CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS

apresentadas em 14 de Maio de 1998 *

I — Introdução

1. No presente processo, o Arrondissementsrechtbank te Alkmaar solicita, através de uma questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça, a interpretação da Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador [1] (a seguir «directiva»).

2. O litígio no processo principal diz respeito à determinação dos créditos de remuneração «em dívida» de que o trabalhador é titular em relação ao seu empregador que se tornou insolvente e, por extensão, ao cálculo da garantia a pagar no caso de o empregador ter pago ao trabalhador uma parte da remuneração durante o período de referência previsto pela directiva.

II — Enquadramento jurídico comunitário

3. De acordo com jurisprudência constante, a directiva visa garantir aos trabalhadores assalariados um mínimo comunitário de protecção em caso de insolvência do empregador, sem prejuízo das disposições mais favoráveis existentes nos Estados-Membros. Para este efeito, prevê, nomeadamente, garantias específicas em relação ao pagamento de créditos em dívida resultantes de contratos ou de relações de trabalho respeitantes à remuneração de um período determinado [2].

4. O artigo 1.° da directiva está redigido nos seguintes termos:

«1. A presente directiva aplica-se aos créditos dos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho existentes em relação aos empregadores que se encontrem em estado de insolvência na acepção do n.° 1 do artigo 2.°

* Língua original: grego.

1 — JO L 283, p. 23; EE 05 F2 p. 219.

2 — V. os acórdãos de 10 de Julho de 1997, Bonifaci e o. e Berto e o. (C-94/95 e C-95/95, Colect., p. I-3969, n.° 3), e Maso e o. (C-373/95, Colect., p. I-4051, n.os 50 e 56).

...»

5. O artigo 2.°, depois de precisar no n.° 1 quando é que se considera que um empregador se encontra em estado de insolvência declara, no n.° 2, que:

«2. A presente directiva não prejudica o direito nacional no que se refere à definição dos termos "trabalhador assalariado", "empregador", "remuneração", "direito adquirido" e "direito em vias de aquisição"».

6. Nos termos do n.° 1 do artigo 3.°, as instituições de garantia, que os Estados-Membros criam, devem assegurar o pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho e tendo por objecto a remuneração referente ao período situado antes de determinada data.

O n.° 2 do mesmo artigo prevê que essa data será, por escolha dos Estados-Membros:

— ou a da superveniência de insolvência do empregador,

— ou a do aviso prévio de despedimento dado ao trabalhador assalariado em causa, por força de insolvência do empregador,

— ou uma combinação das duas.

7. Todavia, nos termos do artigo 4.°, os Estados-Membros têm a faculdade de limitar a obrigação de pagamento das instituições de garantia aos créditos relativos a determinado período (período de referência), definido em função da data escolhida nos termos do artigo 3.°

Assim, se os Estados-Membros fizerem uso da faculdade prevista no n.° 2, segundo travessão, do artigo 3.°, devem «assegurar o pagamento dos créditos em dívida relativos à remuneração referente aos três últimos meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho, anteriores à data do aviso prévio de despedimento dado ao trabalhador assalariado por força da insolvência do empregador» (artigo 4.°, n.° 2, segundo travessão).

8. A obrigação de pagamento acima referida, que incumbe às instituições de garantia, pode ainda ser limitada, nas condições definidas no artigo 4.°, n.° 3, redigido nos seguintes termos:

«3. Contudo os Estados-Membros podem fixar um limite para a garantia de pagamento

dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados, a fim de evitar o pagamento das importâncias que excedam a finalidade social da presente directiva.»

9. Todavia, o artigo 9.° precisa que:

«A presente directiva não prejudicará a faculdade de os Estados-Membros aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores assalariados.»

10. Finalmente, nos termos do artigo 11.°, os Estados-Membros devem adoptar as disposições necessárias para transporem a directiva para o direito interno no prazo de 36 meses a contar da sua notificação, prazo que expirou em 23 de Outubro de 1983 [3].

III — O direito nacional

11. Nos Países Baixos, a questão dos créditos em dívida, de que os trabalhadores assalariados são titulares em relação ao seu empregador que se tornou insolvente, está regulada pelo capítulo IV (artigos 61.° a 68.°) da Werkloosheidswet (lei sobre o desemprego). A Comissão salienta que os Países Baixos não adoptaram medidas de transposição específicas porque consideraram que as disposições anteriormente referidas eram conformes com a directiva.

12. Como resulta do despacho de reenvio e das observações das partes, o sistema organizado pela lei neerlandesa apresenta-se da seguinte forma:

13. Nos termos do artigo 61.°, n.° 1, o trabalhador tem direito a uma indemnização paga pela instituição de garantia se tiver, em relação ao empregador insolvente, créditos relativos a remunerações ou a subsídio de férias.

14. Nos termos do artigo 67.°, alínea a), por «remuneração» entende-se tudo o que o empregador deve, de pleno direito, ao trabalhador por força da relação de trabalho (com excepção do subsídio de férias).

15. O direito à indemnização inclui, nos termos do artigo 64.°:

3 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Itália (22/87, Colect., p. 143, n.° 3).

— a retribuição de treze semanas, no máximo, imediatamente anteriores ao dia da rescisão do contrato de trabalho (com excepção do subsídio de férias) [alínea a)],

— a retribuição relativa ao período de aviso prévio vigente, que é, como observa a Comissão, de seis semanas [alínea b)],

— o subsídio de férias de um ano, no máximo [alínea c)].

16. Como afirmam, com razão, o Governo do Reino Unido e a Comissão, o período de referência de treze semanas, previsto no artigo 64.°, alínea a), da lei neerlandesa, corresponde ao período de referência de três meses, anteriores à data do aviso prévio de despedimento, previsto nos artigos 3.°, n.° 2, segundo travessão, e 4.°, n.° 2, segundo travessão, da directiva. Por conseguinte, esta opção do legislador neerlandês está conforme com a directiva.

17. Por outro lado, como as partes observam com razão, a extensão da garantia dos créditos dos trabalhadores à remuneração devida durante o período de aviso prévio [artigo 64.°, alínea b), da lei neerlandesa], isto é, durante um período que excede o período de referência, implica a aplicação de disposições mais favoráveis, na acepção do artigo 9.° da directiva.

18. Há que admitir que o mesmo sucede em relação ao subsídio de férias, cujo pagamento é garantido por um ano [artigo 64.°, alínea c)], pelo menos no que diz respeito à respectiva parte que excede o período de referência [4].

IV — Os factos

19. A. G. R. Regeling, demandante no processo principal, entrou ao serviço, como soldador, de R. Moojen, empregador neerlandês, em 29 de Outubro de 1990.

Em 14 de Junho de 1991, o empregador rescindiu o contrato de trabalho, com efeitos a partir de 1 de Agosto do mesmo ano.

4 — Como indicarei oportunamente (v. n.° 51), a garantia prevista pela directiva abrange a totalidade das remunerações a que o trabalhador assalariado tinha direito pelos serviços prestados durante o período de referência, remunerações que incluem as prestações complementares e os abonos previstos pela lei. Assim, o subsídio de férias correspondente ao período de referência (três meses ou treze semanas) é, de pleno direito, tomado em consideração para o cálculo da garantia, ao passo que o pagamento do subsídio em relação ao período que excede aquele período de referência (até um ano, no máximo) constitui uma medida mais favorável (artigo 9.° da directiva).

Posteriormente, em 21 de Abril de 1992, o empregador foi declarado no estado de falência, mas o processo de falência terminou por insuficiência do activo.

20. Até finais de 1990, o demandante recebeu regularmente a sua remuneração, que era de 3 900 HFL mensais (excluído o subsídio de férias). Todavia, a partir de 1 de Janeiro de 1991, devido a dificuldades financeiras, o empregador pagou esporadicamente ao demandante fracções de salários. Esses pagamentos atingiram, até ao despedimento do interessado, um total de 18 136 HFL.

21. Após a declaração de falência, o demandante solicitou à instituição de garantia neerlandesa o pagamento da garantia prevista pela directiva. Os créditos a tomar em consideração, relativamente ao período em causa, de 15 de Março a 25 de Julho de 1991 (isto é, o período de referência de treze semanas, ou de três meses, bem como o período de seis semanas correspondente ao período de aviso prévio), correspondentes ao salário, às horas extraordinárias e ao subsídio de férias, atingiam, de acordo com os seus cálculos, 21 892 HFL. Por conseguinte, segundo o demandante, o empregador devia-lhe ainda 3 756 HFL a título de salários e outras remunerações em atraso.

22. A instituição em causa indeferiu o pedido, com o fundamento em que o montante global dos pagamentos parciais efectuados pelo empregador durante aquele período ultrapassava o dos créditos de remunerações de que o demandante era titular pelo mesmo período.

23. Em recurso interposto desta última decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, o recorrente defendeu que os pagamentos parciais efectuados pelo empregador não respeitavam apenas aos créditos nascidos durante o período de referência, mas também a créditos anteriores (isto é, créditos correspondentes ao período entre 1 de Janeiro e 15 de Março de 1991), aos quais os pagamentos em questão deviam ser prioritariamente imputados. Em contrapartida, a instituição de garantia alegou que os pagamentos parciais do empregador, efectuados durante o período em causa, se destinavam ao pagamento de créditos nascidos durante aquele mesmo período e que, assim sendo, o demandante deixara de ser titular de qualquer crédito em dívida.

24. O órgão jurisdicional de reenvio observa que esta questão não é explicitamente regulada pelas disposições nacionais controvertidas e que a jurisprudência dos tribunais neerlandeses está dividida a este respeito. Assim, os tribunais civis adoptaram uma posição semelhante à do recorrente, ao passo que a posição dos tribunais administrativos é conforme com a da instituição de garantia.

25. Concretamente, segundo a jurisprudência do Hoge Raad, devem aplicar-se aos créditos, como os do recorrente, os artigos 1432.° e 1435.° do Burgerlijk Wetboek

(Código Civil) e, em relação ao período posterior a 1 de Janeiro de 1992, o novo artigo 43.° do livro 6 do mesmo código, de idêntico conteúdo aos referidos artigos. Resulta destas disposições que, quando um devedor efectua um pagamento que pode ser imputado a pelo menos duas obrigações, o devedor designa a obrigação a que o pagamento se refere em primeiro lugar. Na ausência de designação, o pagamento será imputado aos créditos vencidos e, em seguida, aos mais onerosos; se todos estiverem vencidos e forem igualmente onerosos, o pagamento efectuado pelo devedor é imputado ao crédito mais antigo. O órgão jurisdicional de reenvio refere que, em aplicação destas disposições, o recorrente continua a ser titular de créditos em dívida, em relação ao período em causa, e que, por conseguinte, tem direito à garantia.

26. Por outro lado, os tribunais administrativos e, em especial, o Centrale Raad van Beroep, consideram que qualquer pagamento de remuneração efectuado durante o período previsto no artigo 64.°, alíneas a) e b) (já referido), da lei sobre o desemprego deve ser imputado em primeiro lugar aos créditos do trabalhador nascidos durante esse período, sem que se tenham em conta as regras de imputação de direito civil. A este respeito, o Centrale Raad considera que as disposições relativas ao pagamento da garantia pela instituição competente são de direito público e têm carácter específico em relação às disposições de direito civil. A assimilação do crédito a que a garantia diz respeito a créditos de direito privado teria como consequência que direitos nascidos antes do período de referência determinariam as obrigações da instituição de garantia referentes a este período. Todavia, segundo o Centrale Raad, tal contraria todo o sistema da regulamentação relativo à assunção das obrigações do empregador pela instituição de garantia. Em aplicação desta jurisprudência, o demandante deixou de ter créditos em dívida, correspondentes ao período de referência e, por conseguinte, não tem direito à garantia. O órgão jurisdicional de reenvio refere que o Centrale Raad tem consciência de que esta solução conduz a resultados insatisfatórios, mas que não descortina outra no âmbito do direito nacional.

27. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio, interrogando-se sobre qual das duas interpretações das disposições controvertidas é conforme com a directiva, submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão.

V — A questão prejudicial

«As obrigações que derivam da Directiva 80/987 são cumpridas por uma legislação nacional que pode levar a que o pagamento de um crédito de retribuições previsto na directiva ocorre só e na medida em que o crédito de retribuições no período referido na directiva se refira a uma importância maior do que aquela que o trabalhador recebeu *no* mesmo período mas que, nos termos do direito civil nacional, é imputado num crédito de retribuição, nascido numa data *anterior* a esse período?»

VI — Quanto ao mérito

28. Através desta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o trabalhador tiver, contra o seu empregador, créditos referentes a períodos de emprego que excedam o período de referência, os pagamentos parciais de remuneração efectuados pelo empregador durante esse último período devem ser considerados, de acordo com a directiva, como abrangendo exclusivamente os créditos do trabalhador que nasceram durante o período de referência ou prioritariamente os créditos mais antigos. Por outras palavras, pergunta se os pagamentos efectuados pelo empregador durante o período de referência devem ser imputados aos créditos do trabalhador que nasceram durante aquele período ou aos créditos anteriores.

29. Posta nestes termos, a questão prejudicial suscita um problema de interpretação da expressão «créditos em dívida relativos à remuneração», constante do artigo 4.° da directiva e, especialmente, do seu n.° 2, segundo travessão, disposição que, incontestavelmente, se aplica ao caso em apreço.

30. A este respeito, o recorrente no processo principal defende que a directiva visa garantir aos trabalhadores o pagamento de todos os créditos em dívida, respeitantes ao período de referência, e que a interpretação das disposições nacionais controvertidas que vá na direcção seguida pelo Centrale Raad van Beroep é contrária à directiva.

Do mesmo modo, a Comissão afirma que, quando o empregador paga, durante o período de referência, remunerações que, na realidade, correspondem a períodos anteriores, o trabalhador mantém os créditos respeitantes ao período de referência, devendo beneficiar da correspondente garantia, em conformidade com o objectivo da directiva.

31. Em contrapartida, a instituição recorrida refere que a directiva visa harmonizar parcialmente as legislações nacionais e que o artigo 2.°, n.° 1, permite que os Estados-Membros definam livremente, nomeadamente, o conceito de «remuneração». Além disso, o artigo 4.°, n.° 2, da directiva, aplicável ao caso em apreço, não descreve qualquer método preciso de determinação da remuneração respeitante ao período de referência. A instituição demandada deduz daí que os Estados-Membros são livres de determinar a remuneração e, por conseguinte, os créditos que correspondem ao período de referência.

Do mesmo modo, o Governo do Reino Unido afirma que, tendo em conta os objectivos limitados da directiva, compete ao direito interno determinar como devem ser reguladas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Além disso, a directiva impõe que apenas se tomem imperativamente em conta os créditos dos trabalhadores que

nasceram durante o período de referência e, não, também, os créditos anteriores. Em consequência, cabe ao direito interno determinar o destino dos créditos anteriores dos trabalhadores e dos pagamentos efectuados pelo empregador durante o período de referência, isto é, decidir se esses pagamentos abrangerão créditos do trabalhador que nasceram durante o período em questão ou créditos anteriores. Em consequência, segundo esse governo, a directiva não se opõe a que os pagamentos efectuados pelo empregador sejam imputados apenas aos créditos em dívida do trabalhador respeitantes ao período de referência e não aos créditos anteriores.

32. É conveniente observar, em primeiro lugar, que um litígio como o que está na origem do processo principal não é um litígio pura e simplesmente de direito interno, quer seja direito público ou privado, como os órgãos jurisdicionais nacionais parecem indevidamente admitir. Trata-se principalmente de um litígio abrangido pelo direito comunitário. A razão desse facto reside em que as disposições da lei sobre o desemprego se destinam, a partir de 23 de Outubro de 1983, a transpor a directiva para o direito interno, isto é, a incorporar uma parte da ordem jurídica comunitária no direito nacional. Por conseguinte, não se podem aplicar às disposições em questão, nem directa nem analogicamente, os princípios e métodos de um ou outro ramo do direito interno. Ao contrário, o órgão jurisdicional nacional, ao situar as disposições que asseguram a transposição da directiva no quadro mais amplo do direito interno e ao aplicar os princípios gerais de interpretação conformes com a sua natureza específica, deve interpretar as disposições que asseguram a transposição de modo autónomo, com base em critérios comunitários, e tendo por objectivo a consecução do resultado pretendido pela directiva.

33. Para interpretar as disposições nacionais é necessário aplicar o *princípio da interpretação conforme ao direito comunitário*. Este princípio prevê, de acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, que:

«... quando um órgão jurisdicional nacional interpreta e aplica o direito nacional, deve presumir que o Estado teve a intenção de cumprir plenamente as obrigações que decorrem da directiva em causa... ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.°, terceiro parágrafo, do Tratado.

O princípio da interpretação conforme impõe-se muito especialmente ao órgão jurisdicional nacional quando um Estado-membro considerou, como no caso vertente, que as disposições preexistentes do seu direito nacional estavam em conformidade com as exigências da directiva em causa» [5].

5 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911, n.os 20 e 21).

34. Deste princípio decorrem, em meu entender, duas orientações. De acordo com a *primeira orientação*, as disposições que transpõem a directiva para direito interno, quando exigem interpretação, devem sê-lo, na medida do possível, de tal forma que sejam conformes com as disposições da directiva.

O Tribunal de Justiça insiste nesta orientação, sobretudo quando controla a conformidade das disposições do direito comunitário derivado com as disposições comunitárias de categoria superior. Assim, declara, por exemplo, que, «... quando um texto de direito comunitário derivado necessita de interpretação, ele deve, na medida do possível, ser interpretado num sentido conforme com as disposições do Tratado... Um regulamento de execução deve também, se possível, ser objecto de interpretação conforme com as disposições do regulamento de base» [6].

Todavia, visto que as disposições da directiva primam sobre as disposições do direito nacional que transpõem a directiva para direito interno, a orientação referida vale também no caso vertente, pela mesma razão.

35. De acordo com a *segunda orientação*, quando as disposições nacionais que asseguram a transposição de uma directiva para direito interno são susceptíveis de mais de uma interpretação, deve preferir-se a que garanta a compatibilidade dessas disposições com a directiva e não a que conduza à sua incompatibilidade com ela.

O Tribunal de Justiça afirmou também este princípio no que diz respeito ao controlo da validade de disposições do direito comunitário derivado, sublinhando que «quando um texto de direito comunitário derivado é susceptível de mais de uma interpretação, deve preferir-se a que torne a disposição conforme ao Tratado à que conduza à sua incompatibilidade com ele» [7].

Contudo, pelas razões acima descritas, é necessário admitir que este princípio é também válido para a interpretação das disposições nacionais que transpõem uma directiva para direito interno [8].

6 — Acórdão de 24 de Junho de 1993, Dr Tretter (C-90/92, Colect., p. I-3569, n.° 11).

7 — V. o acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/ /Dinamarca (252/83, Colect., p. 3713, n.° 15).

8 — Com efeito, a incorporação da ordem jurídica comunitária nas ordens jurídicas nacionais implica uma nova hierarquização das normas de direito no interior da Comunidade, sob a forma de uma pirâmide, em que as normas nacionais constituem a base, as normas do direito comunitário derivado o meio e as normas do Tratado, bem como os princípios gerais de direito comunitário, o topo. No quadro da hierarquia das normas jurídicas, as normas de cada categoria devem ser conformes não apenas com as normas de categoria imediatamente superior mas também com as de qualquer categoria superior, de forma a que a coerência e eficácia do sistema sejam asseguradas. Neste quadro, o princípio do primado do direito comunitário em relação ao direito nacional não é mais do que uma manifestação específica do princípio mais geral do primado das normas de categoria superior sobre as de categoria inferior, inerente ao próprio conceito de sistema de normas jurídicas. Por este motivo, a relação entre as normas nacionais que transpõem a directiva e as da directiva é simétrica à relação entre as normas da directiva e as do Tratado, valendo também para a primeira relação o que é válido para a segunda.

36. Evidentemente, os princípios referidos não significam que basta que o órgão jurisdicional nacional opte por uma das duas soluções oferecidas pelo direito interno, essencialmente porque, como indiquei, esse dilema é inconcebível em virtude da natureza do litígio, que está sob a alçada do direito comunitário.

37. Não se trata também de aplicar, directa ou analogicamente, a solução que se apresente como «a mais favorável» ao trabalhador em cada caso concreto (no caso em apreço, a solução do direito civil). Em primeiro lugar, o facto de a solução do direito civil conduzir, no caso vertente, a um resultado favorável ao trabalhador, é fruto do acaso. Como vimos, o direito civil neerlandês regulamenta, de modo pormenorizado, a ordem pela qual as importâncias pagas devem ser imputadas nos diversos créditos, dando prioridade aos créditos designados pelo empregador, depois aos mais onerosos, e assim por diante. Todavia, essas prioridades não são conformes com a directiva. Como adiante explicarei de modo mais pormenorizado (n.° 45), não é admissível que o empregador indique a que crédito o pagamento parcial será imputado e que crédito continuará em dívida, porque, assim, estaria a determinar a existência e extensão de um direito comunitário (isto é, a garantia). Do mesmo modo, o critério baseado no carácter oneroso ou não do crédito é estranho ao espírito da directiva. Além do mais, visto que a ordem de imputação dos pagamentos prevista pelo código civil neerlandês possui uma lógica interna precisa e constitui um sistema, não se concebe que se destrua a coerência deste e se seleccionem alguns critérios para os aplicar ao caso em apreço.

38. Finalmente, não se trata de procurar a solução «mais favorável» ao trabalhador invocando pura e simplesmente o objectivo da directiva (que já enunciei no n.° 3). Com efeito, a directiva visa dar determinadas garantias aos trabalhadores, mas sujeita essas garantias a algumas condições e não exige que essas garantias sejam em todos os casos asseguradas a qualquer preço. Não se podem deduzir do objectivo da directiva soluções que não sejam conformes com a sua letra [9], porque mesmo a interpretação teleológica é uma interpretação *intra legem* e não *extra* ou *contra legem*. Em consequência, em cada caso, prevalece a interpretação das disposições comunitárias aplicáveis e, se restar uma margem de manobra que permita proceder a uma interpretação mais favorável, poderá então invocar-se com proveito o objectivo protector da directiva.

39. Feitas estas precisões, passarei ao exame da questão de mérito, isto é, esclarecerei a questão de saber quais os créditos que devem ser considerados «em dívida», na acepção da directiva, e que, portanto, podem ser tomados em consideração para o cálculo da garantia.

40. Como resulta sobretudo do primeiro considerando e dos artigos 1.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da directiva, as instituições de garantia criadas devem assegurar, em princípio, o pagamento de *todos* os créditos em dívida

9 — Acórdão de 9 de Novembro de 1995, Francovich II (C-479/93, Colect., p. I-3843, n.° 20)

dos trabalhadores, nascidos antes de determinada data e relacionados com a insolvência do empregador.

41. Além disso, devem considerar-se «em dívida», de acordo com o significado corrente da expressão e salvo disposição em contrário da directiva, os créditos em relação aos quais o empregador não efectuou o pagamento devido à sua insolvência. No caso deste último ter efectuado pagamentos parciais, ficarão «em dívida» os créditos que ainda permanecerem depois de deduzida do total dos créditos do trabalhador acima mencionados a globalidade dos pagamentos do empregador. Neste caso, é indiferente saber quando ocorreram os pagamentos parciais, isto é, se tiveram lugar no início, meio ou fim do período que antecede a data prevista no artigo 3.°, n.° 2, da directiva.

42. Esta interpretação da expressão «em dívida» deve ser aceite, sobretudo quando os Estados-Membros fixam um período de referência, de acordo com o artigo 4.°, n.° 2, e limitam a obrigação de pagamento, pelas instituições de garantia, aos créditos dos trabalhadores referentes a esse período.

43. Com efeito, neste último caso, os trabalhadores com alguns créditos ainda em dívida, total ou parcialmente, por um período que exceda o período de referência, continuam a deter, *globalmente*, os mesmos créditos em relação ao empregador insolvente, como sucede no caso anterior. A única diferença reside em que, quando o período de referência é fixado em conformidade com o artigo 4.°, a garantia não cobre a totalidade dos créditos em dívida, mas apenas os que respeitam ao período de referência. Se o empregador pagou esporadicamente uma parte das remunerações devidas, os créditos «em dívida» respeitantes ao período de referência são, mais uma vez, aqueles que permanecerem quando se deduzir do total dos créditos a globalidade dos pagamentos, quer estes tenham sido efectuados durante o período de referência, antes (por exemplo, adiantamentos sobre o salário), ou depois deste (pagamento diferido das remunerações devidas). Com efeito, estar-se-ia em presença de uma situação ilógica e que ultrapassaria os objectivos da directiva se aqueles adiantamentos ou pagamentos diferidos não fossem tomados em consideração para a determinação dos créditos do trabalhador «em dívida» respeitantes ao período de referência [10].

44. Em consequência, a data em que os pagamentos foram efectuados não é, em si mesma, relevante, sobretudo no sentido indicado pela instituição recorrida e pelo Governo do Reino Unido. Com efeito, se se aceitasse esta tese, far-se-ia depender a existência e extensão dos direitos conferidos pelo direito comunitário de factores fortuitos e imprevisíveis, como a liquidez do empregador insolvente, e, eventualmente, da sua vontade e manipulações. Assim, bastaria que o

10 — A interpretação proposta não é, portanto, apenas lógica, mas também justa. Porque evita os eventuais abusos, como o duplo pagamento do mesmo crédito, da primeira vez sob a forma de adiantamento (ou pagamento com efeito retroactivo) sobre o salário correspondente ao período de referência e, da segunda, sob a forma de garantia paga pelo mesmo crédito.

empregador, fortuita ou deliberadamente, pagasse, durante o período de referência, remunerações correspondentes, na realidade, a créditos anteriores dos trabalhadores para que a garantia a que estes têm direito fosse diminuída ou reduzida a zero. Tal situação seria, contudo, contrária ao objectivo prosseguido pela directiva, que é o de garantir a protecção dos trabalhadores.

45. Além do mais, aderir a esta tese, significaria que a garantia, já limitada, resultante da aplicação do artigo 4.°, n.° 2, poderia ser reduzida ainda em maior grau pela vontade do empregador, com fundamentos diferentes dos previstos pela directiva. Tal não é, contudo, admissível, porque os casos em que se pode limitar a obrigação de pagamento pelas instituições de garantia são limitativamente enumerados pela directiva e as disposições em causa devem ser objecto de interpretação estrita, tendo em conta o seu carácter derrogatório e o objectivo da directiva.

46. A tese contrária não encontra apoio, nem na harmonização parcial pretendida pela directiva, nem na faculdade oferecida pelo seu artigo 2.°, n.° 2.

47. É certo que no acórdão Francovich II [11], o Tribunal de Justiça declarou que a directiva visa a harmonização parcial das legislações dos Estados-Membros em matéria de protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador (n.° 20). Contudo, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça resolveu uma questão diferente. Mais precisamente, esclareceu o conceito de insolvência do empregador, na acepção do artigo 2.°, n.° 1, que é determinante quanto ao âmbito de aplicação da directiva. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que, dada a inexistência de uma definição comummente aceite do conceito de insolvência, a directiva se aplica aos trabalhadores assalariados cujo empregador esteja sujeito a processo destinado à satisfação colectiva dos credores. Esta questão não tem relação com o presente processo, em que se não contesta que o recorrente e o seu empregador estão abrangidos pela directiva.

Além disso, parece que a solução que consiste na harmonização parcial não foi deliberadamente escolhida pelo legislador comunitário, mas foi imposta pelos factos, isto é, pelas divergências significativas entre as legislações dos Estados-Membros na matéria e as dificuldades práticas suscitadas pela elaboração de regras comuns susceptíveis de serem aplicadas de modo uniforme em todos os Estados-Membros [12]. Uma vez que a definição do conceito de crédito em dívida não suscita dificuldades deste género, não cabe invocar a referida opção do legislador.

11 — Já referido na nota 9.

12 — V. o mesmo acórdão, n.° 28.

48. No que diz respeito ao artigo 2.°, n.° 2, da directiva, convém observar que esta disposição deixa ao direito nacional a faculdade de definir determinados conceitos, nomeadamente o de «remuneração». Desses conceitos, não consta, todavia, o de «crédito em dívida», que é decisivo no caso vertente. Ora, sendo a enumeração contida nesta disposição limitativa, não é possível fazer uma sua interpretação extensiva e ampliar a possibilidade por ela conferida a outros conceitos, sobretudo a conceitos que tenham um conteúdo comunitário, como seja o conceito controvertido no caso em apreço.

49. Independentemente disto, a disposição em questão não tem o significado que a instituição recorrida e o Governo do Reino Unido lhe atribuem. Com efeito, esta disposição de modo algum permite que os Estados-Membros definam, a seu bel-prazer, os conceitos de «trabalhador assalariado», «empregador», «remuneração», etc. aquando da transposição da directiva para direito interno. Pelo contrário, esta disposição significa que, sem prejuízo da adopção de medidas mais favoráveis (artigo 9.° da directiva), as expressões referidas têm, para efeitos da transposição da directiva, o mesmo significado de que dispõem em direito interno.

50. A este respeito, no acórdão Wagner Miret (já referido) [13], após recordar que:

«de acordo com o artigo 2.°, n.° 2, da directiva, a definição do conceito de trabalhador assalariado compete ao direito nacional» (n.° 11),

o Tribunal de Justiça declarou que:

«Daqui resulta que a directiva sobre a insolvência dos empregadores tem vocação para se aplicar a todas as categorias de trabalhadores assalariados definidas como tal pelo direito nacional de um Estado-membro, com excepção das que estão enumeradas no seu anexo» (n.° 12).

O Tribunal de Justiça concluiu que, se, de acordo com o direito nacional, os membros do pessoal de direcção das empresas forem qualificados de trabalhadores assalariados, as medidas de transposição da directiva revelam-se insuficientes, na medida em que não abrangem aquela categoria, de tal forma que, se os trabalhadores assalariados em questão forem privados da garantia; terão o direito de exigir uma indemnização do Estado-Membro em causa (n.os 14 e 22 e dispositivo).

51. Pelas mesmas razões, deve adoptar-se idêntica posição em relação a todas as expressões mencionadas na referida disposição. Assim, para o cálculo da garantia, entende-se por «remuneração» a importância que, nos termos do direito interno, o traba-

13 — V., *supra*, nota 5.

lhador em causa tem o direito de receber do seu empregador como contrapartida dos serviços prestados, mas de que foi privado devido à insolvência deste último. As remunerações dos trabalhadores são geralmente fixadas por disposições regulamentares, por convenções colectivas ou, em certos casos, por acordo das partes. Tais disposições prevêem um salário mínimo (por vezes, também um salário máximo), bem como subsídios, abonos, diversas remunerações acessórias, adaptações ao índice dos preços, etc. Em meu entender, todos estes componentes do salário do trabalhador devem ser tomados em consideração para a determinação da sua remuneração [14] e, com base nesta, para o cálculo da garantia devida [15] em conformidade com a directiva.

52. Quanto à questão de saber o que se deve entender por «remuneração», para efeitos de aplicação da directiva, este diploma não dá a possibilidade de derrogar as disposições estabelecidas pelo direito interno, sobretudo em sentido desfavorável aos trabalhadores. Tal sucede essencialmente por duas razões. Em primeiro lugar, porque a directiva tem um objectivo específico, que consiste na protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador e não na harmonização do direito do trabalho dos Estados-Membros. Em segundo lugar, porque os Estados-Membros, se tivessem a possibilidade de dar aos conceitos de «trabalhador assalariado», de «remuneração», etc. um sentido mais restrito do que o habitualmente atribuído em direito interno, poderiam impor limites à protecção dos trabalhadores em casos não expressamente previstos pela directiva, o que, todavia, seria contra a sua letra e espírito.

53. Deste ponto de vista, o facto de os Estados-Membros poderem, nos termos do artigo 4.°, n.° 3, limitar ainda em maior grau a obrigação de pagamento pelas instituições de garantia, consagrada pelo n.° 2 do mesmo artigo, não tem qualquer relevância. Com efeito, o disposto no artigo 4.°, n.° 3, permite fixar um limite máximo para a garantia resultante da aplicação das duas outras disposições, não visando a determinação da própria garantia. Em qualquer caso, a utilização desta disposição derrogatória (que, aliás, não está em causa no presente processo) apenas se justifica «para evitar o pagamento de quantias que vão para além da finalidade social da... directiva», o que não é o caso [16].

14 — V. o acórdão Comissão/Itália, já referido, n.° 11. De modo geral, no direito social europeu o conceito de «remuneração» é entendido em sentido amplo. A este respeito, v. a definição de remuneração constante no artigo 119.°, segundo parágrafo, do Tratado e a interpretação dela dada pelo Tribunal de Justiça (v., por exemplo, os acórdãos de 11 de Março de 1981, Worringham e Humphreys, 69/80, *Recueil, p. 767, n.os 14 e segs.*; de 17 de Maio de 1990, Barber, C-262/88, Colect., p. I-1889, n.os 11 e 12, e de 7 de Março de 1996, Freers e Speckmann, C-278/93, Colect., p. I-1165, n.os 17 a 20). V. também o artigo 68.°, n.° 1, do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98) (acórdão de 1 de Outubro de 1992, Grisvard e Kreitz, C-201/91, Colect., p. I-5009, n.os 14 e segs.), etc.

15 — É conveniente assinalar que, no caso vertente, o litígio entre o demandante e a instituição de garantia é igualmente devido, pelo menos em parte, ao facto de existirem divergências quanto aos montantes tomados em consideração por uma e outra parte, em relação ao cálculo da garantia. Isto significa que existe eventualmente divergência de pontos de vista no que se refere ao conceito de «remuneração», utilizado como base para a determinação da garantia. Por exemplo, resulta do despacho de reenvio que o demandante considera, a justo título, em meu entender, que tem direito a remuneração pelas horas extraordinárias efectuadas, bem como aos aumentos legais de salário, ao passo que não é certo que a instituição de garantia tenha em conta estes elementos. Todavia, visto que os factos respeitantes a esta questão não foram claramente comprovados, e dado que, por outro lado, nem o órgão jurisdicional de reenvio nem qualquer das partes suscitou explicitamente esta questão, considero não ser indispensável que o Tribunal de Justiça aborde esta questão de modo mais pormenorizado.

16 — Em meu entender, o Tribunal de Justiça tem o direito e o dever de verificar se tais condições estão preenchidas, quer no âmbito de eventual processo intentado pela Comissão, quer no âmbito de um reenvio a título prejudicial.

VI — Conclusão

54. Tendo em conta o que precede, proponho que se responda do seguinte modo à questão prejudicial:

«O artigo 4.°, n.° 2, segundo travessão, da Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, deve ser interpretado no sentido de que, se o trabalhador detém, para com o seu empregador, créditos em dívida relativos a remunerações respeitantes a períodos que excedam o período de referência, os pagamentos parciais de salário que o empregador efectuou durante o período de referência apenas são imputáveis aos créditos do trabalhador nascidos durante este último período se não subsistirem créditos em dívida anteriores com idêntico fundamento.»