CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 4 de Julho de 1996 *

A — Introdução

1. No presente processo, o tribunal du travail de Bruxelas submeteu ao Tribunal de Justiça diversas questões de interpretação do artigo 3.° da Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos [1]. Essas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe uma empregada (Claude Rotsart de Hertaing, demandante) aos seus antigos patrões.

2. A demandante era empregada, desde 1 de Março de 1987, da Housing Service SA. De acordo com as informações fornecidas pela Comissão, a Housing Service SA adoptou, em 19 de Novembro de 1993, a denominação J. Benoidt SA, a qual se encontra, a partir dessa data, em processo de liquidação. As actividades da J. Benoidt SA em liquidação foram prosseguidas por uma sociedade constituída de novo, a SA IGC Housing Service, instalada nos mesmos locais da sociedade J. Benoidt SA. Um contrato foi celebrado nesse sentido com efeitos a partir de 1 de Dezembro de 1993.

3. Em 23 de Novembro de 1993, a demandante foi despedida com pré-aviso de seis meses contados a partir de 1 de Dezembro de 1993. De acordo com as informações da Comissão e do órgão jurisdicional de reenvio, esse despedimento foi proferido pela sociedade IGC Housing Service.

4. Em 22 de Dezembro de 1993, a demandante foi despedida sem pré-aviso pelo liquidatário da J. Benoidt SA em liquidação, por faltas graves. Por carta de 8 de Janeiro de 1994, a demandante impugnou esse despedimento, tanto quanto à forma como ao fundo. Por fim, a demandante intentou uma acção contra:

1) J. Benoidt SA, em liquidação, e

2) IGC Housing Service SA,

em que pede a condenação das demandadas no pagamento, designadamente, de uma indemnização compensatória do pré-aviso, de uma indemnização por despedimento abusivo, do décimo terceiro mês relativo a 1993 e do saldo do subsídio de férias.

* Língua original: alemão.

1 — JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122.

5. A demandante argumenta que a J. Benoidt SA em liquidação e a sociedade IGC Housing Service constituem uma única e mesma empresa. Em qualquer caso, considera ter sido transferida de uma empresa para outra nas condições a que se refere a convenção colectiva n.° 32-A. Nos termos desta convenção colectiva, o cedente e o cessionário respondem solidariamente pelas somas devidas aos trabalhadores. Em consequência da transferência convencional de empresa, a sociedade Hausing Service [2] tornou-se sua entidade patronal juntamente com a J. Benoidt SA em liquidação.

6. A sociedade IGC Housing Service argumenta jamais ter sido entidade patronal da demandante e nem sequer ter obrigação de o ser; além disso, a demandante não foi por ela despedida.

7. Para o órgão jurisdicional de reenvio, é pacífico estar-se em presença de uma transferência convencional de empresa na acepção da Directiva 77/187 e da convenção colectiva n.° 32-A. Para aquele órgão, é também pacífico que o contrato de trabalho da demandante não se transferiu para o cessionário, visto que o contrato de cessão não previa tal transferência.

2 — O articulado da demandante dá a entender estar a referir-se, quase de certeza, à sociedade constituída de novo, a IGC Housing Service.

8. Para o órgão jurisdicional de reenvio, a questão reside, assim, em saber se o cessionário, a sociedade IGC Housing Service, estava obrigada a retomar a demandante ao seu serviço e, em caso afirmativo, que sanções podem ser aplicadas em caso de não cumprimento de tal obrigação. O órgão jurisdicional de reenvio entende que a resposta a tais questões depende da interpretação do artigo 3.° da Directiva 77/187. Neste se determina:

«1. Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência na acepção do n.° 1 do artigo 1.° são, por este facto, transferidos para o cessionário.

Os Estados-Membros podem prever que, mesmo após a data de transferência na acepção do n.° 1 do artigo 1.°, o cedente seja co-responsável pelas obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de relação juntamente com o cessionário.

2. Após a transferência, na acepção do n.° 1 do artigo 1.°, o cessionário mantém as condições de trabalho acordadas por 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 da entrada em vigor ou aplicação de outra convenção colectiva.

...»

9. O artigo 1.°, n.° 1, da directiva, acima referido, estabelece:

«A presente directiva é aplicável às transferências de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos que resultem de uma cessão convencional ou de fusão que impliquem mudança de empresário.»

10. O artigo 3.° da Directiva 77/187 foi transposto para direito belga pelo artigo 7.° da convenção colectiva n.° 32-A. Neste se dispõe:

«Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho existente à data da transferência na acepção do n.° 1 do artigo 1.° são, por este facto, transferidos para o cessionário.»

11. O órgão jurisdicional de reenvio entende que a acção contra a J. Benoidt SA em liquidação é admissível e procedente, pelo menos parcialmente.

12. No que se refere à acção intentada contra a sociedade IGC Housing Service, o órgão jurisdicional de reenvio entende necessário, por força do acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Fevereiro de 1988, nos termos do qual a protecção garantida pela Directiva 77/187 é de ordem pública, estando, portanto, subtraída à vontade das partes no contrato de trabalho [3], submeter ao Tribunal de Justiça, para efeitos de decisão prejudicial, as seguintes questões:

«1) O artigo 3.° da Directiva 77/178 deve ser interpretado no sentido de que todos os contratos de trabalho existentes à data da transferência e relativos ao pessoal que trabalha na empresa cedida são, devido a esta transferência, e sem qualquer alternativa para o cedente ou para o cessionário, transferidos do cedente para o cessionário?

2) Em caso afirmativo:

— a transferência do pessoal é automática não obstante a recusa, por parte do cessionário, de cumprir a sua obrigação?

— a transferência do pessoal ocorre na data da transferência ou pode, à escolha do cedente ou do cessionário, ser fixada em data posterior?»

3 — Trata-se do acórdão Daddy's Dance Hall (24/86, Colect., p. 739).

B — Análise

Quanto à primeira questão prejudicial

13. Para o órgão jurisdicional de reenvio, está-se incontestavelmente em presença de um caso de transferência convencional de empresa, na acepção da Directiva 77/187 e da convenção colectiva n.° 32-A. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, compete ao órgão jurisdicional nacional estabelecer, com base nos critérios referidos pelo Tribunal de Justiça, se, em determinado caso, existe uma transferência convencional de empresa na acepção da directiva [4]. Na decisão de reenvio, o órgão jurisdicional nacional enumera as razões que o conduziram a concluir existir transferência de empresa na acepção da directiva: a entidade económica existente foi transferida com efeito imediato para o cessionário, que prossegue as mesmas actividades do cedente. O estabelecimento comercial constituído pela agência imobiliária foi, com efeito, cedido, ou seja, designadamente, o nome, marca, clientela, material, direito de arrendamento, todos os contratos de agente imobiliário, bem como os contratos de trabalho de três empregados, que foram transferidos a partir de 1 de Janeiro de 1994.

14. Para o órgão jurisdicional de reenvio, é incontestável que o contrato de trabalho da demandante não foi transferido, visto o contrato de cessão não prever tal transferência. Além disso, o cessionário sustenta jamais ter sido entidade patronal da demandante, enquanto o cedente reivindica a qualidade de entidade patronal única da demandante até à data da denúncia do contrato.

15. A primeira questão prejudicial visa, pois, saber se o cedente e o cessionário têm tal possibilidade de escolha ou se, em consequência da transferência, *todos* os contratos de trabalho existentes nessa data foram objecto de cessão.

16. A Comissão chega à conclusão de que, nos termos do n.° 1 do artigo 3.° da Directiva 77/187, todos os contratos de trabalho ou relações de trabalho existentes entre o cedente e os trabalhadores à data da transferência da empresa são cedidos automaticamente ao cessionário, pelo mero facto da transferência, sub-rogando-se o cessionário ao cedente no que se refere aos direitos e obrigações recorrentes de tais relações de trabalho. Para esse efeito, a Comissão baseia-se na jurisprudência até ao momento desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, em especial nos acórdãos Wendelboe e o. [5], Berg e Busschers [6], Daddy's Dance Hall [7] e D'Urso e o. [8].

17. Cabe subscrever a posição da Comissão. Para este efeito, atenda-se, em primeiro lugar,

4 — Acórdãos de 18 Março de 1986, Spijkers (24/85, Colect., p. 1119, n.° 14), e de 19 de Maio de 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Colect., p. I-3189, n.os 23, 24 e 25).

5 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985 (19/83, Recueil, p. 457).

6 — Acórdão de 5 de Maio de 1988 (144/87 e 145/87, Colect., p. 2559).

7 — Acórdão já referido na nota 3.

8 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-362/89, Colect., p. I-4105).

ao acórdão D'urso e o. Este processo tinha por objecto uma transferência de empresa na qual, em execução do contrato de cessão e nos termos de acordos celebrados com os sindicatos, referidos no próprio contrato, o cessionário apenas retomara 940 dos 1 458 empregados. O Tribunal de Justiça teve de examinar a questão de saber se o n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 77/187 deve ser interpretado no sentido de que todas as relações de trabalho existentes, à data da cessão de uma empresa, entre o cedente e os trabalhadores afectos à empresa transferida são automaticamente transmitidos para o cessionários pelo simples facto da transferência. O Tribunal respondeu afirmativamente a esta questão, referindo-se à sua própria jurisprudência. Declarou, assim, uma vez mais — como já fizera no acórdão Berg e Busschers [9] — que a directiva tem por objectivo assegurar a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de mudança de empresário, permitindo-lhes continuar ao serviço do novo empresário nas mesmas condições acordadas com o cedente. «As regras aplicáveis em caso de transferência de uma empresa ou de um estabelecimento para outro empresário destinam-se a salvaguardar, no interesse dos trabalhadores, as relações de trabalho existentes que fazem parte do conjunto económico transferido» [10].

18. O Tribunal de Justiça remeteu em seguida para o acórdão Daddy's Dance Hall [11], em que considerara que a protecção garantida pela Directiva 77/187 é de ordem pública, estando, portanto, subtraída à vontade das partes no contrato de trabalho. As normas da directiva, designadamente as relativas à protecção dos trabalhadores contra o despedimento em consequência da transferência, devem ser consideradas imperativas, no sentido de que não podem ser derrogadas de forma desfavorável para os trabalhadores.

19. O Tribunal de Justiça deduziu daqui, no acórdão d'Urso e o. [12], que a concretização dos direitos conferidos aos trabalhadores pela directiva não pode estar sujeita ao consentimento do cedente ou do cessionário, nem dos representantes dos trabalhadores, nem dos próprios trabalhadores. O contrato de trabalho não pode, pois, ser mantido com o cedente e continua automaticamente com o cessionário. Contudo, o trabalhador tem o direito, como fora já julgado no acórdão Danmols Inventar [13], de por sua própria iniciativa optar por não prosseguir, após a transferência, a relação laboral com o novo empresário.

20. Cabe à legislação nacional determinar quais as relações de trabalho ainda existentes à data da transferência e quais as que são em consequência transferidas para o cessionário. A legislação nacional deve, contudo, ser aplicada sob reserva, todavia, do respeito pelas regras imperativas da directiva relativas à protecção dos trabalhadores contra os despedimentos resultantes de uma transferência. Consequentemente, os trabalhadores ao serviço da empresa cujo contrato ou relação de

9 — Acórdão já referido na nota 6, n.ºs 12 e 13.
10 — Acórdão d'Urso e o., já referido na nota 8, n.º 9.
11 — Acórdão já referido na nota 3, n.º 14 e segs..
12 — Acórdão já referido na nota 8, n.º 11.
13 — Acórdão de 11 de Julho de 1985 (105/84, Recueil, p. 2639, n.º 16).

trabalho tenha cessado com efeitos a uma data anterior à da transferência, em violação do artigo 4.°, n.° 1, da directiva, devem ser considerados como continuando ao serviço da empresa na data da transferência [14].

21. Desta forma, deve responder-se à primeira questão prejudicial que o artigo 3.° da Directiva 77/187 deve ser interpretado no sentido de que *todos* os contratos de trabalho existentes à data da transferência relativos a pessoal que trabalhe na empresa cedida são, por efeito da transferência, transferidos do cedente para o cessionário, sem qualquer possibilidade de opção por parte do cedente ou do cessionário.

Quanto à segunda questão prejudicial

22. A primeira parte desta questão tem por objecto a possibilidade de o cessionário impedir, pela sua recusa, a transferência automática de todos os contratos de trabalho.

23. Como foi referido na resposta à primeira questão prejudicial, o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão d'Urso e o., que a concretização dos direitos conferidos pela Directiva 77/187 não pode estar sujeita ao consentimento do cedente ou do cessionário [15]. Tal significa que a recusa do cessionário não impede a transferência dos contratos de trabalho.

24. Se se atender ao objectivo atribuído à directiva, a saber, a protecção dos trabalhadores em caso de transferência de estabelecimento, torna-se evidente que a transferência dos contratos de trabalho deve ter lugar independentemente da recusa do cessionário. Se este pudesse, pela sua recusa, impedir a transferência dos contratos de trabalho, seria vã a protecção garantida pela directiva.

25. Não é por isso que o cessionário fica privado de qualquer possibilidade de pôr fim aos contratos de trabalho retomados em consequência da transferência de empresa. O Tribunal de Justiça referiu já, no acórdão d'Urso e o., que, embora nos termos do artigo 4.°, n.° 1, da directiva, a transferência da empresa em si mesma não possa constituir motivo de despedimento, podem sempre ser feitos despedimentos por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças no plano de emprego [16].

26. Resulta, pois, do que precede que o cessionário não pode recusar-se a retomar o contrato de trabalho da demandante.

14 — Acórdão de 15 de Junho de 1988, Bork e o. (101/87, Colect., p. 3057, n.os 17 e 18).

15 — Acórdão já referido na nota 8, n.° 11.

16 — Acórdão já referido na nota 8, n.° 19.

27. Esta conclusão é também compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual o trabalhador não pode ser obrigado a manter a relação de trabalho com o novo empresário [17]. Em caso de transferência de empresa, o trabalhador encontra-se numa situação diferente da do novo empresário. Não participou na celebração do contrato de transferência de empresa. Não pode, pois, de acordo com o Tribunal de Justiça, ser obrigado a trabalhar contra sua vontade para um novo empresário. «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» [18].

28. Além disso, a Directiva 77/187 visa proteger os trabalhadores, e não as entidades patronais. Um empregado, caso recuse continuar a trabalhar para o cessionário da empresa, renuncia apenas à protecção que lhe é garantida pela directiva. Porém, caso consinta na transferência do contrato de trabalho, não pode, também ele, afastar-se das normas imperativas da directiva. Quer dizer que, mesmo que o aceite, não pode continuar a trabalhar sob condições diversas daquelas em que trabalhava para o cedente da empresa [19].

29. Por esta razão, cabe responder à primeira parte da segunda questão que a transferência do pessoal se produz automaticamente, apesar da recusa do cessionário em cumprir as suas obrigações. Tal é também, aliás, o parecer da Comissão.

30. A segunda parte da segunda questão prejudicial tem por objecto a data de transferência do pessoal, mais exactamente a questão de saber se essa data pode, à escolha do cedente ou do cessionário, ser fixada em data posterior à da transferência da empresa.

31. A Comissão entende resultar implicitamente da própria redacção do n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 77/187 não ser possível essa fixação de data. Visto que os direitos e obrigações decorrentes da relação de trabalho são transferidos para o cessionário em consequência da transferência da empresa, a Comissão entende que o cessionário se sub-roga ao cedente a partir dessa data.

32. O Tribunal de Justiça também já decidiu esta questão. Assim, julgou, no acórdão Berg e Busschers, «que o n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 77/187, de 14 de Fevereiro de 1977, deve ser interpretado no sentido de que, *após a data da transferência*, o cedente fica exonerado das suas obrigações resultantes do contrato ou da relação de trabalho pelo simples facto da transferência...» [20].

17 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1992, Katsikas e o. (C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Colect., p. I-6577).

18 — Acórdão já referido na nota 17, n.º 32.

19 — Acórdão Daddy's Dance Hall, já referido na nota 3, n.ºs 14 e 15.

20 — Acórdão já referido na nota 6, n.º 14; sublinhado nosso.

33. Em nossa opinião, tal resulta também da redacção do segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 3.º Sendo que aí se estabelece que os Estados-Membros podem adoptar disposições nos termos das quais, mesmo após a data da transferência, o cedente seja co-responsável juntamente com o cessionário pelas obrigações resultantes do contrato de trabalho, tal significa que as obrigações do cedente cessam, normalmente, na data da transferência, e que, a partir desse momento, é o cessionário que assume essas obrigações. Uma vez que, como foi já referido na primeira parte das presentes conclusões, o acórdão Daddy's Dance Hall estabeleceu serem as disposições da directiva de ordem pública [21], esta disposição não pode ser postergada em detrimento dos trabalhadores.

34. O acórdão Ny Mølle Kro é também susceptível de — como refere a Comissão — fornecer indicações quanto à data da transferência dos contratos de trabalho. O Tribunal de Justiça julgou nesse acórdão verificar-se a transferência de estabelecimento quando mude a pessoa que assume as obrigações do empregador face aos assalariados [22]. Será muito difícil definir uma transferência de empresa com base na transferência das relações de trabalho caso as duas datas não coincidam.

35. Pelo contrário, parece-nos bem menos convincente a referência feita pela Comissão ao acórdão Abels [23]. De acordo com este acórdão, o cessionário assume as obrigações existentes à data da transferência. Tal não exclui que os contratos de trabalho sejam transferidos em data posterior, sob a forma, contudo, de que se revestiam à data da transferência.

36. Seja como for, decorre do acórdão Berg e Busschers que convém responder à segunda parte da segunda questão no sentido de que a transferência do pessoal se produz na data da transferência da empresa e que não pode ser fixada em data posterior.

37. Para terminar, gostaríamos ainda de fazer algumas observações sobre a aplicabilidade ao caso vertente da Directiva 77/187. Resulta tanto da questão prejudicial como das observações da Comissão que a empresa se encontrava efectivamente em liquidação no momento da transferência. A questão prejudicial não refere de forma clara em que data a empresa entrou em liquidação. Até 29 de Novembro de 1983, é a sociedade Housing Service que aparece como estando em actividade. De acordo com as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, só a partir de 13 de Dezembro de 1993 passou a operar o liquidatário da J. Benoidt SA em liquidação (a antiga Housing Service). Isto significa que, nesta data, a sociedade entrara já em liquidação. Decorre das conclusões da demandante, citadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, que a transferência da empresa teve lugar em 1 de Dezembro de 1993. Não decorre, porém, de forma clara se a empresa entrara já em liquidação ou não na data da transferência.

21 — Acórdão já referido na nota 3, n.º 14.

22 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1987 (287/86, Colect., p. 5465, n.º 12).

23 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985 (135/83, Recueil, p. 469, n.º 36).

38. De acordo com as informações da Comissão, a mudança de nome da sociedade Housing Service para J. Benoidt SA e a liquidação datam de 19 de Novembro de 1993. Porém, de acordo com as indicações do orgão jurisdicional de reenvio, a sociedade Housing Service operava ainda nessa data.

39. Não resulta, pois, de forma clara dos documentos apresentados se a empresa se encontrava em liquidação na data da transferência. Compete ao órgão jurisdicional nacional esclarecer este aspecto.

40. Contudo, se, como certos elementos parecem indicá-lo, a empresa se encontrava efectivamente em liquidação na data da transferência, é legítimo perguntar se a directiva se aplica ao caso vertente.

41. Como o Tribunal de Justiça julgou no acórdão Abels [24], a Directiva 77/187 não é aplicável ao processo de falência. O Tribunal de Justiça deverá decidir no processo Dethier Equipement (C-319/94), actualmente pendente, qual a solução em caso de liquidação. No caso de o Tribunal de Justiça chegar à conclusão de que a directiva não é aplicável em caso de liquidação, também o não poderá ser no presente processo, pelo que as questões anteriormente debatidas ficam sem objecto. Compete contudo ao órgão jurisdicional de reenvio decidir esta questão.

42. Além disso, os Estados-Membros têm a faculdade de, por força do artigo 7.° da Directiva 77/187, adoptar disposições nacionais mais favoráveis, pelo que, por essa via, a directiva poderá também ser aplicada em caso de liquidação. Ainda aqui, é ao órgão jurisdicional nacional que compete examinar se tal sucede no caso vertente.

C — Conclusão

43. Com base nas considerações precedentes, sugerimos que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

«1) O artigo 3.° da Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de

24 — Acórdão já referido na nota 23, n.° 17.

empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos, deve ser interpretado no sentido de que todos os contratos de trabalho existentes à data da transferência relativos a pessoal que trabalhe na empresa cedida são, por efeito da transferência, transferidos do cedente para o cessionário, sem qualquer possibilidade de opção por parte do cedente ou do cessionário.

2) A transferência do pessoal produz-se automaticamente, apesar da recusa do cessionário em cumprir a sua obrigação. Produz-se na data de transferência da empresa e não pode ser fixada em data posterior por vontade do cedente ou do cessionário.»