboral da transmissão de estabelecimento, como tutela da liberdade de um dos seus intervenientes, o trabalhador. A melhor veste para este direito seria, na nossa opinião, a previsão expressa de um período, até à data da transmissão, durante o qual o trabalhador poderia resolver unilateralmente o contrato, sem direito a indemnização, que coexistiria com a possibilidade de o trabalhador resolver o contrato com direito a indemnização, quando fizesse prova de modificações das condições de trabalho ocorridas em consequência da transmissão que o prejudicassem. Não somos da opinião que a mudança de entidade patronal justifique,

sem mais, o direito do trabalhador a uma indemnização. Nesta matéria, importa ter presente que a realização de negócios relativos ao estabelecimento ou empresa corresponde não só a uma parte importante de toda a actividade económica como ao exercício da liberdade de iniciativa económica do respectivo titular, garantido pela Constituição da República Portuguesa. Como referiu ÜRLANDO DE CARVALHO, *"a empresa é a ocasião, o lugar e o produto da decisão empresarial"*<sup>47</sup>. Pensamos que o direito de oposição deve ser enquadrado em termos que contendam o menos possível com a liberdade de realizar negócios sobre o estabelecimento ou empresa, sempre garantindo, no entanto, a liberdade do trabalhador de não vir a ter de trabalhar para um qualquer cessionário. Assim se permitirá, na medida correcta, a coexistência de direitos de trabalhador e de empresário.

Não nos parece que a concepção do direito de oposição que permite a continuidade do trabalhador oponente ao serviço do cedente seja aquela a seguir nesta matéria. Em primeiro lugar, porque criará, na maior parte das vezes em que o direito de oposição seja exercido, uma bizarra situação de empregados sem posto ou local de trabalho, e que conduzirá quase inevitavelmente à cessação dos respectivos contratos. Extinção essa a que caberá ainda a respectiva indemnização, nos termos gerais, quando o empregador se limitou a transmitir o estabelecimento ou empresa, tendo sido o trabalhador quem deu causa à cessação do contrato. Mas há ainda que considerar que a transmissão da empresa corresponde também à forma normal do empregador se desvincular da empresa. Com efeito, a lei não permite ao empregador que se desvincule da sua posição por simples acto de vontade. Quando já não encontra ânimo ou não vê futuro no negócio, ou necessita de realizar capital, o empregador recorre normalmente à alienação da empresa, realizando a mais-valia final que corresponde ao produto das suas decisões e gestão ao longo do tempo. É admissível que os trabalhadores não pretendam trabalhar para quem surge como seu sucessor, e até recebendo por isso uma indemnização, embora não se concorde com esta ideia particular, quando seja só por isso. Mas que os trabalhadores possam seguir o empregador mesmo quando este se desfaz daquilo que era a causa da sua relação, já não parece corresponder ao desígnio de garantir um espaço de liberdade pessoal ao trabalhador oponente, mas antes de restringir excessivamente a do empregador transmitente.

Pela importância prática desta questão, importaria que esta lacuna fosse preenchida pelo legislador com a maior brevidade, pois o actual estado de indefinição tem levado às

---

<sup>47</sup> "Empresa e Lógica empresarial", Coimbra, 1997, p. 14.

maiores disparidades de entendimento, mesmo no seio do Supremo Tribunal de Justiça, tornando muito difícil o caminho que se procurou aqui trilhar.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## IV – Jurisprudência

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

---

- Acórdão de 30/04/2013 (António Leões Dantas), proc. n.º 382/09.9TTALM.L1.S1
- Acórdão de 26/09/2012 Pinto Hespanhol), proc.º n.º 889/03.1TTLSB.L1.S1
- Acórdão de 22/09/2011 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 45/07.0TTLSB.L1.S1
- Acórdão de 22/04/2010 (Mário Pereira), proc.º n.º 506/06.8TTGRD.C1.S1
- Acórdão de 24/02/2010 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 78/1998.S1
- Acórdão de 24/03/2011 (Pinto Hespanhol), proc.º n.º 1493/07.0TTLSB.L1.S1

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1. STJ de 30/04/2013 (António Leões Dantas), proc. n.º 382/09.9TTALM.L1.S1

**Sumário:**

1 – Transmitido o estabelecimento, nos termos do artigo 285.º do Código de Trabalho de 2009, o adquirente fica investido na posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, cujo conteúdo se mantém, nos seus precisos termos;

2 – A assunção da posição de empregador nos contratos de trabalho constitui o adquirente na obrigação de pagar aos trabalhadores os quantitativos por estes auferidos nos termos dos contratos de trabalho em vigor à data da transmissão como contrapartida do trabalho prestado;

3 – Demonstrado o direito do trabalhador a uma concreta retribuição em espécie, o tribunal pode condenar em quantitativo a liquidar em execução de sentença, mesmo quando o trabalhador tenha formulado um pedido líquido e não tenha conseguido fazer prova do montante exacto que lhe é devido a esse título.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28c0813a69c8cf3d80257b5d0056e95e?OpenDocument>

2. STJ de 26/09/2012 (Pinto Hespagnol), proc. n.º 889/03.1TTLSB.L1.S1

**Sumário:**

1 – Não ocorre uma transmissão de estabelecimento relevante para efeito de aplicação do artigo 37.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, anexo ao Decreto-Lei n.º 49.408 de 24 de Novembro de 1969, se os activos transmitidos por uma operadora de telecomunicações móveis para as restantes operadoras não se achavam integrados numa determinada unidade de negócio, dotada de suficiente autonomia, que permitisse a prestação de serviços de telecomunicações no âmbito do sistema ..., sendo que aquela operadora, sem espectro radioléctrico e sem licença de ..., não chegou a iniciar a actividade para a qual foi constituída.

2 – Uma situação inesperada de crise na empresa, determinando previsivelmente o seu encerramento ou a redução dos postos de trabalho, constitui um facto que legitima a cessação do contrato de trabalho durante o período experimental, não obstante a apreciação positiva da prestação do trabalhador, não se configurando, por essa via, o

exercício abusivo do direito na denúncia do contrato de trabalho.

3 – Não se tendo provado a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil previstos no artigo 483.º do Código Civil, tem necessariamente de improceder o pedido de indemnização pelos danos não patrimoniais invocados.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/416a116c491975bc80257a990048273a?OpenDocument>

3. *STJ de 22/09/2011 (Pinto Hespanhol), proc. n.º 45/07.0TTLSB.L1.S1*

**Sumário:**

1 – Tendo-se provado a transmissão da titularidade de um estabelecimento de ensino, incluindo a titularidade das autorizações de funcionamento dos cursos conferentes de grau aí leccionados, do direito de leccionar os demais cursos que tem vindo a assegurar, de toda a documentação administrativa de suporte ao funcionamento dos referidos cursos, de todo o acervo bibliográfico constituído por cerca de 19.000 registos bibliográficos e 278 títulos de revistas e, ainda, da titularidade das publicações periódicas, obrigando-se o adquirente a manter a identidade própria do Instituto em causa e passando os alunos a integrar a estrutura pedagógica e científica de que passou a fazer parte, configura-se uma transmissão relevante para efeito de aplicação do disposto no artigo 318.º do Código do Trabalho de 2003.

2 – Na verdade, apurou-se que aquele Instituto constituía uma unidade económica do estabelecimento da 1.ª ré, com identidade, valor económico e autonomia técnica-organizativa próprios, e que, transmitida a sua titularidade para a 2.ª ré, manteve a identidade própria e a sua organização específica, sendo possível identificar essa unidade económica na esfera jurídica do transmissário.

3 – Assim, a posição jurídica de empregador, no contrato de trabalho celebrado com a autora, transmitiu-se para o adquirente do Instituto em causa.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/73ad593afcb50a468025791800318804?OpenDocument>

4. *STJ de 22/04/2010 (Mário Pereira), proc. n.º 506/06.8TTGRD.C1.S1*

**Sumário:**

- I- A transmissão do contrato de trabalho para a entidade para quem é operada a reversão da exploração do estabelecimento pressupõe que já houvesse esse vínculo laboral com a empresa que operou a reversão.
- II- Os elementos essencialmente constitutivos do contrato de trabalho são a subordinação económica – traduzida na existência de remuneração suportada pelo empregador – e a subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, traduzida na sujeição daquele, na prestação da sua actividade, às ordens, direcção e fiscalização deste.
- III- Para determinar a natureza laboral do vínculo, permitindo também distingui-lo do contrato de prestação de serviço, recorre-se geralmente aos denominados indícios ou índices de subordinação jurídica, a avaliar num juízo global, como sejam: a vinculação a horário de trabalho estabelecido pela pessoa a quem se presta a actividade; a execução da prestação de trabalho em local definido pelo empregador; o modo de prestação da actividade; a obediência a ordens e a sujeição à disciplina imposta pelo empregador; a remuneração em função do tempo de trabalho; a integração do prestador da actividade na organização da empresa.
- IV- As particularidades que se podem verificar no âmbito das sociedades por quotas onde realidades práticas podem reclamar a admissibilidade da acumulação de funções de sócio gerente e de trabalhador, afastam a aplicação do disposto no art. 398.º do Código Comercial que, reportado às sociedades anónimas, proíbe a cumulação de funções de administrador e de trabalhador subordinado, admitindo-se, assim, a possibilidade de um sócio gerente de uma sociedade por quotas ser simultaneamente seu trabalhador, desde que, no caso concreto, se verifique a existência de subordinação jurídica.
- V- Resultando provado que a A. e o marido eram os dois únicos sócios, e gerentes, da sociedade que explorou, durante mais de 10 anos, um restaurante, que aquela ali exerceu as funções de cozinheira e que efectuou, até Janeiro de 2004, as contribuições para a Segurança Social, a título de “membro órgão estatutário”, e, de Fevereiro de 2004 a Julho de 2006, a título de “trabalhador por conta de outrem” da mesma sociedade,

por insuficientes que são como índices de subordinação jurídica, não permitem concluir que, no período de Junho de 1995 a 30 de Janeiro de 2004, a A. tenha exercido simultaneamente as funções de sócia gerente da referida sociedade e as de trabalhadora subordinada da mesma e que, no período posterior, tivesse passado a exercer tão-só estas últimas funções.

- VI- Nada estando apurado sobre o modo de execução, por parte da A., da actividade de cozinheira no âmbito da referida sociedade, nomeadamente se enquanto sócia gerente da mesma estava na dependência hierárquica e funcional do outro sócio gerente – cumprindo um determinado horário de trabalho e cumprindo ordens e instruções da sociedade – e não assumindo particular relevância qualificativa o local da prestação, uma vez que a A., necessariamente, tinha de desenvolver as suas funções no restaurante, é de concluir que a A. não logrou provar, como lhe cabia, que, estivesse vinculada à referida sociedade por contrato de trabalho.
- VII- Não estando afirmada a existência de um contrato de trabalho com a referida sociedade, não há lugar à aplicação do regime estabelecido no n.º 3 do art. 318.º do Código do Trabalho de 2003.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/60f300cd9efb1e2a802577230037ad29?OpenDocument>

5. *STJ de 24/02/2010 (Pinto Hespanhol), proc. n.º 78/1998.S1*

**Sumário:**

1 – Estando demonstrado que a cessão da exploração de parte do estabelecimento — efectuada de acordo com a orientação que se vem verificando nas grandes e médias empresas de transferirem parte das suas competências e funções para empresas especializadas que conseguem obter um melhor aproveitamento dos recursos e meios técnicos utilizados (*outsourcing*) —, incidiu sobre uma entidade económica que constituía anteriormente uma actividade acessória da empresa cedente, designada por gabinete de contabilidade, mas que estava, e continuou a estar, organizada de modo estável, com capacidade para prestar autonomamente serviços e gerar recursos, é aplicável o disposto no artigo 37.º, n.os 1 e 4, da LCT.

2 – O consentimento por parte do trabalhador não é, nem face ao artigo 37.º da LCT, nem face ao disposto na Directiva n.º 77/187/CEE, requisito de validade ou sequer de eficácia da

transmissão, bastando a transmissão de estabelecimento ou de parte deste ou a cessão da sua exploração para que se verifique a transmissão da posição contratual de empregador do cedente para o cessionário.

3 – Não ofende os artigos 2.º e 53.º da Constituição, a concepção acima explicitada quanto ao conceito de «estabelecimento», se aplicado a parte do estabelecimento, e de que para a transmissão da posição da entidade patronal do cedente para o cessionário não é necessário o consentimento do trabalhador

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b9076051d1e8a2e2802576d500394e7f?OpenDocument>

6. STJ de 24/03/2011 (Pinto Hespanhol), proc. n.º 1493/07.0TTLSB.L1.S1

**Texto integral**

[Clique aqui para consultar](#)

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

---

- Acórdão de 18/11/2013 (António José Ramos), proc.º n.º 176/11.1TTVRL.P1
- Acórdão de 22/04/2013 (Maria José Costa Pinto), proc.º n.º 420/11.5TTSTS.P1
- Acórdão de 19/02/2012 (Eduardo Petersen Silva), proc.º n.º 712/11.3TTBCL.P1
- Acórdão de 17/09/2012 (Paula Leal de Carvalho), proc.º n.º 132/10.7TTPRT.P1
- Acórdão de 16/04/2012 (Ferreira da Costa), proc.º n.º 434/08.2TTSTS.P2
- Acórdão de 26/09/2011 (Eduardo Petersen Silva), proc.º n.º 680/09.1TTVNG.P1
- Acórdão de 21/03/2011 (Ferreira da Costa), proc.º n.º 585/08.3TTPRT.P1
- Acórdão de 14/02/2011 (António José Ramos), proc.º n.º 769/09.7TTBCL.P1
- Acórdão de 10/01/2011 (Paula Leal de Carvalho), proc.º n.º 514/08.4TTLMG.P1
- Acórdão de 27/09/2010 (Paula Leal de Carvalho), proc.º n.º 481/08.4TTMTS.P1
- Acórdão de 19/05/2010 (Ferreira da Costa), proc.º n.º 308/08.7TTVNF.P1

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1. TRP de 18/11/2013 (António José Ramos), proc. n.º 176/11.1TTVRL.P1

**Sumário:**

Estamos perante a transmissão da titularidade de um estabelecimento e da transmissão da posição de empregador, se a Ré entrou na posse do edifício que integra um hospital, com todo o ativo corpóreo mobiliário, designadamente os bens móveis, máquinas, equipamentos, utensílios e ferramentas que se destinam a assegurar a execução do seu fim, bem como todo o recheio composto por materiais, peças e acessórios, medicamentos e outros produtos aí utilizados, que durante alguns dias o mantiveram em funcionamento.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/70b2f3d011e9194380257c31004b3ecd?OpenDocument>

2. TRP de 22/04/2013 (Maria José Costa Pinto), proc. n.º 420/11.5TTSTS.P1

**Sumário:**

- I- Para que se aplique a Directiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março de 2001, é também necessário que o contrato de trabalho subsista no momento da transferência ou que, não subsistindo, se averigúe a verdadeira causa do despedimento anteriormente ocorrido e se demonstre que o mesmo se ficou unicamente a dever ao acto da transmissão, para o que há que ponderar as circunstâncias envolventes, vg. o facto de ter começado a produzir efeitos em data próxima da transferência e de haver readmissão de trabalhadores pelo cessionário (artigo 4.º, n.º 1 da Directiva).
- II- A opção que o trabalhador fez pela indemnização por despedimento ilícito na reclamação de créditos efectuada no processo de insolvência do seu primitivo empregador (em que obteve ganho de causa) é irrevogável e opera a cessação do contrato de trabalho.
- III- Não ocorre o efeito transmissivo dos contratos de trabalho para o adquirente da unidade de negócio (artigo 3.º, n.º 1 da Directiva), assim como não vigora o princípio da proibição dos despedimentos fundados na própria operação de transmissão (art. 4.º n.º 1 da Directiva), quando o processo de insolvência em que se encontre o transmitente, sob controlo de uma entidade oficial competente, seja promovido com vista à liquidação do seu património.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/29ac4ff40e1ca9a680257b64005d8526?OpenDocument>

3. TRP de 19/02/2012 (Eduardo Petersen Silva), proc. n.º 712/11.3TTBCL.P1

**Sumário:**

- I- Não é aplicável ao Modatex - Centro de Formação Profissional da Indústria Têxtil, Vestuário, Confeções e Lanifícios a disciplina do artigo 285º do Código do Trabalho relativamente aos contratos de trabalho anteriormente celebrados com o Citex - Centro de Formação Profissional da Indústria Têxtil.
- II- Caducando o contrato de trabalho celebrado com o Citex - Centro de Formação Profissional da Indústria Têxtil, por força da extinção deste pela Portaria nº 135 de 4.4.2011, não tinha o Citex - Centro de Formação Profissional da Indústria Têxtil de dar cumprimento às formalidades previstas nos artigos 360º e seguintes do Código do Trabalho.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ad3b51d195fe989d80257aef004e9708?OpenDocument>

4. TRP de 17/09/2012 (Paula Leal de Carvalho), proc. n.º 132/10.7TTPRT.P1

**Sumário:**

- I- A transmissão das quotas de que uma entidade é titular numa determinada sociedade para outra pessoa (seja esta pessoa singular ou coletiva) não se confunde, nem acarreta a transmissão do estabelecimento pertencente à sociedade.
- II- Ao trabalhador que pretende ver reconhecida a transmissão do seu vínculo laboral para a sociedade adquirente das quotas compete, nos termos do art. 342º, nº 1, do Cód. Civil, o ónus de alegação e prova dos factos que permitam concluir no sentido de que também ocorreu a transmissão, para a sociedade adquirente das quotas, do estabelecimento onde prestava a sua actividade.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/606586445e92464280257a8400329b8f?OpenDocument>

5. TRP de 16/04/2012 (Ferreira da Costa), proc. n.º 434/08.2TTSTS.P2

**Sumário:**

- I- Transmitida a titularidade ou a exploração de um estabelecimento, ou efetuada a sua reversão, a posição de empregador passa a ser ocupada pelo transmissário, cessionário ou reversário, pois o legislador pretende que se mantenha a posição de mercado que o estabelecimento representa, tanto ao nível dos negócios, como ao nível do emprego – cfr. Art.º 318.º do CT2003 e Art.ºs 1.º e 3.º da Diretiva 2001/23/CE, do Conselho.
- II- Dados os escopos assinalados, tais normas – de interesse e ordem pública e de natureza imperativa – não podem ser afastadas por acordo entre particulares, em sentido desfavorável aos trabalhadores, pois elas visam a manutenção dos postos de trabalho existentes na data da transmissão, atento o princípio da segurança no emprego, ínsito no Art.º 53.º da Constituição da República.
- III- Dos n.ºs 2 e 3 do Art.º 5.º da Diretiva resulta que, visando o processo de insolvência o desmantelamento da unidade económica, não se aplica a disciplina da transferência, cessão ou reversão da unidade económica; porém, se as medidas adotadas no processo de insolvência visarem a manutenção da unidade económica, embora com alteração subjetiva do titular do estabelecimento ou da sua exploração, nada impede que se mantenha a proteção dos trabalhadores, como sucede *in casu*.
- IV- Tendo cedente e cessionário acordado, ao celebrar o contrato de cessão de exploração, que os contratos de trabalho dos trabalhadores do primeiro não acompanhavam a referida cessão de exploração, pretendendo que o segundo não ingressasse no estatuto jurídico-laboral do primeiro, agiram *contra legem*, em fraude à lei.
- V- Se o cedente instaurado procedimento disciplinar, que desaguou em despedimento, contra um dos trabalhadores do estabelecimento, tal procedimento é ineficaz, por se tratar do exercício do poder disciplinar *a non domino*.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/df1ca1bca005f5a1802579ea00551d6a?OpenDocument>

## 6. TRP de 26/09/2011 (Eduardo Petersen Silva), proc. n.º 680/09.1TTVNG.P1

**Sumário:**

- I- É condição da transmissão de um estabelecimento que o conjunto de meios organizados continue a ter o objectivo de prosseguir uma actividade económica, sendo pois essencial à transmissão que, independentemente de interrupções temporárias, a exploração do estabelecimento prossiga.
- II- Transmitido o estabelecimento, o cessionário adquire a posição jurídica do empregador cedente, obrigando-se a cumprir os contratos de trabalho nos moldes até então vigentes.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c451306ab3363a6d8025791f003c45ec?OpenDocument>

## 7. TRP de 21/03/2011 (Ferreira da Costa), proc. n.º 585/08.3TTPRT.P1

**Sumário:**

Ocorrendo a reversão da empresa ou estabelecimento, ou sua parte, o reversante apenas responde solidariamente e por um ano, com o reversário, pelo pagamento dos direitos dos trabalhadores vencidos até à data em que se verifica o fenómeno, tal como sucede na transmissão da empresa ou do estabelecimento, ou sua parte (Art.º 318.º, n.ºs 2 e 3 do Cód. do Trabalho de 2003).

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f2c93f3cc2063621802578690038b553?OpenDocument>

## 8. TRP de 14/02/2011 (António José Ramos), proc. n.º 769/09.7TTBCL.P1

**Sumário:**

- I- O art. 318º do C. do Trabalho transpõe para o direito interno a Directiva 2001/23/CE do Conselho de 12-3-2001, sendo que nessa directiva se considera transferência [de empresa ou de estabelecimento] a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendendo-se como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou

acessória.

- II- Nas empresas cuja actividade assenta essencialmente na mão-de-obra – como é o caso da actividade de prestação de serviços de limpeza –, o factor determinante para se considerar a existência da mesma unidade económica é saber se houve manutenção do pessoal ou do essencial deste, na medida em que é esse complexo humano organizado que confere individualidade à empresa, e não tanto se se transmitiram, ou não, activos corpóreos.
- III- A aquisição por uma empresa de uma concessão de prestação de serviços de limpeza só será susceptível de configurar uma “transmissão do estabelecimento” se se provar a transferência de um dos elementos ou meios organizados que integram a unidade económica do estabelecimento, ainda que reportados apenas ao elemento humano.
- IV- A cláusula 17ª e o artigo 318º do CT de 2003 visam realidades distintas: o art. 318º do CT de 2003 (interpretado de acordo com o art. 3º da Directiva 2001/23/CE do Conselho de 12/3/2001) aplica-se quando o estabelecimento ou um seu núcleo ou ramo, dotado de uma autonomia técnico-organizativa própria, em termos de constituir uma unidade produtiva autónoma como organização específica, muda de sujeito. A cláusula 17ª aplica-se a situações em que o que muda não é a titularidade do estabelecimento, mas sim a entidade a quem é adjudicada determinada empreitada de prestação de serviços de limpeza, visando garantir a segurança no emprego e a ligação ao local de trabalho dos trabalhadores que aí normalmente laboram e, por outro lado, a viabilidade económica das empresas.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/14b9165f24ef20868025784500568bac?OpenDocument>

9. TRP de 10/01/2011 (Paula Leal de Carvalho), proc. n.º 514/08.4TTLMG.P1

**Sumário:**

- I- O conceito de transmissão de estabelecimento não depende da existência de qualquer título específico translativo da titularidade do estabelecimento, podendo operar-se “por qualquer título” (art. 318º do CT/2003).
- II- Tendo a trabalhadora sido admitida ao serviço de sociedade que explorava consultório de medicina dentária ocorre transmissão de estabelecimento e, em consequência, transmissão, para o adquirente, da posição jurídica que o transmitente detinha no

contrato de trabalho se: esse consultório médico passou a ser explorado, nas mesmas instalações, pelo adquirente, que nele continuou a exercer a mesma actividade de medicina dentária que nele a vinha exercendo e se a trabalhadora continuou, tal como o vinha fazendo, a desempenhar a mesma actividade (de assistente de consultório) nesse mesmo consultório.

- III- Os arts. 318º, nºs 1 e 2 e 319º, nº 3 do CT/2003 consagraram, como regra, a responsabilidade do adquirente pela totalidade das obrigações do transmitente e a responsabilidade solidária deste, durante o período de um ano subsequente à transmissão, pelas obrigações vencidas à data da transmissão.
- IV- Em caso de falecimento do empregador, pessoa singular, não ocorre a caducidade do contrato de trabalho, com direito a indemnização, a que se reporta o art. 390º nºs 1 e 5 do CT/2003, mas sim rescisão tácita do contrato de trabalho, por iniciativa da trabalhadora, se o estabelecimento, sem qualquer quebra de continuidade, é transmitido para sociedade unipessoal de que a então trabalhadora é a única sócia gerente.
- V- O dever de boa-fé processual subjacente ao art. 456º do CPC impõe à parte que alegue não apenas os factos que possam ser relevantes à procedência da sua tese, mas também os que, embora desfavoráveis, se possam, todavia, mostrar relevantes à boa decisão da causa.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1672c8d833c279f4802578220031b2f4?OpenDocument>

10. TRP de 27/09/2010 (Paula Leal de Carvalho), proc. n.º 481/08.4TTMTS.P1

**Sumário:**

- I- A perda da concessão da prestação de serviços de limpeza pela 1ª Ré e a aquisição dessa concessão pela 2ª Ré só seria susceptível de configurar uma “transmissão do estabelecimento” se se provasse a transferência de um dos elementos ou meios organizados que integram a unidade económica do estabelecimento, ainda que reportados apenas ao elemento humano.
- II- Uma vez que o A., no período compreendido entre 30-04-2007 e 19-12-2007, prestou o seu trabalho em locais abrangidos pela concessão de exploração dos serviços de limpeza à 1ª Ré, prestação esta que, salvo o período de baixa médica, ocorreu de forma

ininterrupta, verifica-se a transmissão das obrigações directamente decorrentes da prestação de trabalho para a 2ª Ré, em resultado da perda da concessão a favor dessa nova empresa – nos termos da cláusula 17ª do CCT outorgado entre a Associação das Empresas de Prestação de Serviços de Limpeza e Actividades Similares e o STAD – Sindicato dos Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpezas Domésticas e Actividades Diversas (publicado no BTE n.º 12, de 29-03-2004, com regulamento de extensão na Portaria n.º 478/05, de 13-05).

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/77293ea5312353e0802577d10032c5df?OpenDocument>

11. TRP de 19/05/2010 (Ferreira da Costa), proc. n.º 308/08.7TTVNF.P1

**Sumário:**

- I- Adjudicado um local de trabalho a uma nova sociedade prestadora de serviços de limpeza, os contratos de trabalho em execução neste local, de que era empregadora a sociedade prestadora dos mesmos serviços que perdeu a empreitada, transmitem-se para aquela, com os mesmo direitos, atento o disposto na cláusula 17.ª do CCT, in BTE, 1.ª série, n.º 12, de 2004-03-29, ex vi da Portaria n.º 478/2005, de 13/05.
- II- Tal transmissão não abrange os trabalhadores administrativos e de escritório que desempenham as suas funções em lugar diferente do local de trabalho da limpeza ou que, mesmo desempenhando tais funções no referido local, tal ocorra acidentalmete e não por necessidade de aí serem exercidas.
- III- Tal transmissão também não abrange os trabalhadores administrativos e de escritório que desempenham as suas funções, simultaneamente, tanto para o local de trabalho da limpeza objecto de nova adjudicação, como para outros locais de trabalho.
- IV – Defenindo-se o despedimento como um acto unilateral do tipo do negócio jurídico, de carácter receptício, tendente à extinção ex nunc do contrato de trabalho, ou como uma declaração de vontade, receptícia, vinculada e constitutiva, dirigida à contraparte, com o fim de fazer cessar o contrato de trabalho para o futuro, ou ainda como uma declaração receptícia de vontade dirigida ao trabalhador na qual a entidade patronal põe fim ao contrato de trabalho, a sua verificação implica que se demonstre que o empregador emitiu uma declaração dirigida ao trabalhador que, por sua vez, a recebeu,

devendo tal declaração exprimir uma vontade tendente à cessação do contrato, de forma clara e inequívoca e por iniciativa do primeiro, sem ou contra a vontade do segundo, produzindo os seus efeitos na esfera jurídica deste, de modo inelutável, pois o trabalhador não entre no processo volitivo, sendo a sua vontade exterior ao mesmo.

***Texto integral***

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6d7dba75003361a180257735003d4273?OpenDocument>

## Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

---

- Acórdão de 12/04/2011 (Manuela Fialho), proc.º n.º *606/09.2TTMR.C1*
- Acórdão de 28/04/2011 (José Eusébio), proc.º n.º *15/06.5TTCBR.C1*

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1. TRC de 12/04/2011 (Manuela Fialho), proc. n.º 606/09.2TTMR.C1

**Sumário:**

- I- A posição do empregador no contrato de trabalho transmite-se para o adquirente do estabelecimento ou de parte dele sempre que haja transmissão, por qualquer título, da titularidade ou exploração daquele.
- II- Enforma uma transmissão de estabelecimento nesta asserção a transferência de gestão e exploração de uma unidade de apoio social se a transmissória adquire a possibilidade de desenvolver tal actividade no mesmo espaço em que ela se vinha desenvolvendo, mantendo trabalhadores, bens e utentes que eram do transmitente, ainda que, após, decida transferir bens e trabalhadores para outro local.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/410f730884dd598e80257884004bec30?OpenDocument>

2. TRC de 28/04/2011 (José Eusébio), proc. n.º 15/06.5TTCBR.C1

**Texto integral**

[Clique aqui para consultar](#)

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora

---

- Acórdão de 31/01/2013 (Paula Paço), proc.º n.º *74/12.1TTABT.E1*
- Acórdão de 29/03/2011 (João Luís Nunes), proc.º n.º *1155/08.1TTSTB.E1*

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1. TRE de 31/01/2013 (Paula Paço), proc. n.º 74/12.1TTABT.E1

**Sumário:**

- I- Sendo a arguição de nulidade de sentença apresentada nas conclusões de recurso e não em requerimento dirigido ao juiz do tribunal onde a decisão foi proferida, deve a mesma ser considerada intempestiva, não sendo conhecida pelo tribunal *ad quem*.
- II- Verifica-se uma transmissão de estabelecimento, para efeitos do disposto no artigo 318.º do Código do Trabalho de 2003, sempre que nas mesmas instalações, continuou a desenvolver-se o mesmo tipo de actividade, sem interrupções, mantendo-se a mão-de-obra, que continuou a trabalhar no mesmo local, com as mesmas condições e utilizando os mesmos instrumentos de trabalho. Ocorre assim, uma situação de continuidade, numa unidade económica que mantém a sua identidade, entendida esta como um conjunto de meios organizado com o objectivo de prosseguir uma actividade económica.
- III- Para um trabalhador com 20 anos e seis meses de antiguidade, que auferia o vencimento base de € 655,00, e três diuturnidades no valor de € 67,05, e que foi ilicitamente despedimento por meio de uma comunicação verbal, a indemnização por antiguidade correspondente a 30 dias de remuneração base e diuturnidades, por cada ano completo de serviço ou fracção de antiguidade, mostra-se equilibrada, justa e proporcional, à luz do critério instituído pelo artigo 391.º do Código de Trabalho de 2009.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/501a7c5f2e649c2980257b74003aa90c?OpenDocument>

2. TRE de 29/03/2011 (João Luís Nunes), proc. n.º 1155/08.1TTSTB.E1

**Sumário:**

- I- Para efeitos de apurar se houve transmissão de estabelecimento nos termos previstos no artigo 318.º do Código do Trabalho de 2003, importa atender se existiu transferência de uma unidade económica, no sentido de um conjunto de meios organizado com o objectivo de prosseguir uma determinada actividade económica (principal ou acessória);
- II- Verificando-se que a 1.ª Ré comunicou aos trabalhadores que passavam a desempenhar a mesma actividade ao serviço da 2.ª Ré, no mesmo local, e nas mesmas condições, sem

- qualquer interrupção, verifica-se transmissão do estabelecimento da 1.ª para a 2.ª Ré;
- III- São dois os elementos constitutivos da qualificação jurídica do abandono do trabalho: (a) um elemento objectivo, traduzido na ausência do trabalhador ao serviço, isto é, a não comparência do trabalhador no local e no tempo de trabalho a que está obrigado, não comparência essa que terá que ser voluntária e injustificada; (b) um elemento subjectivo, traduzido na intenção de não retomar o serviço, ou seja, a intenção de não comparência definitiva ao local de trabalho;
- IV- A intenção do trabalhador de não comparência definitiva ao local de trabalho deverá extrair-se a partir das regras da experiência, de princípios lógicos e com base em factos conhecidos de que o tribunal faz as suas inferências (arts. 349.º e 351.º do Código Civil).
- V- Não se verifica abandono do trabalho se, tendo em finais de Janeiro de 2008 a 2.ª Ré comunicado ao Autor que estava dispensado de comparecer ao serviço pelo “tempo estritamente necessário” à renovação da documentação da legalização em Portugal, apenas vem a apurar-se que o Autor, na sequência, faltou alguns dias (sem determinação do quantitativo) ao trabalho para tratar da sua autorização de residência e em 3 de Março de 2008 as Rés comunicaram-lhe a cessação do contrato por abandono do trabalho.
- VI- Vencendo-se as prestações devidas ao trabalhador após a transmissão do estabelecimento, apenas o adquirente (2.ª Ré) é responsável pelo seu pagamento.

**Texto integral**

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/a1f3310367c627ba80257990004ff75b?OpenDocument>

**Título: Transmissão de Estabelecimento**

Ano de Publicação: 2014

ISBN: 978-972-9122-85-9

Série: Formação Inicial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)