CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 27 de Setembro de 2001 [1]

I — Introdução

1. Neste processo, a Cour du travail de Bruxelles (Bélgica) solicita ao Tribunal de Justiça que precise o âmbito de aplicação 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 (a seguir «directiva») [2].

2. À primeira vista, os factos parecem relativamente complicados. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se existe transferência de empresa quando uma empresa A confia, à partida, os trabalhos de limpeza das suas instalações industriais a uma empresa B, que os subcontrata a uma empresa C. Perdendo a empresa B o serviço, a empresa C despede todo o seu pessoal, com excepção de quatro trabalhadores. A empresa A confia, em seguida, o serviço à empresa D, que contrata uma parte do pessoal da empresa C, ao abrigo de uma convenção colectiva de trabalho, sem, no entanto, retomar qualquer elemento do activo desta última — que continua a existir.

3. O Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o alcance da directiva relativamente à subcontratação de serviços, em especial no sector da limpeza [3]. Este reenvio a título prejudicial da Cour du travail concede ao Tribunal de Justiça a oportunidade de clarificar a sua jurisprudência.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

4. A directiva contém disposições necessárias à protecção dos trabalhadores em caso de mudança de empresário, em especial, para assegurar a manutenção dos direitos daqueles. O artigo 1.°, n.° 1, dispõe que a directiva é aplicável às transferências de empresas, estabelecimentos ou partes de

1 — Língua original: neerlandês.

2 — JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122.

3 — V. acórdãos de 14 de Abril de 1994, Schmidt (C-392/92, Colect., p. I-1311); de 11 de Março de 1997, Süzen (C-13/95, Colect., p. I-1259); e de 10 de Dezembro de 1998, Hernández Vidal e o. (C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Colect., p. I-8179).

estabelecimentos que resultem de uma cessão convencional ou de fusão que impliquem mudança de empresário.

5. O artigo 2.°, alínea a), dispõe que, na acepção da directiva, se entende por «cedente» qualquer pessoa singular ou colectiva que, em consequência de uma transferência, na acepção do n.° 1 do artigo 1.°, perca a qualidade de empresário em relação à empresa, estabelecimento ou parte do estabelecimento. O artigo 2.°, alínea b), define «cessionário», na acepção da directiva, como sendo qualquer pessoa singular ou colectiva que, em consequência de uma transferência, na acepção do n.° 1 do artigo 1.°, adquira a qualidade de empresário em relação à empresa, estabelecimento, ou parte de estabelecimento.

6. Nos termos do artigo 3.°, n.° 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 esse facto, transferidos para o cessionário.

7. Por força do artigo 4.°, n.° 1, primeiro parágrafo, a transferência de uma empresa, estabelecimento ou parte 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 no plano do emprego.

8. A directiva foi revista em duas ocasiões. A Directiva 98/50/CE do Conselho, de 29 de Junho de 1998, que altera a Directiva 77/187, codificou, designadamente, um certo número de conceitos à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça [4]. Para racionalizar o texto, o Conselho revogou a Directiva 77/187, em 12 de Março de 2001, substituindo-a pela Directiva 2001/23/CE 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 [5].

9. Por força da Directiva 98/50, o artigo 1.°, n.° 1, da directiva passou a artigo 1.°, n.° 1, alínea a). A Directiva 98/50 introduziu uma nova alínea b) no n.° 1 do artigo 1.°, relativa ao conceito de «transferência», que dispõe o seguinte:

«Sob reserva do disposto na alínea a) [...], é considerada transferência, na acepção da presente directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua

4 — JO L 201, p. 88. O prazo de transposição da Directiva 98/50 expirou em 17 de Julho de 2001.

5 — JO L 82, p. 16. Salvo indicação em contrário, baseamo-nos, a seguir, na versão inicial da directiva.

identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória.»

Esta clarificação foi feita por motivos de segurança e transparência jurídicas, mas não altera o âmbito da directiva, tal como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça [6].

B — *Direito nacional*

10. As referidas disposições da directiva foram transpostas para direito belga pela convenção colectiva de trabalho n.º 32 *bis*, de 7 de Junho de 1985, relativa à manutenção dos direitos dos trabalhadores, em caso de mudança de entidade patronal motivada por uma transferência convencional de empresa e que regula os direitos dos trabalhadores recuperados em caso da retoma do activo após falência ou concordata judicial por abandono do activo, tornada obrigatória pelo Decreto real de 25 de Julho de 1985 [7].

11. Acresce que uma convenção colectiva de 5 de Maio de 1993 relativa à «retoma do pessoal em caso de transferência de contrato de manutenção diária», aplicável ao sector da limpeza, interessa igualmente ao processo. Esta convenção não tem qualquer relação com a convenção colectiva de trabalho de 7 de Junho de 1985.

12. Por força do artigo 3.º da convenção colectiva de trabalho de 5 de Maio de 1993, a empresa que obtenha o contrato tem o dever de se informar junto da empresa que perde o contrato quanto aos efectivos do pessoal e condições de trabalho. O artigo 4.º dispõe que a empresa que obtém o contrato tem a obrigação de — nas duas semanas que se seguem à obtenção do contrato e sempre, no mínimo, uma semana antes do reinício do trabalho — propor por escrito, 75%, no mínimo, dos lugares existentes no local após a transferência, a operários que ela própria seleccionará e que faziam parte da equipa da empresa que perdeu o contrato, desde que esses operários tenham, pelo menos, seis meses de experiência no referido local de trabalho. A selecção será feita de acordo com critérios funcionais. Por força do artigo 5.º, os operários que sejam admitidos de acordo com as modalidades do artigo 4.º obtêm um novo contrato de trabalho sem período de experiência e com manutenção da antiguidade.

III — Matéria de facto que deu origem ao litígio e desenrolar do processo

13. A matéria de facto e os antecedentes do processo resumem-se do seguinte modo:

14. A sociedade Volkswagen confiou, de 2 de Maio de 1993 a 8 de Janeiro de 1995,

6 — Segundo o quarto considerando da Directiva 98/50.
7 — *Moniteur belge* de 9 de Agosto de 1985, p. 11527.

a limpeza de algumas das suas instalações à sociedade anónima Buyle-Medros-Vaes Associates (a seguir «BMV»). A BMV subcontratou a execução deste contrato desde o início à sociedade privada de responsabilidade limitada General Maintenance Contractors (a seguir «GMC»). Segundo esta última, a execução deste contrato com a Volkswagen era então a sua única actividade. Em Dezembro de 1994, a Volkswagen não renovou o contrato com a BMV e confiou, por contrato de 9 de Janeiro de 1995, as actividades de limpeza à sociedade anónima Temco Service Industries (a seguir «Temco»). Para a Temco, o contrato com a Volkswagen era um entre muitos outros.

15. A escolha da Volkswagen em benefício da Temco teve consequências para o pessoal da GMC que efectuava os trabalhos de limpeza na Volkswagen.

16. Terminando o contrato entre a Volkswagen e a BMV em 8 de Janeiro de 1995, a GMC despediu regularmente o seu pessoal, com excepção de quatro pessoas, a saber, os Srs. Imzilyen, Belfarh, Afia-Aroussi e Lakhdar, que beneficiavam de protecção especial contra o despedimento, por serem delegados sindicais [8]. A GMC respeitou os pré-avisos previstos pela legislação belga e cumpriu as formalidades exigidas em caso de encerramento da empresa e despedimento colectivo. O despedimento colectivo foi autorizado em 30 de Novembro de 1994 pelo office régional bruxellois de l'emploi.

17. De acordo com a convenção colectiva de trabalho de 5 de Maio de 1993, a Temco contratou, em 9 de Janeiro de 1995, 42 dos 80 antigos trabalhadores da GMC. Os quatro delegados sindicais não foram retomados.

18. A GMC trabalhava então apenas para a Volkswagen, tendo pedido, em 13 de Janeiro de 1995, à respectiva comissão paritária o reconhecimento dos motivos de ordem económica e técnica que lhe permitiam despedir os quatro delegados sindicais. Este pedido foi indeferido em 28 de Fevereiro de 1995. Por seu lado, o Tribunal du travail declarou-se incompetente para conhecer do pedido, em 13 de Setembro de 1995. Por acórdão de 23 de Novembro de 1995, a Cour du travail confirmou essa decisão.

19. Resulta dos autos que os quatro delegados sindicais receberam a remuneração da GMC até Dezembro de 1995, enquanto, ao mesmo tempo, a GMC considerava, segundo correspondência trocada com a Temco, que os quatro tinham juridicamente passado para esta sociedade por força da convenção colectiva de trabalho n.º 32. Em 12 de Dezembro de 1995, foram despedidos pela GMC.

8 — O despacho de reenvio menciona uma convenção colectiva de trabalho celebrada em 18 de Abril de 1968, no âmbito da comissão paritária n.º 121 das empresas de limpeza e de desinfecção, que confere aos delegados sindicais uma protecção idêntica à dos membros eleitos e dos candidatos aos conselhos de empresa e comités de segurança e higiene.

20. Foi neste contexto que os quatro intentaram acções no Tribunal du travail de Bruxelles contra a GMC, a BMV e a Temco.

21. Por decisão de 12 de Março de 1998, o Tribunal du travail de Bruxelles julgou a acção interposta pelos quatro delegados contra a Temco admissível e parcialmente procedente. O Tribunal du travail decidiu, designadamente, que, nos termos da convenção colectiva n.° 32, os demandantes A. Afia-Aroussi e K. Lakhdar passaram de pleno direito, em 9 de Janeiro de 1995, para o serviço da sociedade Temco, nos termos da convenção colectiva n.° 32.

22. A Temco interpôs recurso dessa decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, que fundamenta as questões prejudiciais da seguinte modo.

23. A situação de facto submetida à Cour du travail é especial, na medida em que a sociedade Volkswagen confiou a limpeza das suas instalações industriais à BMV, que, por sua vez, subcontratou esse trabalho à sociedade GMC, que, quando o perdeu, devido ao rompimento do contrato entre a Volkswagen e a BMV, despediu a totalidade do seu pessoal, salvo os quatro delegados sindicais, ao mesmo tempo que continuava, como se refere nas actas das assembleias-gerais de 1996 e 1997, com as suas actividades e a procurar novos clientes. Isto confirma que a realização do seu objecto social, tal como se encontra descrito nos seus estatutos, é mais amplo do que a realização do trabalho na Volkswagen, ainda que, em 1994, se tratasse da sua actividade principal, ou mesmo única.

24. Por outro lado, até Dezembro de 1995, os quatro delegados sindicais, que consideravam beneficiar de uma protecção especial contra o despedimento, manifestaram, através do seu comportamento, continuar a pertencer ao pessoal da GMC. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que eles nunca pretenderam passar para o serviço da Temco por força da convenção colectiva de trabalho n.° 32 *bis*. Através dos processos que intentou nos órgãos jurisdicionais do trabalho, a GMC também considerou, embora com reservas, que os quatro delegados sindicais continuavam ao seu serviço. Se assim não fosse, os procedimentos destinados a obter o reconhecimento de motivos de ordem técnica ou económica para justificar o seu despedimento não teriam qualquer sentido. O facto de esses procedimentos não terem conduzido a esse resultado é irrelevante.

25. O órgão jurisdicional de reenvio verifica, de resto, que não existe nenhuma relação entre a GMC e a Volkswagen e que nenhum elemento do activo, independentemente da sua natureza, passou da GMC para a Temco. Resulta dos autos que a Volkswagen coloca à disposição das empresas de limpeza com as quais contrata os meios necessários à limpeza industrial das suas instalações.

IV — As questões prejudiciais

26. O acórdão da Cour du travail (Sexta Secção) de Bruxelles, de 14 de Fevereiro

de 2000, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 17 de Fevereiro de 2000. As questões prejudiciais são as seguintes:

«1) O artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 77/187 do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, aplica-se no caso de uma empresa A, que confiou os serviços de limpeza das suas instalações industriais a uma empresa B e que verifica que esta última confiou esse serviço a uma empresa C que, em virtude de a empresa B ter perdido esse contrato, despede todo o seu pessoal com excepção de quatro pessoas, quando em seguida esse serviço é adjudicado a uma empresa D pela empresa A, contratando essa empresa D, ao abrigo de uma convenção colectiva de trabalho, uma parte do pessoal da empresa C, mas não ficando com nenhum elemento do activo desta última, que continua a existir e persiste na prossecução do seu objectivo social?

2) A referida directiva obsta, no caso de a empresa C ser declarada cedente, embora continuando a existir, a que possa conservar determinados trabalhadores ao seu serviço?»

27. Foram apresentadas observações escritas pela Temco, pelos Srs. Imzilyen, Belfarh, Afia-Aroussi e Lakhdar, pela sociedade anónima Three S (antiga GMC), e pela BMV e pela Comissão. Em 17 de Maio de 2001, realizou-se uma audiência no decurso da qual todas as partes e a Comissão expuseram os seus pontos de vista.

V — Apreciação

A — *Âmbito da directiva*

Introdução

28. A primeira questão da Cour du travail permite ao Tribunal de Justiça delimitar o âmbito da directiva a respeito da situação de uma empresa que não renovou um contrato de prestação de serviços com outra empresa, para, em seguida, o celebrar com uma terceira empresa.

29. É a quarta vez que o Tribunal de Justiça é confrontado, ao abrigo do artigo 234.° CE, com a questão da aplicação da directiva a operações no sector da limpeza. Tratou-se sempre de situações de facto que se distinguiam pouco entre si. O acórdão Schmidt [9] visava uma empresa que confiou a uma outra empresa, por contrato, a responsabilidade de executar os trabalhos de limpeza, que anteriormente assegurava directamente. No acórdão Hernández Vidal e o. [10], a situação era inversa e uma empresa, que tinha confiado a outra

9 — Já referido na nota 3.
10 — Já referido na nota 3.

empresa a limpeza das suas instalações ou de parte delas, decidiu rescindir o contrato em causa e passar efectuar ela própria esses trabalhos.

30. Os factos do acórdão Süzen [11] aproximam-se mais das circunstâncias do litígio no processo principal. Um empresário tinha confiado a manutenção das suas instalações a uma primeira empresa, rescindiu o contrato em causa e celebrou depois um novo contrato com uma segunda empresa para efectuar tarefas semelhantes. No acórdão Süzen, o Tribunal de Justiça declarou que a directiva não se aplica «a uma situação em que o empresário, que tinha confiado a limpeza das suas instalações a uma primeira empresa, rescinde o contrato que o vinculava a esta e celebra, com vista à execução de trabalhos semelhantes, um novo contrato com uma segunda empresa, se esta operação não for acompanhada de uma cessão, entre uma empresa e a outra, de elementos significativos do activo, corpóreos ou incorpóreos, e do reemprego, pela nova empresa, de uma parte essencial dos efectivos, em termos de número e de competências, que o seu predecessor afectava à execução do seu contrato.»

31. A Comissão e todas as partes, com excepção da Temco, concordam em considerar, fazendo uma interpretação extensiva das considerações jurídicas expressas no acórdão Süzen, que existe, no caso vertente, uma transferência de empresa resultante de uma cessão convencional na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da directiva.

11 — Já referido na nota 3.

32. Todavia, esta perspectiva não me satisfaz. Entendo que essa conclusão tem pouco em conta o contexto económico em que os serviços são subcontratados. As circunstâncias económicas especiais em que são celebrados os contratos de subcontratação de serviços, mas também o objectivo da directiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e as circunstâncias do caso vertente indicadas pelo órgão jurisdicional de reenvio levam-me a concluir que a directiva não se aplica no caso vertente.

Subcontratação de serviços: contexto económico

33. Em apoio da minha tese, é necessário começar por analisar mais cedo o contexto económico em que são celebradas os contratos de subcontratação de serviços.

34. O procedimento da Volkswagen é típico da actual tendência das empresas para subcontratar tarefas, que são executadas nos seus estabelecimentos mas que não respeitam à sua actividade principal, a empresas especializadas em serviços de apoio sob a forma de subcontratação. Pense-se nas empresas que se concentram na limpeza, na segurança, na restauração, no serviço a clientes, na formação, no fornecimento de material e aplicações informáticos, no desenvolvimento de produtos, etc. Os prestadores de serviços operam frequentemente a nível local e em pequena escala e exercem as suas actividades nas instalações do empresário, entendendo-se que não está excluído que empre-

sas concorrentes exerçam, ao mesmo tempo, actividades para o mesmo empresário [12]. Esses contratos de serviços consistem, em substância, em executar conjuntos específicos de determinadas actividades económicas num dado período. Esse período pode variar desde um dia, por exemplo na restauração por ocasião de um evento específico, até vários anos, no caso da limpeza. No fim do contrato, o prestador de serviços deve ganhar novamente a confiança do empresário, que preferirá um concorrente, se este lhe oferecer melhores condições e prestações. Por exemplo, quando o pessoal de uma instituição se queixa da restauração, o empresário procurará contratar com uma empresa de restauração que ofereça um serviço melhor.

35. Nessas actividades económicas, o factor trabalho representa geralmente uma parte importante. Sendo os contratos entre o empresário e o prestador de serviços celebrados, a maior parte das vezes, por períodos relativamente curtos, o pessoal tem uma grande mobilidade neste sector.

36. Os mercados desses tipos de prestação de serviços estão em constante progressão. O grande número de empresários que procuram esses serviços aumenta e o número de fornecedores também. Isso constitui uma diferença importante em relação às concessões que são propostas em mercados em que a oferta e a procura são relativamente restritas, como, por exemplo, os mercados do transporte ferroviário e das frequências de rádio e televisão. Nestes mercados, a escolha feita pelo adjudicante de um determinado operador tem uma influência importante na posição dos concorrentes no mercado e a perda de um contrato pode mesmo comprometer a sobrevivência do prestador de serviços. Na subcontratação de serviços que nos ocupa no caso vertente, quem perde um contrato normalmente procurará novos clientes.

37. Os mercados da subcontratação de serviços caracterizam-se, de resto, por uma grande diversidade. Trata-se tanto de serviços dispendiosos, de grande valor acrescentado, como as actividades ligadas à informática e à engenharia, como de serviços que são efectuados por mão-de-obra pouco qualificada, como os serviços de limpeza. Além disso encontram-se sub especialidades por sectores. O presente caso ilustra essa diversidade: na audiência foi indicado que a limpeza de instalações industriais ocupa um lugar particular no sector da limpeza e não é comparável à limpeza corrente das escolas ou dos escritórios.

38. Tendo em conta o carácter heterogéneo e dinâmico desses mercados, entendo que o Tribunal de Justiça deve encarar com prudência a aplicação da directiva em caso de mudança de contratante. Se se admitir, com demasiada flexibilidade, que existe transferência de empresa na acepção da directiva, corre-se o risco de perturbar a dinâmica do mercado. O risco de ser

12 — Na audiência, o mandatário dos Srs. Afia-Aroussi e Lakhdar mencionou que muitas outras empresas de limpeza se ocupavam simultaneamente de diferentes sectores da fábrica da Volkswagen.

confrontado com a obrigação de respeitar os direitos de todos os membros do pessoal de uma empresa *unicamente* por causa da transferência de um contrato e de uma parte do pessoal existente, pode desincentivar um eventual novo prestador de serviços a obter o contrato. As empresas poderiam mesmo abster-se de concorrer para obter o contrato. Tudo isso pode conduzir ao bloqueio do mercado. A matéria de facto do processo principal oferece novamente um exemplo disso. Pergunta-se se a Temco estaria disposta a celebrar o contrato de limpeza com a Volkswagen nas mesmas condições, se a empresa tivesse de retomar, em vez dos 42 trabalhadores, a totalidade do pessoal da GMC.

39. Pode alegar-se, a esse respeito, que a retoma obrigatória de todo o pessoal constitui uma parte do risco normal de cada empresa. Isso é verdade se se tratar de uma retoma efectiva da exploração de uma empresa, na acepção do direito das sociedades. Nesse caso, o adquirente faz um estudo de rentabilidade da empresa a retomar e o preço da retoma é determinado, designadamente, pelas prestações do passado e pela retoma obrigatória do pessoal. É o que se passa igualmente nas concessões de longa duração atribuídas por concurso público. No entanto, na subcontratação de serviços, o elemento central é apenas a atribuição de um contrato por um período relativamente curto e, em minha opinião, a retoma obrigatória do pessoal não pode considerar-se, neste contexto, como um risco da empresa.

40. O objectivo da directiva é assegurar a continuidade das relações de trabalho existentes numa empresa, independentemente de uma mudança de empresário [13]. A directiva baseou-se no artigo 100.° do Tratado CE (actual artigo 94.° CE) e, a esse título, não se devem perder de vista as considerações respeitantes ao mercado e à concorrência. Num mercado que se caracteriza pela especialização, por contratos de curto prazo entre empresários e prestadores de serviços e por uma mobilidade significativa do pessoal, a protecção do trabalhador insere-se melhor no contexto do direito do trabalho clássico, do que no contexto da protecção prevista em caso de transferência de empresa [14]. Se o prestador de serviços for obrigado a retomar muito rapidamente todo o pessoal, o objectivo da directiva tornar-se-á desproporcionado em relação aos princípios da liberdade contratual e da liberdade de empreendimento.

Critérios de aplicação da directiva e evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça

41. Resulta também da jurisprudência do Tribunal de Justiça que se deve avaliar uma operação tomando em consideração o contexto económico em que a mesma se insere. Como se sabe, o legislador comunitário não definiu os conceitos de «transferência», «empresa», «cessão», «convencional» ou «fusão» constantes do artigo 1.°, n.° 1, da

13 — Acórdão de 18 de Março de 1986, Spijkers (24/85, Colect., p. 1119, n.° 11). Jurisprudência constante, v. o acórdão mais recente de 25 de Janeiro de 2001, Liikenne (C-172/99, Colect., p. I-745, n.° 19).

14 — No direito do trabalho nacional, o trabalhador goza de protecção em caso de modificação das condições de trabalho, de tal modo que não pode ser despedido de imediato e sem motivo. No litígio do processo principal, a GMC já tentou, em Janeiro de 1995, despedir os quatro delegados sindicais «por motivos de ordem económica ou técnica», mas segundo o acórdão de reenvio esse pedido foi indeferido por uma comissão paritária (v. n.° 18 das presentes conclusões).

directiva. É por esta razão que compete ao Tribunal de Justiça estabelecer os limites destes conceitos comunitários. Estes conceitos fundamentais foram interpretados de forma flexível e à luz do objectivo social da directiva, numa jurisprudência pormenorizada. O Tribunal de Justiça decidiu trabalhar, não com definições rígidas e estritas, mas com critérios que devem ser aplicados pelo órgão jurisdicional nacional em função das circunstâncias do caso.

42. Os critérios de aplicação da directiva resumem-se da seguinte forma. Antes de mais, a transferência deve respeitar a uma «empresa», que se define como sendo uma entidade económica organizada de modo estável [15]. A empresa deve ser objecto de uma cessão «convencional» e, a esse respeito, o Tribunal de Justiça precisou que a relação convencional deve implicar a mudança da pessoa, singular ou colectiva, responsável pela exploração da empresa e que, por isso, contrai as obrigações de entidade patronal perante os assalariados que trabalham na empresa [16].

43. Em seguida, para determinar se existe «transferência» na acepção da directiva, o *critério decisivo* é saber se a empresa em questão mantém a sua identidade, o que resulta designadamente do facto de a sua exploração ser efectivamente prosseguida ou retomada pelo novo empresário, com as mesmas actividades económicas ou com actividades da mesma natureza [17]. Entretanto, este critério foi codificado pela Directiva 98/50 no artigo 1.°, n.° 1, alínea b), da directiva revista.

44. É ao órgão jurisdicional nacional que compete verificar se essa condição está preenchida num caso concreto, recorrendo aos elementos de interpretação determinados pelo Tribunal de Justiça. Segundo este Tribunal, o órgão jurisdicional nacional deve tomar em consideração todas as circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram, designadamente, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e da duração de uma eventual suspensão destas actividades. Convirá, todavia, precisar que todos estes elementos não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não podem, por isso, ser apreciados isoladamente [18].

45. Devendo o órgão jurisdicional nacional ter em conta todas as circunstâncias de facto, entendo que, nas operações de subcontratação de serviços, o tipo e as características dos mercados dos serviços em

15 — Acórdão de 19 de Setembro de 1995, Rygaard (C-48/94, Colect., p. I-2745, n.° 20). V. acórdão Liikenne (já referido na nota 13, n.° 31).

16 — Acórdão de 5 de Maio de 1988, Berg e Busschers (144/87 e 145/87, Colect., p. 2559, n.° 17).

17 — Jurisprudência constante desde o acórdão Spijkers (já referido na nota 13, n.° 11).

18 — Jurisprudência igualmente constante desde o acórdão Spijkers (já referido na nota 13, n.° 13).

causa devem constituir também critérios de avaliação de uma operação. Isso pode fazer-se recorrendo a essas características na interpretação dos conceitos de «convencional» e de «empresa» na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da directiva.

46. A jurisprudência que o Tribunal de Justiça dedicou a esses conceitos conheceu uma evolução notável.

47. É assim que a condição que exige que a transferência seja «convencional» não se limita às situações em que existam relações contratuais directas entre o cedente e o cessionário de uma empresa. Devido a diferenças entre as versões linguísticas e entre as legislações nacionais, há que ter igualmente em conta a estrutura e finalidade da directiva para compreender essa noção [19]. É a essa razão por que o Tribunal de Justiça já alargou a tal ponto o conceito de «convencional» que a directiva se aplica a todas as situações de mudança, no âmbito de relações contratuais, da pessoa singular ou colectiva responsável pela exploração da empresa, que contrai as obrigações da entidade patronal relativamente aos empregados da empresa [20]. Por exemplo, não importa que tenha havido transferência de propriedade [21] ou que haja um acordo de vontades visando a transferência de propriedade [22]. A resolução de um contrato de locação de um restaurante seguida de um novo contrato de locação com um outro explorador não impede a aplicação da directiva. O raciocínio do Tribunal de Justiça é que, numa situação desta natureza, a transferência se efectua em duas fases por intermédio de um terceiro, ou seja, a empresa é primeiro transferida pelo locatário inicial para o proprietário, que a transfere, por sua vez, para o novo locatário [23].

48. Todavia, o Tribunal de Justiça não chegou ao ponto de admitir que possa não existir absolutamente nenhuma relação entre o cedente e o adquirente No acórdão Redmond Stichting, no qual a autoridade — a comuna de Gronigen — tinha modificado a sua política de subsídios e decidido cessar a concessão de subsídios a uma fundação que se dedicava a prestar auxílio a toxicodependentes, para os conceder, em seguida, a outra fundação com o mesmo fim, o Tribunal de Justiça considerou que a directiva podia aplicar-se, atribuindo uma certa importância ao facto de a antiga e a nova fundação terem acertado,

19 — Comparar já com o acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, Abels (135/83, Recueil, p. 469, n.° 13).

20 — V., por exemplo, acórdão de 7 de Março de 1996, Merckx e Neuhuys (C-171/94 e C-172/94, Colect., p. I-1253, n.° 28).

21 — V., por exemplo, acórdão de 17 de Dezembro de 1987, Ny Molle Kro (287/86, Colect., p. 5465).

22 — A directiva pode aplicar-se quando o senhorio retoma a exploração de uma empresa dada em locação após rescisão judicial do contrato por incumprimento. V. acórdão Berg e Busschers (já referido na nota 16, n.° 19).

23 — Acórdão de 10 de Fevereiro de 1988, Tellerup, dito «Daddy's Dance Hall» (324/86, Colect., p. 739, n.° 10). No acórdão Liikenne, o Tribunal de Justiça não excluiu a aplicação da directiva à retoma por uma empresa da exploração de carreiras locais regulares de autocarro que era assegurada por uma outra empresa, mas que foi transferida na sequência de um processo de adjudicação de contrato público de serviços organizado em conformidade com a Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p.1). O Tribunal de Justiça considerou que existem relações contratuais de acordo com a «teoria das duas fases» quando uma pessoa colectiva de direito público atribui sucessivamente uma concessão de exploração a duas empresas (acórdão Liikenne, já referido na nota 13, n.os 28 a 30).

de comum acordo, a transferência de pacientes, do alojamento, dos conhecimentos e dos recursos [24]. No caso de uma concessão de venda de veículos automóveis que tinha terminado e em que uma nova concessão tinha sido concedida a outra empresa, o Tribunal de Justiça considerou que a circunstância de o principal accionista da antiga empresa e o novo concessionário celebrarem uma «convenção e garantia» comportando um acordo sobre os encargos relativos à transferência do pessoal confirma a existência de uma cessão convencional na acepção da directiva [25].

49. No acórdão Süzen, o Tribunal de Justiça considerou que a inexistência de qualquer vínculo directo de natureza contratual entre as duas empresas, a que tinham sido sucessivamente confiados os trabalhos de limpeza de um estabelecimento escolar, não se pode revestir de uma importância determinante para aplicação da directiva [26]. Ao mesmo tempo, o Tribunal de Justiça reafirmou, todavia, a condição de que, no âmbito de relações contratuais, deva ocorrer uma mudança na exploração da empresa [27].

50. O abandono total da condição de que existam relações contratuais entre o cedente e o adquirente seria, de resto, também *contra legem*. O texto da directiva faz, com efeito, expressamente referência às relações contratuais sob forma convencional ou sob a forma de fusão.

51. A par do termo «convencional», também se desenvolveu o conceito de «empresa», na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da directiva. O Tribunal de Justiça considera que a directiva pode aplicar-se quando a transferência tiver por objecto uma entidade económica organizada de modo estável, cuja actividade não se limite à execução de uma obra determinada. O conceito de «entidade» remete para um conjunto organizado de pessoas e elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio [28]. Apenas se pode considerar que existiu uma transferência se uma tal entidade mantiver a sua identidade económica. A entidade pode, todavia, manter a sua identidade se, por exemplo, a sede da exploração tiver sido deslocada para outra comuna, o cedente tiver cessado todas as actividades após a cessão e a maior parte dos trabalhadores tiver sido despedida [29].

52. É uma interpretação extensiva desta ordem que preside também ao acórdão Süzen, em que o conceito de «entidade económica» é concebido abstraindo da existência de elementos do activo. Sempre que uma entidade económica possa, em certos sectores, funcionar sem elementos significativos do activo, corpóreos ou incorpóreos, a manutenção da identidade dessa entidade para além da operação de que é objecto não pode, por hipótese, no raciocínio do Tribunal de Justiça, depender da cessão de tais elementos. Em certos sectores em que a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra, como o sector da limpeza, um conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma actividade comum pode corresponder a uma

24 — Acórdão de 19 de Maio de 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Colect., p. I-3189, n.° 27).

25 — Acórdão Merckx e Neuhuys (já referido na nota 20, n.os 30 e 31).

26 — Já referido na nota 3, n.° 11.

27 — *Ibidem*, n.° 12.

28 — Jurisprudência constante, v. acórdão Liikenne (já referido na nota 13, n.° 31).

29 — Acórdão Merckx e Neuhuys (já referido na nota 20, n.os 20 a 26).

entidade económica. Uma tal entidade é, portanto, susceptível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limite em prosseguir a actividade em causa, mas também retoma uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão. Nesta hipótese, a nova entidade patronal adquire, com efeito, um conjunto organizado de elementos que lhe permitem a prossecução, de modo estável, das actividades ou de parte das actividades da empresa cedente [30].

53. Este raciocínio estabelece o limite daquilo que o Tribunal de Justiça considerou admissível para que a directiva seja aplicável. Outros acórdãos não vão tão longe. A perfuração de túneis e de galerias em minas [31] e a exploração de carreiras de autocarro [32] não são actividades em que o pessoal é o factor principal. No acórdão Rygaard, o Tribunal de Justiça decidiu claramente que a retoma de dois aprendizes, de um trabalhador e do material com que uma empresa tinha iniciado determinada obra, para a terminar com o acordo do dono da obra, não constitui uma transferência na acepção da directiva. Neste processo, a empresa A tinha aceite uma obra consistente em montar um vigamento para a empresa B. Em seguida, a empresa A confiou à empresa C, com o acordo da empresa B, a realização de parte da obra. Segundo o Tribunal de Justiça, não existe transferência entre as empresas A e C, porque a transferência da obra não foi acompanhada da transferência de um conjunto organizado de elementos que permitissem a prossecução, de modo estável, de todas ou de parte das actividades da empresa cedente [33].

54. No acórdão Süzen, o Tribunal de Justiça referiu inequivocamente que a mera circunstância de o serviço efectuado pelo antigo e pelo novo adjudicatário de um contrato ser semelhante não permite, assim, concluir pela transferência de uma entidade económica. Com efeito, uma entidade não pode ser reduzida à actividade de que está encarregada. A sua identidade resulta também de outros elementos, como o pessoal que a compõe, o seu enquadramento, a organização do seu trabalho, os seus métodos de exploração ou ainda, eventualmente, os meios de exploração à sua disposição. A simples perda de um contrato de prestação de serviços em favor de um concorrente não pode, portanto, por si só, prossegue o Tribunal de Justiça, revelar a existência de uma transferência na acepção da directiva [34].

55. Esta jurisprudência relativa ao objecto da transferência, na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da directiva, demonstra que o Tribunal de Justiça interpreta amplamente a manutenção da identidade da entidade económica, mas que esta deve apresentar, sem dúvida, um certo grau de organização e estabilidade que não podem resultar exclusivamente do contrato de um único cliente.

30 — Acórdão Süzen (n.os 18 e 21) e Hernández Vidal e. o. (n.° 27), ambos já referidos na nota 3. No acórdão Hidalgo e o., proferido no mesmo dia do acórdão Hernández Vidal e o., o Tribunal de Justiça também evocou o sector da segurança como um sector económico com um mínimo de activos em que o pessoal é o factor principal (C-173/96 e C-247/96, Colect., p. I-8237, n.° 26).

31 — Acórdão de 2 de Dezembro de 1999, Allen e o. (C-234/98, Colect., p. I-8643, n.° 30).

32 — Acórdão Liikenne (já referido na nota 13, n.° 39).

33 — Acórdão Rygaard (já referido na nota 15, n.° 21).

34 — Acórdão Süzen (já referido na nota 3, n.os 15 e 16).

Aplicação dos critérios ao caso vertente

56. Voltemos ao assunto que nos ocupa. O órgão jurisdicional de reenvio salientou um certo número de circunstâncias especiais. A Volkswagen confiou, num primeiro momento, o serviço de limpeza à BMV que, em seguida, subcontratou o serviço à GMC. Não existia, portanto, nenhuma relação contratual directa entre a GMC e a Volkswagen e, *a fortiori* também não existe nenhuma relação entre a GMC e a nova contratante Temco. Além disso, nenhum elemento do activo, independentemente da sua natureza, passou do património da GMC para a Temco. É certo que uma parte do pessoal foi retomada pela Temco, mas essa transferência ocorreu quando os trabalhadores, com excepção dos quatro delegados sindicais, já tinham sido despedidos pela GMC. A retoma do pessoal resulta das obrigações decorrentes para a Temco de uma convenção colectiva de trabalho. O órgão jurisdicional de reenvio salienta, de resto, que a GMC continuou a existir, mesmo após a BMV ter perdido o contrato com a Volkswagen [35].

57. Tratando-se de serviços de limpeza, apenas se pode, em conformidade com a jurisprudência Süzen, analisar se a Temco prosseguiu as actividades que a BMV-GMC exercia na Volkswagen e se retomou o essencial do pessoal que a GMC afectou aos serviços de limpeza em questão. Como já afirmei, considero que esta análise é demasiado limitada. Segundo a jurisprudência já referida anteriormente, as circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, devem ser apreciadas tendo igualmente em conta a natureza da empresa [36], bem como a natureza da actividade económica exercida [37]. A este respeito, proponho que o Tribunal de Justiça recorra a um critério mais amplo ponderando igualmente na sua análise as circunstâncias económicas em que decorreu a operação.

58. A este respeito, parece-me difícil concluir com base nos dados do órgão jurisdicional de reenvio e tendo em vista o contexto económico que a *identidade* da empresa de limpeza tenha sido transferida para o novo contratante no âmbito de *relações contratuais*. Apenas se pode deduzir que a Temco retomou uma parte do pessoal da GMC para executar o contrato que tinha celebrado com a Volkswagen.

59. Para começar, é evidente que a circunstância de a Volkswagen celebrar com um novo contratante um contrato relativo a actividades de limpeza industrial não constitui uma transferência na acepção do direito das sociedades. Com efeito, apenas se trata de um contrato relativo à realização de determinadas actividades económi-

35 — As partes, por um lado, contestaram e, por outro, completaram os factos expostos pelo órgão jurisdicional de reenvio. Assim, a BMV e a GMC são, de facto, uma mesma empresa. A GMC tornou-se, apenas, numa sociedade desactivada, que já não tenciona exercer quaisquer actividades e cuja existência apenas se explica pelos processos judiciais em curso. Em seguida, duvidou-se de que a convenção colectiva de trabalho de 5 de Maio de 1993 tenha sido a única razão para retomar os 42 membros do pessoal. Sem o pessoal especializado da GMC, a Temco não seria capaz de executar o contrato celebrado com a Volkswagen. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar estas alegações. Nas presentes conclusões, cinjo-me, na medida do possível, às informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio na fundamentação do pedido de decisão prejudicial.

36 — Acórdão Spijkers (já referido na nota 13; v. n.º 44 das presentes conclusões).

37 — Acórdão Süzen (já referido na nota 3; v. n.º 52 das presentes conclusões).

cas. À luz do referido número do acórdão Süzen [38], o facto de a BMV ter perdido, em benefício da Temco, os serviços de limpeza a efectuar na Volkswagen, não revela uma transferência de empresa na acepção da directiva.

60. Em minha opinião, não se pode, com efeito, logicamente, falar de «transferências de empresas [...] que resultem de uma cessão convencional ou de fusão», pela simples razão de, na subcontratação de serviços, o novo contratante retomar o (essencial do) pessoal do antigo contratante. Não existe nenhuma diferença a este respeito consoante essa transferência de pessoal ocorra voluntariamente, por exemplo porque o novo contratante necessita da experiência dos membros do pessoal para executar o contrato atribuído, ou involuntariamente, por exemplo porque uma convenção colectiva de trabalho a isso o obriga.

61. No que se refere às relações contratuais exigidas, não existe nenhum vínculo real entre a BMV-GMC e a Temco, para além do facto de se sucederem na qualidade de prestadores de serviços à Volkswagen [39]. A Temco retomou uma parte dos membros do pessoal da GMC *depois* de esta os ter regularmente despedido. A GMC também declarou, no momento em que foi notificado o despedimento dos 76 trabalhadores, que ignorava a identidade do novo contratante. Resulta da exposição da matéria de facto do órgão jurisdicional de reenvio que o despedimento colectivo foi autorizado, em 30 de Novembro de 1994, pelo Office Regional Bruxellois de l' Emploi, enquanto a Volkswagen celebrou o contrato com a Temco em Dezembro de 1994. Não consta que a GMC, a BMV e a Temco tenham realizado uma operação artificial para, por exemplo, fugirem à aplicação da directiva. Considero, por conseguinte, que não pode existir qualquer relação contratual, mesmo indirecta. O raciocínio «em duas fases» que o Tribunal de Justiça aplica na sua jurisprudência, que não exige relação contratual directa entre um cedente e um cessionário, baseia-se também numa certa relação e mediação da empresa «intermediária» [40]. No entanto, não consta que a Volkswagen tenha intervindo, na qualidade de adjudicante de serviços, na relação entre o antigo e o novo contratante.

62. Além disso, a empresa não manteve a sua identidade. No caso vertente, essa identidade não deve ser procurada na prossecução de actividades idênticas — a saber, a limpeza industrial — porque essa prossecução de actividades é inerente à mudança de contratante na subcontratação de serviços.

63. Em minha opinião, uma tal entidade também já não mantém a sua identidade quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa, mas retoma igualmente uma parte essencial —

38 — V. n.º 54 das presentes conclusões.

39 — Houve, com certeza, alguns contactos entre o novo e o antigo prestador de serviços. Os autos contêm a cópia de uma carta da Volkswagen dirigida à Weisspunkt, da qual a BMV tinha retomado o activo e o passivo, datada de 14 de Dezembro de 1994, informando essa empresa de que a Euroclean, pertencente ao grupo Temco, passaria a executar as actividades de limpeza industrial na Volkswagen. De resto, resulta dos autos que houve uma troca de correspondência entre a GMC e a Temco, relativa às informações a que se refere o artigo 3.º da convenção colectiva de trabalho de 5 de Maio de 1993.

40 — V., no mesmo sentido, as conclusões que o advogado-geral A. La Pergola apresentou no processo Süzen (já referido na nota 3, n.º 7).

em termos de número e de competências — dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão [41]. Dado que os trabalhadores despedidos pela GMC tinham manifestamente um conhecimento específico das actividades na Volkswagen [42], é perfeitamente natural, do ponto de vista do mercado, que a Temco tenha oferecido um contrato a uma parte dos membros do pessoal despedido. A meu ver, a mera retoma de uma parte essencial do pessoal por um novo contratante num mercado dinâmico não tem nenhuma relação com a identidade de uma empresa e também não pode, portanto, ser convincente. Neste caso, o novo empresário não adquire o conjunto organizado de elementos que permitem a prossecução, de modo estável, de todas ou de parte das actividades da empresa cedente [43]. Mesmo que o pessoal seja o factor principal nas actividades exercidas, a identidade de uma empresa não pode resultar exclusivamente do número e da competência do pessoal retomado. A identidade deve ser determinada tendo igualmente em conta outros factores próprios do pessoal, como a direcção, a estrutura da organização, a repartição de tarefas, os sistemas de formação, de remuneração e de promoção. Quando, na subcontratação de serviços, uma parte do pessoal é retomado, mudando os contratos de trabalho, para executar esse contrato específico, também não se pode falar, dada a natureza, por definição temporária, desse contrato, de uma prossecução duradoura da actividade em questão.

64. Pelos fundamentos expostos, considero, portanto, que a directiva não se aplica ao caso vertente. A condição de a empresa manter a sua identidade, no âmbito de relações contratuais, não está preenchida.

65. Considero também que é uma conclusão justificada.

66. Em primeiro lugar, outra concepção conduz ao resultado paradoxal de a directiva, que visa proteger *todos* os trabalhadores em caso de transferência de empresas, se aplicar já, em caso de subcontratação de serviços, se *uma parte* dos trabalhadores for retomada para efectuar um tipo de trabalho idêntico. Isso será ainda menos compreensível se a retoma do pessoal pelo novo contratante não se produzir voluntariamente, mas por força das obrigações decorrentes de uma convenção colectiva de trabalho. Neste caso, com efeito, a transferência de uma empresa é imposta pela convenção colectiva de trabalho.

67. Em segundo lugar, não se explica porque razão, no caso de um fornecedor de serviços perder um contrato por motivos económicos, por uma outra empresa oferecer melhores condições, o novo fornecedor de serviços deva conservar, *ipso iure*, a totalidade do pessoal da empresa que perdeu o contrato, pela simples razão do pessoal ser o factor principal da actividade económica. Uma consequência assinalável seria, por exemplo, em caso de mudança de restaurador numa cantina de empresa, por causa da má qualidade do serviço prestado pelo pessoal, o novo contratante ser confrontado com o pessoal com o qual o

41 — Acórdão Süzen (já referido na nota 3, n.º 21).

42 — Como alegou o representante de A. Afia-Aroussi e de K. Lakhdar, na audiência.

43 — Acórdão Rygaard (já referido na nota 15, n.º 21).

empresário estava descontente. Do ponto de vista do mercado, uma concepção demasiado ampla seria injustificada e poderia desencadear consequências radicais e imprevisíveis numa realidade económica dinâmica. Se se continuar a alargar os critérios de aplicação da directiva, isso conduzirá inevitavelmente à insegurança jurídica e à arbitrariedade nesses mercados.

68. Em terceiro lugar, a directiva visa proteger o pessoal «existente», mas a subcontratação de serviços implica, em primeiro lugar, em minha opinião, já o afirmei, uma sucessão de contratos de curta duração e não a retoma dispendiosa de uma empresa e do seu pessoal existente. No caso vertente, a retoma integral dos trabalhadores com a manutenção dos direitos decorrentes dos seus contratos de trabalho com a GMC pode dar origem a uma discriminação relativamente aos trabalhadores da Temco. Não está excluído que a Temco tenha pessoal mais motivado e qualificado que, em consequência da aplicação da directiva, seria excluído das actividades na Volkswagen. Para a Temco, a Volkswagen era apenas um dos muitos clientes. Além disso, a Temco vê-se privada da possibilidade de procurar outro pessoal no mercado de trabalho. A protecção dos trabalhadores existentes conduz, assim, incontestavelmente a uma penalização dos trabalhadores vindos do mercado.

B — *A protecção da directiva*

69. Se o Tribunal de Justiça decidir que, no caso vertente, não existe transferência de empresa, não há que responder à segunda questão. Para o caso do Tribunal de Justiça decidir de outro modo, analisarei sucintamente esta questão.

70. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio deseja saber se a directiva impede a GMC, na qualidade de cedente, pressupondo que há transferência, de poder conservar, não obstante, determinados trabalhadores ao seu serviço. O processo principal conheceu um momento de fricção pelo facto da GMC não ter sido autorizada a despedir quatro delegados sindicais, por motivos decorrentes da legislação interna de protecção contra o despedimento. Por isso, os quatro não teriam podido, ou dificilmente teriam podido, exercer os direitos que decorrem da directiva. De facto, esta questão reduz-se a saber se os quatro trabalhadores podem invocar contra a Temco a protecção do artigo 3.°, n.° 1, da directiva, uma vez que não renunciaram ao trabalho na GMC devido à protecção contra o despedimento e também não foram despedidos pelo cedente.

71. Deve-se, desde logo, procurar saber que influência tem a legislação interna em questão, no contexto dos actos dos trabalhadores em causa e sobre a interpretação da directiva.

72. A directiva visa assegurar a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de mudança de empresário, permitindo-

-lhes continuar ao serviço da nova entidade patronal, nas mesmas condições acordadas com o cedente. As normas da directiva devem, segundo o Tribunal de Justiça, ser consideradas imperativas, no sentido de que não podem ser derrogadas de forma desfavorável para os trabalhadores. Por conseguinte, a transferência dos contratos de trabalho não pode estar subordinada à vontade do cedente ou do cessionário [44]. Eles também não têm a faculdade de determinar, de comum acordo, o momento a partir do qual o cessionário responde pelas obrigações decorrentes das relações laborais, que são transmitidas *ipso iure* ao cessionário pelo simples facto da transferência da empresa [45].

73. Daí resulta que a GMC, na qualidade de cedente, não pode prejudicar os direitos dos referidos trabalhadores mantendo-os ao seu serviço. Penso que a circunstância de a GMC ser obrigada pela legislação interna a manter os trabalhadores ao seu serviço não é determinante. Com efeito, se a directiva for aplicável, a legislação nacional não pode ser interpretada em prejuízo desses trabalhadores. A jurisprudência já referida opõe-se a semelhante interpretação, que, além disso, limita o efeito útil da directiva.

74. O carácter imperativo do artigo 3.°, n.° 1, da directiva, é, todavia, limitado pelo direito do trabalhador à livre escolha do seu trabalho. Todavia, o Tribunal de Justiça decidiu que a protecção que a directiva visa garantir fica desprovida de objecto quando o próprio interessado, por decisão livremente assumida, deixar de manter, após a transferência, a relação de trabalho com o novo empresário [46]. Nesse caso, compete aos Estados-Membros decidir qual o destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. A legislação nacional pode, por exemplo, determinar que o contrato de trabalho se mantenha com o cedente [47].

75. Há divisão, no caso vertente, quanto à questão de saber se os quatro delegados sindicais renunciaram voluntariamente à transferência para a Temco. A Cour du travail indica, na decisão de reenvio, que nenhum dos quatro pretendeu passar para o serviço da Temco, antes do seu despedimento pela GMC, em Dezembro de 1995. Como consideravam beneficiar de uma protecção especial contra o despedimento, manifestaram, através do seu comportamento, continuar a pertencer ao pessoal da GMC.

76. Todavia, a GMC-BMV e os quatro delegados sindicais contestaram essas afirmações. Alegam que, no período de 9 de Janeiro a 11 de Dezembro de 1995, os quatro delegados sindicais sempre figuraram no «pay roll» (folha de pagamentos) e recebiam uma parte do seu salário da GMC, sem prestar qualquer trabalho, mas que essa atitude se explicava pela recusa da Temco em retomá-los. Não houve, por isso, uma renúncia voluntária à retoma.

44 — V. acórdão de 14 de Novembro de 1996, Rotsart de Hertaing (C-305/94, Colect., p. I-5927, n.os 16 a 20).

45 — Acórdão Rotsart de Hertaing (já referido na nota 44, n.° 24).

46 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Danmols Inventar (105/84, Recueil, p. 2639, n.° 16).

47 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1992, Katsikas e o. (C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Colect., p. I-6577, n.os 35 e 36).

77. As observações apresentadas e as explicações fornecidas pelas partes na audiência não permitem determinar claramente se, através do seu comportamento, os quatro delegados sindicais renunciaram voluntariamente aos direitos que se presume decorrerem da directiva. Por essa razão, compete ao órgão jurisdicional nacional decidir definitivamente esse ponto, à luz das circunstâncias de facto. Compete-lhe, a esse respeito, ter em conta o facto dos delegados sindicais gozarem de uma protecção jurídica especial da legislação interna, que pode explicar uma certa reserva da sua parte em passar para o serviço da Temco. Sendo as obrigações transferidas *ipso iure* para o cessionário pelo facto da transferência, parece-me que o órgão jurisdicional nacional deve basear-se no comportamento dos trabalhadores em causa, no momento em que ocorreu a transferência, ou seja, por volta do dia 9 de Janeiro de 1995. A isso também obriga o princípio da segurança jurídica em relação ao cedente e ao cessionário.

VI — Conclusão

78. Pelos fundamentos expostos, sugiro que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões que lhe foram colocadas pela Cour du travail de Bruxelles:

«1) O artigo 1.°, n.° 1, 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, não se aplica no caso de uma empresa A, que confiou os serviços de limpeza das suas instalações industriais a uma empresa B e que verifica que esta última confiou esse serviço a uma empresa C que, em virtude da empresa B ter perdido esse contrato, despede todo o seu pessoal, com excepção de quatro pessoas; quando, em seguida, esse serviço é adjudicado a uma empresa D pela empresa A, contratando essa empresa D, ao abrigo de uma convenção colectiva de trabalho, uma parte do pessoal da empresa C, mas não ficando com nenhum elemento do activo desta última, que continua a existir e persiste na prossecução do seu objecto social.

2) Não há que responder à segunda questão.»