CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 15 de Outubro de 1996 *

I — Introdução

1. Através das questões prejudiciais objecto do presente recurso, o Tribunal é chamado a precisar 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 [1] (a seguir «directiva»), e, em especial, a declarar se a rescisão de um contrato de prestação de serviços de limpeza com uma empresa e a sua posterior celebração com outra empresa cabe no conceito de «transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos» na sequência de uma «cessão convencional» na acepção da directiva acima referida.

II — Matéria de facto

2. A demandante no processo principal, Ayse Süzen, trabalhava por conta da sociedade demandada, desde Abril de 1987, na qualidade de funcionária de limpeza no Aloisiuskolleg GmbH, um estabelecimento de ensino privado dirigido por religiosos, em Bonn-Bad Godesberg, que tinha celebrado com a demandada um contrato para limpeza das suas instalações.

Por carta de 15 de Fevereiro de 1994, a demandada comunicou à demandante que o contrato em questão cessaria provavelmente em 30 de Junho de 1994 e que, por consequência, era obrigada, por precaução, com respeito do prazo de pré-aviso previsto por lei para o despedimento, a pôr termo às relações de trabalho que a uniam à demandante a partir de 30 de Junho de 1994. Todavia, na referida carta, a sociedade demandada propôs à demandante que, caso lhe fosse adjudicado o novo contrato de prestação de serviços de limpeza em questão, permanecesse ao seu serviço.

De facto, o contrato de prestação de serviços da demandada com o Aloisiuskolleg foi rescindido com efeitos a partir de 30 de Junho de 1994. O Aloisiuskolleg confiou, seguidamente, os referidos serviços à sociedade Lefarth GmbH, interveniente no processo principal em apoio da demandada, a partir de 1 de Agosto de 1994. Assim, a demandante, citou a demandada perante o órgão jurisdicional *a quo*, para que este declarasse a nulidade do despedimento por inobservância dos prazos legais.

* Língua original: italiano.

1 — JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122.

3. Para poder decidir da legalidade do despedimento da demandante, diz-nos o órgão jurisdicional de reenvio, há que determinar, em primeiro lugar, se a rescisão do contrato em análise com a sociedade demandada e a sua posterior celebração com a sociedade interveniente constituem uma transferência de estabelecimento ou de parte de estabelecimento na acepção da directiva. Se se chegar a essa conclusão, continua o órgão jurisdicional de reenvio, a relação de trabalho da demandante permaneceria inalterada com a sociedade interveniente no processo principal. Por essa razão, o órgão jurisdicional *a quo* entendeu dever apresentar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Atento o conteúdo do decidido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos acórdãos de 14 de Abril de 1994, no processo Christel Schmidt (C-392/92, Colect., p. I-1311), e de 19 de Maio de 1992, no processo Dr. Sophie Redmond Stichting (C-29/91, Colect., p. I-3189), a Directiva 77/187/CEE é aplicável no caso de uma empresa fazer cessar um contrato de fornecimento com outra empresa e entregar o mesmo fornecimento a uma terceira empresa?

2) Há transferência, para efeitos da mencionada directiva, no caso referido na questão 1, quando não se verificar a cessão de quaisquer bens do estabelecimento, corpóreos ou incorpóreos?»

III — Legislação comunitária relevante

O artigo 1.°, n.° 1, da directiva, prevê:

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

O artigo 4.°, n.° 1, primeiro parágrafo, da directiva prevê:

«1. 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...»

IV — Análise da controvérsia

4. As questões suscitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio colocam o Tribunal de Justiça perante uma escolha entre duas alternativas teoricamente possíveis. Por um lado, como explicaremos melhor, pode entender-se que a jurisprudência do Tribunal conduz a considerar que os factos que estão na origem do presente litígio constituem uma transferência de empresa. O nosso caso ficaria, assim, imediatamente sob a alçada da directiva. Por outro lado, o presente processo dá-nos a oportunidade de reflectir sobre os critérios adoptados nos acórdãos proferidos nesta matéria. O conceito de transferência de empresa constante da directiva precisa, de facto, de ser mais concretizado. O intérprete do direito comunitário é, na verdade, chamado a definir esse conceito, como o exigem a economia da directiva, e, em especial, a disposição adoptada para proteger o trabalhador por forma a impedir que a transferência possa por si só constituir um fundamento de despedimento para o cedente ou o cessionário. A transferência de empresa ou de estabelecimento constitui um negócio cujo conteúdo típico não foi expressamente definido, mas antes pressuposto pelo legislador comunitário. Ora, o Tribunal já por diversas vezes sublinhou que o conceito de transferência de empresa acolhido na directiva não pode «ser apreciado com base apenas na interpretação literal» do conteúdo da norma, «devido... a divergências entre as legislações nacionais sobre o conceito de cessão contratual» [2]. O facto de o conceito de transferência de empresa variar em função das legislações nacionais e de o direito comunitário não ter, por seu lado, remetido para nenhum desses ordenamentos com vista à sua definição, não exclui, todavia, em nossa opinião, que a directiva tenha utilizado sempre o conceito em análise com um significado técnico preciso. O mesmo se passa, de resto, com o outro conceito considerado no texto da disposição a par da cessão, isto é, o conceito de fusão. O intérprete encontra-se, portanto, perante a tarefa de, pelo menos, determinar o conteúdo essencial e irredutível do conceito de transferência de empresa através da cessão. Esta é uma questão prévia sobre a qual entendemos, portanto, dever assentar a solução do caso em apreço.

5. Percorrendo a jurisprudência, torna-se manifesto que o Tribunal se preocupou em considerar a transferência de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento de maneira não formalista, evitando associar a definição do fenómeno a critérios rígidos. Pelo contrário, descortina-se uma tendência para experimentar o conceito em análise e para o delimitar progressivamente, confrontando-o com as particularidades de cada caso. Nesta sua actividade hermenêutica, o Tribunal pretende assegurar a mais ampla base de apreciação possível para cada caso, sem descurar elementos úteis para a perfeita qualificação do negócio através do qual se realiza a transferência, que, é conveniente lembrar, é, as mais das vezes, um negócio de formação complexa. O Tribunal de Justiça tem-se limitado, com frequência, a indicar os critérios que o órgão jurisdicional nacional deverá utilizar para integrar o caso numa das situações relevantes para o direito comunitário. Nessa óptica, o Tribunal de Justiça encarrega o próprio órgão jurisdicional, *dominus litis* no incidente prejudicial, de proceder a esse ajustamento, ao reconhecer que este dispõe dos dados factuais que interessam para a exacta reconstrução das vicissitudes negociais subjacentes.

2 — Acórdãos de 7 de Fevereiro de 1985, Abels (135/83, Recueil, p. 469), e de 19 de Maio de 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Colect., p. I-3189).

Os critérios anteriormente referidos encontram-se enunciados, principalmente, no acórdão Spijkers [3], segundo o qual se deverá tomar em consideração o «conjunto de circunstâncias de facto que caracterizam a operação». Esta orientação tem sido constantemente seguida pela jurisprudência subsequente [4].

6. Retira-se igualmente da jurisprudência do Tribunal [5] que um serviço acessório de uma empresa, quando a respectiva prestação seja confiada a uma terceira entidade, adquire por isso mesmo uma consistência económica e funcional autónoma, passando a actividade qualificada desse modo a integrar a categoria que importa na acepção da directiva. No acórdão Schmidt [6], referido, aliás, expressamente pelo órgão jurisdicional de reenvio nas questões prejudiciais, chega-se mesmo a também reconhecer essa natureza à actividade de um único trabalhador.

Outro elemento da jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria é a irrelevância do modo de cessão através da qual se realiza a transferência. Mais precisamente, entendeu ser irrelevante a circunstância de a transferência da empresa ou de parte da empresa se efectuar directamente entre dois sujeitos, o cedente e o cessionário, ou de a passagem da titularidade, que é possível através de diversos mecanismos contratuais, se efectuar apenas de maneira indirecta, através de um negócio trilateral. Exemplos desta abertura do Tribunal de Justiça são os acórdãos Daddy's Dance Hall [7], Bork e o. [8], Redmond Stichting [9] e Merckx e Neuhuys [10].

7. Como já referimos, os critérios formulados pelo Tribunal noutras ocasiões, em especial no caso Schmidt, podem ser utilizados no caso em apreço para o tratarmos como análogo aos decididos anteriormente e lhe aplicarmos o disposto na directiva. Seria uma solução cómoda. No entanto, devemos assinalar que essa solução não nos satisfaz, por várias razões. Confiar os serviços (sejam de que natureza for) de que a empresa necessita a outra entidade é uma escolha feita em regime de economia de mercado, que garante a concorrência entre vários candidatos. Por outro lado, não vemos como se possa justificar que o prestador dos serviços seja obrigado a também manter o pessoal da empresa que anteriormente prestava os mesmos serviços, mas que foi excluída, ou, de qualquer modo, não foi escolhida no termo do concurso realizado nessa ocasião.

À parte isto, não há qualquer relação entre as duas empresas que se sucederam na prestação do serviço. O único elemento que, de certo

3 — Acórdão de 18 de Março de 1986 (24/85, Colect., p. 1119, n.° 13).

4 — Acórdãos Redmond Stichting, já referido, e de 12 de Novembro de 1992, Watson Rask e Christensen (C-209/91, Colect., p. I-5755).

5 — Acórdão Watson Rask e Christensen, já referido.

6 — Acórdão de 14 de Abril de 1994 (C-392/92, Colect., p. I-1311).

7 — Acórdão de 10 de Fevereiro de 1988 (324/86, Colect., p. 739).

8 — Acórdão de 15 de Junho de 1988 (101/87, Colect., p. 3057).

9 — Acórdão já referido na nota 2.

10 — Acórdão de 7 de Março de 1996 (C-171/94 e C-172/94, Colect., p. I-1253).

modo, as pode reunir é apenas a presença da mesma entidade adjudicante, destinatária dos serviços [11]. Não nos parece, no entanto, que isto baste para assimilar o presente caso aos anteriores processos Daddy's Dance Hall, Schmidt e Merckx e Neuhuys. Com efeito, notar-se-á — o que aliás a demandada no presente processo alegou — que nos casos anteriormente decididos pelo Tribunal existia sempre uma ligação com uma entidade de quem as empresas, entre as quais se considerou que houve transferência, realmente dependiam. Assim aconteceu, por exemplo, também no referido caso Redmond Stichting: duas fundações obtiam os seus recursos económicos do Estado (ou seja, o município de Groninga), que era desse modo senhor da sua existência e condicionava o seu comportamento. Por consequência, pôde entender-se, embora implicitamente, que a cessão tinha sido realizada pela comunhão de interesses e pela unicidade de vontades, de facto, a vontade do Estado, de quem as fundações obtinham os seus meios de subsistência. Ambas as fundações cooperavam entre si no quadro da sua dependência comum das autoridades públicas e tinham, de facto, concluído um acordo para a transferência de conhecimentos e de recursos.

Ora, é este elemento voluntarista, quer se manifeste de forma consensual no caso da cessão ou se produza por fusão, que caracteriza a transferência de empresas ou de partes de estabelecimentos e que, evidentemente, não existe no caso em apreço.

8. Há ainda outro aspecto fundamental do nosso caso, relacionado com a segunda questão apresentada pelo órgão jurisdicional *a quo*, que merece a nossa atenção e que diz respeito, precisamente, ao próprio conceito de cessão de empresa, de estabelecimento ou de parte de estabelecimento. O Tribunal, já vimos, interpreta esse conceito de uma forma ampla e, por outro lado, entende que o conceito de transferência deve ser concretizado caso a caso. É um ponto de vista que autoriza uma agradável flexibilidade de critérios face às várias situações que se podem apresentar no contexto da economia comunitária. O mérito desta solução não exclui, porém, que se deva sempre, como advertimos, caracterizar também o conteúdo *essencial* da transferência de empresa. Importa esclarecer qual o pressuposto indispensável de que depende a aplicação da directiva. Ora, não nos parece que o critério acolhido pelo Tribunal no acórdão Spijkers tenha estabelecido uma distinção clara entre o caso em que a empresa ou o estabelecimento são transferidos e aquele em que os elementos constitutivos desse negócio jurídico não estão presentes.

9. É por essa razão que entendemos que a transferência de empresa deve ser mais bem definida e caracterizada relativamente a outras situações que não correspondam à previsão da directiva. Este é, de resto, um caso paradigmático da necessidade de delimitar, com exactidão, o conceito que nos interessa. Uma coisa é a rescisão de um contrato de prestação de serviços com uma empresa e a sua posterior celebração com outra

11 — V., a este respeito, a solução adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 19 de Setembro de 1995, Rygaard (C-48/94, Colect., p. I-2745), num caso que apresentava grandes semelhanças com o caso em análise.

empresa, como se verifica no caso em análise, outra é a transferência.

A característica mínima essencial desta última figura negocial — e aqui concordamos não só com as observações dos Governos britânico, francês e alemão mas também com as da demandada no processo principal — reside na transferência *efectiva* de bens materiais ou imateriais, e isto, bem entendido, sempre numa base *voluntarista* da relação que deve subsistir entre cedente e cessionário. Outro critério, como seria o da mera prossecução da actividade anteriormente exercida por outra empresa, sem que haja transferência de bens ou de direitos, não oferece garantias suficientes para distinguir um caso do outro [12]. O contrário, todavia, é verdadeiro: a passagem de um sujeito para outro de bens materiais ou imateriais, conjugada com a prossecução da actividade em questão, pode, por si só, constituir o critério para determinar se se verificam os pressupostos de aplicação da directiva.

A conclusão a que acabámos de chegar não é de forma alguma afectada, em nosso entender, pelo facto de as empresas que prestam serviços do tipo em análise se caracterizarem por uma taxa bastante reduzida de activos imobilizados. A cessão de direitos e de bens que contribuem para formar e identificar a empresa, mesmo que o seu valor seja diminuto, também existe, de qualquer modo, no caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos que operam no sector dos serviços.

10. Uma última consideração sobre o elemento relativo à transferência do pessoal. A finalidade da directiva é, sem dúvida, a tutela da manutenção do posto de trabalho nas hipóteses que prevê. Ora, a circunstância de a maior parte dos trabalhadores afectados a uma actividade específica terem sido em seguida empregues, com funções equivalentes, noutra empresa, não constitui, em nossa opinião, o critério determinante, o *controlling test*, para se considerar que a actividade em questão possui as características de autonomia organizativa que distinguem o conceito de empresa, de estabelecimento ou de parte de estabelecimento. É uma circunstância que não depõe, por si só, no sentido de se estar perante uma transferência de empresa, com a consequência necessária de deixar intacta a relação laboral do pessoal que não é contratado pela empresa que lhe sucede na prossecução da actividade ou dos serviços em questão. Quando muito, como o Tribunal já por diversas vezes afirmou [13], a readmissão, por parte desta última empresa, do núcleo essencial do pessoal pode apenas representar um elemento de apreciação a ter em conta, juntamente com os outros critérios definidos na jurisprudência, para decidir se existe ou não prossecução da actividade. Só se a actividade prosseguir e, simultaneamente, uma empresa ceder a outra bens imateriais e materiais, é que existirá transferência de empresa, de estabelecimento ou de parte de estabelecimento na acepção da directiva.

12 — Acórdão Rygaard, já referido na nota 11.

13 — Acórdão Spijkers, já referido na nota 3, e acórdão Watson Rask e Christensen, já referido na nota 4.

V — Conclusões

11. À luz das considerações precedentes, propomos, portanto, ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões apresentadas pelo Arbeitsgericht Bonn:

«A rescisão do contrato de prestação de serviços de limpeza com uma empresa e a posterior celebração do mesmo contrato com outra empresa, na falta de outros elementos que permitam qualificar de outro modo a situação, não releva do âmbito de aplicação da Directiva 77/187/CEE.»