# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 11 de Julho de 1996 *

## A — Introdução

1. No caso em apreço, a cour du travail de Liège submeteu ao Tribunal de Justiça questões sobre a aplicabilidade e a interpretação 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 transferências de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos [1] (a seguir «directiva»), em especial, quanto à questão de saber se a directiva é aplicável à transferência de uma empresa em liquidação.

2. Na origem está um litígio entre Jules Dassy e a sociedade Sovam SPRL, sua antiga entidade patronal, por um lado, e a sociedade Jules Dethier Équipment SA, por outro.

3. J. Dassy trabalhava na Sovam SPRL desde o início de 1974 como responsável do serviço pós-venda. No princípio dos anos noventa, a sociedade entrou em dificuldades económicas e registou uma diminuição importante do seu volume de negócios. No relatório de Março de 1991, elaborado por um revisor de contas, concluiu-se que o activo líquido da sociedade havia descido para um valor inferior ao do capital social. Dado que os sócios não se entenderam quanto às medidas a tomar, a sociedade requereu finalmente a sua liquidação judicial. O tribunal de commerce de Huy, por despacho de 15 de Maio de 1991, ordenou a liquidação judicial e nomeou um liquidatário.

4. Conforme foi exposto pelo tribunal de reenvio e pela Comissão, deve-se entender a liquidação de uma sociedade de acordo com o direito belga como o conjunto de medidas que, após a dissolução de uma sociedade comercial, visam satisfazer o pagamento aos credores com recurso ao activo social e a distribuição do eventual remanescente aos sócios. Este processo é aplicável a todas as sociedades comerciais com personalidade jurídica. Para o caso, não é assim relevante o motivo que levou à dissolução. Na pendência da liquidação, a administração da sociedade cabe ao liquidatário. Este é um órgão da sociedade e representa-a perante terceiros. Nos termos da lei, os liquidatários são nomeados nos estatutos ou por deliberação da assembleia geral. Se, na assembleia geral, não for obtida a maioria exigida para a designação de um candidato, o liquidatário é nomeado pelo tribunal. No último caso, está-se perante uma liquidação judicial, tal

* Língua original: alemão.

1 — JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122.

como sucede no caso presente. A única diferença em relação à liquidação voluntária consiste no processo diferente de nomeação dos liquidatários.

5. Em 15 de Junho de 1991, o liquidatário nomeado judicialmente rescindiu unilateralmente o contrato de trabalho de J. Dassy.

6. Por contrato de 27 de Junho de 1991, o liquidatário cedeu a sociedade liquidanda à Jules Dethier Équipement SA. Esta cessão entre o liquidatário e a Jules Dethier Équipement SA foi homologada pelo tribunal de commerce em 10 de Julho de 1991. Tanto o tribunal de reenvio como a Comissão estão de acordo em que aquela homologação não era indispensável. Em todo o caso, não é exigível em processo de liquidação.

7. Em 22 de Maio de 1992, J. Dassy deduziu uma reclamação de crédito contra a Jules Dethier Équipement SA com fundamento em que a transferência convencional da empresa a constituía solidariamente responsável pelo pagamento das dívidas contraídas pela Sovam SPRL em liquidação. O tribunal de commerce fixou os créditos sobre a sociedade em liquidação no montante de 1 643 726 BFR, condenando solidariamente a Jules Dethier Équipement SA.

8. Está actualmente pendente na cour du travail de Liège, órgão jurisdicional de reenvio, o recurso interposto pela Jules Dethier Équipement SA. No entendimento deste órgão jurisdicional, está-se perante uma transferência de empresa que cabe no âmbito da directiva. No entanto, o tribunal *a quo* questiona se a directiva tem aplicação no caso concreto, uma vez que não tem a certeza se a transferência de uma empresa em liquidação constitui uma cessão convencional na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da directiva.

9. O artigo 1.°, n.° 1, da directiva dispõe:

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

10. A manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas está regulada no 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 este facto, transferidos para o cessionário.

...»

11. A fim de evitar que esta disposição seja contornada, o artigo 4.° proíbe o despedimento com fundamento único na transferência. O artigo 4.°, n.° 1, dispõe:

«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.»

12. Finalmente, o artigo 7.° contempla a faculdade que os Estados-Membros têm de aplicar ou introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores.

13. Segundo o tribunal de reenvio, as normas da directiva encontram-se transpostas para o direito belga na convenção colectiva de trabalho n.° 32-*bis*, na versão dada pela convenção colectiva de trabalho n.° 32-*-quater*. Esta prevê a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de mudança da entidade patronal derivada de uma transferência convencional da empresa. Mais ainda, confere certos direitos aos trabalhadores readmitidos em caso de cedência do activo após falência ou concordata judicial. A convenção colectiva de trabalho n.° 32 não se aplicava no caso de falência nem em casos similares. Os autores da convenção colectiva de trabalho n.° 32 foram, contudo, da opinião que os trabalhadores de empresa falida ou objecto de concordata judicial se encontram em situação idêntica à do pessoal de uma empresa transferida e que, por conseguinte, também mereciam um mínimo de protecção.

14. A convenção colectiva de trabalho estatui ainda a responsabilidade solidária de cedente e cessionário pelos compromissos assumidos à data da transferência e resultantes dos contratos de trabalho em vigor.

15. No caso de a directiva ser aplicável no caso em apreço, coloca-se o tribunal de reenvio a pergunta subsequente de como apreciar, à luz das disposições da directiva, a rescisão do contrato de trabalho que teve lugar imediatamente antes da transferência da sociedade.

16. Colocam-se, portanto, ao tribunal as seguintes questões objecto do pedido de decisão prejudicial:

«1) A Directiva 77/187 do Conselho aplica-se quando a transferência for feita por uma sociedade em processo de liquidação voluntária, processo cujo objectivo, na falta de qualquer prossecução de actividades, é a liquidação dos bens para a realização do activo? A resposta é idêntica se o cedente for uma sociedade em liquidação judicial?

2) Quando os contratos de trabalho do conjunto do pessoal tenham sido rescindidos pelo liquidatário e apenas alguns dos seus membros tenham sido readmitidos para as necessidades da liquidação, os despedimentos dos membros do pessoal não readmitido ulteriormente pelo cessionário podem ser considerados como fundamentados por razões de ordem económica, técnica ou de organização, nos termos do artigo 4.°, n.° 1, da directiva? Deve, pelo contrário, reconhecer-se apenas ao cessionário o poder de proceder a despedimentos por tais motivos?

Os membros do pessoal não readmitido pelo cessionário podem invocar, contra este, a ilegalidade do despedimento de que foram objecto pelo cedente se a convenção de cessão não previr a sua readmissão, apenas pelo facto de uma entidade económica ter sido transferida pouco tempo antes do seu despedimento por razões de ordem económica, técnica ou de organização?»

## B — Análise

*Quanto à primeira questão*

17. Na primeira questão, o tribunal nacional pergunta se a directiva tem aplicação quando a transferência é realizada por uma sociedade em liquidação. Da formulação da pergunta e do texto do pedido de decisão prejudicial, resulta, na opinião do tribunal de reenvio, estar-se perante uma transferência de empresa na acepção dada pela directiva. O tribunal de reenvio esclarece que o liquidatário da Sovam SPRL e a Jules Dethier Équipement SA celebraram um contrato sobre a transferência do estabelecimento comercial. Neste contrato, foi convencionado designadamente que, pelo montante de 2 milhões de BFR, o liquidatário cederia o estabelecimento comercial (comércio de importação, de distribuição de electrodomésticos, de material de adaptação e de equipamento de imóveis), o qual compreendia:

— clientela, firma e denominação comercial;

— mobiliário de escritório, máquinas, equipamento técnico e material rolante;

— patentes, concessões e licenças propriedade do cedente;

— direito ao arrendamento.

A par de outras cláusulas, o contrato continha também a obrigação do cessionário de readmitir nas mesmas condições três trabalhadores nominalmente designados e de avisar o cedente de outras eventuais readmissões. Segundo o tribunal de reenvio, o contrato estende-se a toda a actividade da Sovam SPRL. Com referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça, o tribunal de reenvio chegou à conclusão que estaria perante uma transferência de empresa na acepção da directiva.

18. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, é da competência dos tribunais nacionais verificar, dentro dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça, se se trata de uma transferência convencional de empresa na acepção da directiva [2].

19. O tribunal de reenvio interroga-se, porém, sobre a questão de saber se se está perante uma transferência *convencional*, uma vez que a empresa transferida se encontrava em liquidação.

20. Neste contexto, é de remeter para o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Abels [3]. O Tribunal de Justiça decidiu nesse processo que o alcance do artigo 1.°, n.° 1, da directiva não pode ser objecto de uma interpretação meramente textual. As diferentes versões linguísticas desta norma e a diversidade de conteúdos do conceito de transferência convencional no direito falimentar de cada um dos Estados-Membros a tanto obstam. Por esta razão — no entender do Tribunal de Justiça —, o significado desta disposição deve ser esclarecido «tendo em conta a economia da directiva, a sua colocação no sistema do direito comunitário em relação aos regimes de falências e a sua finalidade» [4].

21. O Tribunal de Justiça remete, quanto à relação entre a directiva e o direito falimentar, para os processos especiais que caracterizam o direito falimentar, e que têm em vista a satisfação dos diversos interesses, em especial os dos diferentes grupos de credores. Estas especificidades existem em todos os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e são também contempladas no direito comunitário. Pelo facto de o direito falimentar obedecer a normas específicas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e no direito comunitário e de

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

3 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985 (135/83, Recueil, p. 469).

4 — Acórdão Abels, já referido na nota 3, n.os 11 a 13.

estas normas serem muito diferentes em cada um dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça conclui que a directiva teria de conter uma norma expressa nesse sentido, se devesse ser aplicável também à transferência de empresas no quadro de tais processos.

22. Na opinião do Tribunal de Justiça, esta interpretação impõe-se, também, na perspectiva da finalidade da directiva. Esta consiste em impedir que as mudanças de estruturas no interior do mercado comum se façam em prejuízo dos trabalhadores das empresas em questão. Uma vez que as consequências de uma aplicação da directiva no processo de falência, na perspectiva da protecção dos trabalhadores, são apreciadas de modo bastante diferente, não é de excluir o perigo sério de uma degradação no plano global das condições de vida e de trabalho da força laboral em contradição com os objectivos sociais do Tratado. Um alargamento do âmbito de aplicação da directiva ao processo de falência poderia, em certas circunstâncias, dissuadir um eventual cessionário da aquisição da empresa em condições aceitáveis pela assembleia de credores, o que poderia acarretar que esta alienasse os activos separadamente. Tal representaria a perda de vários postos de trabalho, o que seria contrário ao efeito pretendido pela directiva.

23. Daqui retira o Tribunal de Justiça a conclusão de que os Estados-Membros não são obrigados a aplicar as normas da directiva também nos casos de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos no quadro de um processo de falência. Aliás, os Estados-Membros são livres de aplicar de maneira autónoma, no todo ou em parte, os princípios desta directiva [5], com base apenas no seu direito nacional.

24. Seguidamente, o Tribunal de Justiça foi chamado a tomar posição quanto à questão da aplicabilidade da directiva no caso de moratória («surséance van betaling»). Para tanto, comparou a moratória no processo em causa com o processo de falência. Em primeiro lugar, declarou que a moratória também se reveste de natureza judicial, sendo, porém, a fiscalização pelo tribunal de menor extensão que na falência. Isto significa que as normas específicas que existem na falência têm aqui pouca ou nenhuma aplicação.

25. Como critério subsequente, aponta o Tribunal de Justiça para a finalidade da moratória e declara que esta é, em primeira linha, a conservação da massa patrimonial e, eventualmente, a continuação da empresa, com vista a conseguir um acordo que permita assegurar a actividade da empresa para o futuro. O Tribunal de Justiça conclui que as razões que se opõem à aplicação da directiva no âmbito do processo de falência não são válidas para o caso de uma moratória. É irrelevante, aliás, que tal processo possa conduzir a que a falência venha a incidir sobre o património do devedor, uma vez que se está numa fase processual anterior à da falência [6].

5 — Acórdão Abels, já referido na nota 3, n.os 23 e 24.
6 — Acórdão Abels, já referido na nota 3, n.os 28 e 29.

26. Numa outra decisão importante, o acórdão no processo D'Urso e o. [7], o Tribunal de Justiça viu-se confrontado com a questão da aplicabilidade da directiva nos casos de transferências de empresas efectuadas por empresas sob administração extraordinária.

27. Para exame desta questão, o Tribunal de Justiça reportou-se, em primeiro lugar, ao critério do âmbito da fiscalização judicial, invocado também no processo Abels. Perante as diferenças entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, para as quais apontava já o processo Abels, não pode — segundo o Tribunal de Justiça — o âmbito de aplicação do conceito da cessão convencional ser determinado segundo a natureza da fiscalização exercida pela autoridade administrativa ou judicial sobre as transferências de empresas, no âmbito de um determinado processo de concurso de credores. Daqui conclui o Tribunal de Justiça: «À luz de todas as considerações desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Abels, o critério determinante a tomar em consideração é, por conseguinte, o do objectivo prosseguido pelo processo em causa» [8].

28. A aplicação do processo de administração extraordinária, em causa, é decidida por decreto que comporta ou pode comportar dois tipos de efeitos. Por um lado, este deve ser assimilado ao decreto que ordena a liquidação administrativa coerciva, cujos efeitos são essencialmente os da falência. Por outro lado, o decreto pode ordenar a continuação da actividade da empresa por um determinado tempo sob direcção de um administrador. Este administrador está incumbido de estabelecer um programa que contenha um plano de saneamento.

29. Segundo o Tribunal de Justiça, a directiva é ou não aplicável, conforme seja ou não ordenada a prossecução da actividade da empresa. Não existindo uma decisão quanto à prossecução da actividade ou cessando de vigorar essa decisão, «o objectivo, as consequências e os riscos de um processo como a liquidação coerciva administrativa são semelhantes aos que levaram o Tribunal a concluir no acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, Abels, já referido, que o artigo 1.°, n.° 1, da directiva se não aplicava às transferências de uma empresa, de um estabelecimento ou de uma parte de estabelecimento quando o cedente tenha sido declarado falido. À semelhança da falência, este processo tem por objectivo a liquidação dos bens do devedor com vista ao pagamento dos credores em geral, sendo, por conseguinte, as transferências operadas neste quadro jurídico excluídas do âmbito de aplicação da directiva». Caso contrário, não será possível afastar o risco de uma deterioração das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores [9].

30. Em contrapartida, sendo ordenada a prossecução da actividade da empresa sob a direcção de um comissário, o objectivo deste processo é, em primeiro lugar, segundo o Tribunal de Justiça, conferir à empresa um equilíbrio que permita assegurar a sua actividade no futuro. «O objectivo económico e

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

8 — Acórdão D'Urso e o., já referido na nota 7, n.os 25 e 26.

9 — Acórdão D'Urso e o., já referido na nota 7, n.° 31.

social assim prosseguido não explica nem justifica que, quando a empresa seja objecto de uma transferência total ou parcial, os seus trabalhadores sejam privados de direitos que lhe são reconhecidos pela directiva nas condições que esta estipula» [10].

31. O critério mais importante para o Tribunal de Justiça é, assim, o do fim pretendido pelo processo em causa. Os outros critérios são a finalidade da própria directiva e a forma do processo.

32. Importa agora transpor estes critérios para a liquidação em análise no presente caso. De acordo com os dados do tribunal de reenvio, deve-se entender por liquidação o conjunto de operações que, na sequência da dissolução de uma sociedade comercial, visam o pagamento dos credores através do activo social e a distribuição do eventual remanescente entre os sócios. Para tanto, segundo a doutrina, o recurso à liquidação é preferível à declaração de falência, uma vez que a liquidação permite uma realização optimizada, ou seja, a realização menos má do activo e, sendo o caso, a salvaguarda total ou parcial das actividades ainda válidas.

33. A Comissão indica como missão dos liquidatários a realização do activo, o pagamento dos débitos e a distribuição de um eventual remanescente entre os sócios. O objectivo pretendido é, portanto, a liquidação do património pela realização do activo. Na liquidação, tal sucede em proveito da sociedade, enquanto que na falência o administrador da massa falida age em proveito dos credores. Neste caso, a realização do activo deve ser o mais vantajosa possível. Segundo os dados da Comissão, o legislador belga serve-se aí de uma ficção. Apesar de a personalidade jurídica da sociedade comercial findar necessariamente com a dissolução, para efeitos de liquidação a sociedade é considerada como ainda existente. A personalidade jurídica mantém-se exclusivamente para a realização do activo, o pagamento do passivo e a distribuição do remanescente. O exercício da actividade da sociedade dissolvida como tal deixa de ser permitido, a não ser excepcionalmente e na medida em que possa servir à realização do novo objecto — a liquidação — que tomou o lugar da anterior actividade económica da empresa. Por isso é que, segundo os dados da Comissão, a sociedade em liquidação apenas pode concluir as operações iniciadas. Ela não tem o direito efectuar novas operações, nem mesmo no quadro da sua actividade social anterior (excepto se servir o objectivo da liquidação). Tal continuação provisória da actividade da sociedade é muitas vezes necessária para evitar a depreciação da entidade económica cedenda. A entidade deve ser mantida em actividade para facilitar a ulterior cessão. Neste caso, o liquidatário também pode efectuar novas operações sem autorização especial. No entanto, deve ficar ciente de que esta prossecução da actividade só é autorizada a título provisório e na perspectiva da posterior alienação do património social na melhores condições possíveis. Segundo os dados da Comissão, o liquidatário seria pessoalmente responsável pelos prejuízos se prosseguisse irrestritamente a actividade.

10 — Acórdão D'Urso e o., já referido na nota 7, n.º 32.

Nesse caso, a sua culpa pela administração da sociedade não necessitaria de demonstração.

34. A prossecução temporária da actividade da sociedade é decidida pela assembleia geral com a necessária maioria. Não necessita de autorização do tribunal.

35. Como resulta seguidamente das observações escritas da Comissão, a liquidação voluntária não constitui jamais uma alternativa à falência. Verificadas as circunstâncias para a declaração de falência, torna-se impossível a liquidação. Uma excepção pontual é a situação em que a sociedade se encontra em dificuldades temporárias ou não é possível, à primeira vista, determinar com exactidão se o activo ultrapassa o passivo. Em princípio pode-se afirmar que no processo de falência as garantias dos credores são muito mais amplas que na liquidação. Além disso, os credores encontram-se directamente representados pelo administrador da massa falida. Isto poderá significar que, na liquidação, o objectivo da satisfação dos credores não se encontra tanto em primeiro plano como no processo de falência.

36. É um facto, contudo, que a liquidação também tem por objectivo a realização do activo, um objectivo quase idêntico ao da falência. De qualquer modo, parece-me que na liquidação a resolução dos negócios da sociedade está em primeiro plano, ao passo que na falência unicamente a satisfação dos credores é relevante. Se tal basta para se poder aplicar a directiva ao caso presente, como sugere o Governo belga, já me parece questionável.

37. A Comissão também é da opinião que os objectivos da falência e da liquidação são quase idênticos, não obstante se reportar na sua proposta de decisão exclusivamente ao acórdão no processo D'Urso e o. Quer dizer, a Comissão orienta-se só pela decisão de prossecução ou não da actividade da empresa. Neste caso, é irrelevante que a actividade tenha prosseguido não para possibilitar a sobrevivência da sociedade, mas para melhor se alcançarem os fins da liquidação. O importante para a Comissão é que a empresa conserve a sua identidade e, durante o tempo da prossecução da actividade, tenha a possibilidade de continuar a exploração com as mesmas actividades. Além disso, baseia-se no objectivo de protecção da directiva, que não permite que, através da deliberação da assembleia geral de proceder à liquidação, deixe de ser assegurada a protecção dos trabalhadores.

38. Segundo o entendimento da Comissão, a directiva não é porém de aplicar se a sociedade liquidanda decidir terminar a exploração da empresa a fim de vender o activo. Esta interrupção definitiva da actividade representaria um obstáculo à aplicação da directiva. O único objectivo da liquidação, nessa circunstância, seria a venda do activo

para pôr fim à existência da empresa. Aplicando-se a directiva nesse caso estar-se-ia a colocar os trabalhadores em ainda maior risco. Além do mais, perante uma interrupção demasiado longa da actividade, não se poderá sustentar que aquela unidade subsiste e que a exploração continua.

39. Em minha opinião, não é transponível, tal qual, a distinção efectuada pelo Tribunal de Justiça no processo D'Urso e o. para o caso da liquidação. No processo D'Urso e o., a empresa foi mantida com vista ao seu saneamento, de modo a garantir a sua actividade para o futuro. O mesmo sucedeu relativamente à moratória («surséance van betaling») no processo Abels. No caso presente, contudo, a actividade é apenas mantida com vista à dissolução da sociedade. A actividade não está orientada para o futuro, sendo unicamente mantida até à venda da empresa.

40. É verdade que também no processo D'Urso e o. a empresa acabou sendo cedida, mas esta cessão poderia ser tratada, do ponto de vista do objectivo da protecção visado pela directiva, de modo diferente do que a cessão do caso presente. No processo D'Urso e o. foi cedida uma empresa saneada ou em vias de saneamento, para a qual é eventualmente mais fácil encontrar um comprador do que para uma sociedade em liquidação. Nesse contexto, a aplicação da directiva não traria quaisquer prejuízos para os trabalhadores. Caso diferente — como decidiu o Tribunal de Justiça no processo Abels — é o do processo de falência. Nesse caso, uma aplicação da directiva seria eventualmente prejudicial aos trabalhadores.

41. O Tribunal de Justiça decidiu no processo D'Urso e o., no entanto, servindo-se unicamente do critério da prossecução da actividade. Desde que a actividade continue, a directiva é aplicável, uma vez que — no entendimento do Tribunal de Justiça — se não vislumbra a razão de os trabalhadores não poderem gozar da protecção da directiva quando a actividade da empresa continua. Todavia, uma vez terminada a actividade, têm pertinência os mesmos critérios da falência e a directiva não é mais aplicável a partir desse momento. Isto significa que, apesar de apresentarem critérios comparáveis aos da falência, a directiva só é de aplicar quando a actividade da empresa prossegue.

42. No caso presente, a directiva deveria por conseguinte ser plenamente aplicável na hipótese de prossecução da actividade. Não constitui requisito da liquidação que o passivo ultrapasse o activo. Precisamente, não devem estar preenchidos os requisitos da falência, uma vez que então a liquidação já não seria admissível. Apesar de a liquidação poder ser um fase anterior à falência, também pode ter lugar — como refere o Governo belga — quando os sócios deixaram de pretender trabalhar em conjunto. Quer dizer, a sociedade não tem necessariamente de se encontrar em dificuldades económicas. Nesse sentido, a directiva será aplicável se a actividade da empresa prosseguir.

43. Isto não é afectado pelo facto de a liquidação poder ser uma fase que precede o processo de falência. No processo Abels, foi por essa mesma razão que o Tribunal de Justiça declarou a directiva aplicável no caso da moratória, porque esta afinal não é mais do que uma fase anterior à falência [11]. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu, no processo Danmols Inventar, que a directiva é também aplicável a uma transferência «efectuada no quadro de um processo ou numa fase anterior à abertura de um eventual processo de falência» [12].

44. Finalmente, gostaria de me referir a um outro acórdão, no qual o Tribunal de Justiça tomou posição sobre a questão da aplicabilidade da directiva à transferência de uma empresa que se comprovou estar em crise [13]. Nesse processo, o Tribunal de Justiça decidiu:

«Em consequência, uma empresa cujo estado de crise tenha sido reconhecido é objecto de um processo que, longe de ter como objectivo a liquidação da empresa, visa, pelo contrário, favorecer a sua manutenção em actividade *com o objectivo de uma retoma posterior*» [14].

A situação aqui não é, porém, diferente. Se, no quadro de uma liquidação, a actividade da empresa é prosseguida, tal sucede — como acima exposto — na perspectiva de uma retoma posterior. Deste modo, não se poderá explicar nem justificar, no presente caso de liquidação com prossecução da actividade da empresa, «que, quando a empresa em causa é objecto de uma transferência total ou parcial, os seus trabalhadores sejam privados dos direitos que lhes reconhece a directiva» [15].

45. Assim, a directiva será aplicável ao caso da liquidação quando no quadro desta liquidação a actividade da empresa prosseguir.

46. A este resultado chega-se também quando se compara o processo da liquidação com o da falência. As normas especiais da falência que levam a que a directiva não seja aplicável no caso de falência não têm cabimento, segundo os dados fornecidos pelo tribunal de reenvio, no caso da liquidação. Assim, é a assembleia geral que decide promover a liquidação, nomeia os liquidatários e determina os poderes destes. Na falência, pelo contrário, a sociedade pode, é certo, pedir a declaração de falência, mas esta pode ser também requerida por credores ou declarada no seguimento do trabalho da comissão de fiscalização, caso em que é o tribunal que nomeia o administrador da massa falida, cujos poderes se encontram legalmente estatuídos.

11 — Acórdão Abels, já referido na nota 3, n.° 29.

12 — Acórdão de 11 de Julho de 1985 (105/84, Recueil, p. 2639, n.° 10).

13 — Acórdão de 7 de Dezembro de 1995, Spano e o. (C-472/93, Colect., p. I-4321).

14 — Acórdão Spano e o., já referido na nota 13, n.° 28 (sublinhado nosso).

15 — Acórdão Spano e o., já referido na nota 13, n.° 30, e acórdão D'Urso e o., já referido na nota 7, n.° 32.

47. Na falência existe um processo especial para a determinação do passivo sob fiscalização do tribunal. Tal não sucede na liquidação. O liquidatário pode reconhecer a existência de uma obrigação, sem que se dirija a alguém e sem que a sua decisão tenha que ser homologada por sentença.

48. No âmbito de um processo de falência, o credor pode apenas ver fixado o montante do seu crédito; na liquidação passa-se algo diferente, uma vez que o credor pode obter a condenação da sociedade liquidanda. Também é possível instaurar execução contra a sociedade em liquidação. A esta pode o liquidatário apenas opor-se se, no processo de execução, os direitos dos restantes credores forem lesados. No processo de falência, pelo contrário, semelhantes actos de execução são proibidos, porque a administração e a liquidação dos bens afectos à satisfação dos credores se encontram reguladas por lei.

49. O liquidatário é um órgão da sociedade, enquanto que o administrador da massa falida, que representa os credores, é terceiro em relação à sociedade.

50. O administrador da massa falida procede à alienação do património sob supervisão do juiz encarregado do caso, enquanto que o liquidatário da sociedade leva a cabo esta missão sob supervisão da assembleia geral, de modo que a transferência da empresa não carece de homologação pelo tribunal.

51. Mostram-se, portanto, várias diferenças em relação ao processo de falência; acima de tudo é nítido que a influência do tribunal na liquidação é muito menor e que, aqui, não se está perante um processo especial do género do processo de falência.

52. Assim, resta concluir que a directiva tem aplicação numa transferência de empresa quando esta se encontra em liquidação, mas cuja prossecução das actividades foi decidida pela assembleia geral. Neste contexto, é irrelevante que se trate de uma liquidação voluntária ou judicial. A diferença entre ambas as formas de liquidação reside apenas no facto de na liquidação judicial a assembleia geral com a maioria necessária não poder nomear os liquidatários. Neste caso, eles são nomeados pelo tribunal.

53. Independentemente disso, há que dar resposta à questão de saber se a directiva ou a sua regulamentação não são desde logo aplicáveis ao caso da liquidação por força do direito nacional, no quadro da convenção colectiva n.º 32. Tal como decidiu o Tribunal de Justiça no processo Abels [16], é permitido aos Estados-Membros aplicar de modo autónomo, no todo ou em parte, as disposições da directiva, com base apenas no seu direito nacional. Se tal é válido para o caso da liquidação, cabe ao tribunal nacional examinar.

16 — Já referido na nota 3, n.º 24.

*Quanto à segunda questão*

54. Com a primeira parte da segunda questão, o tribunal de reenvio procura saber se os despedimentos promovidos pelo liquidatário podem ser considerados como feitos por razões económicas, técnicas ou de organização, na acepção do artigo 4.°, n.° 1, da directiva. Quer dizer, trata-se de saber se a faculdade de despedir por tais motivos pertence só ao cessionário ou também ao cedente.

55. Esta incerteza resulta da formulação do artigo 4.°, n.° 1, da directiva. Este proíbe o despedimento com base unicamente na transferência. Aplica-se expressamente tanto ao cedente como ao cessionário. O segundo período, que confere a possibilidade de despedimento por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças no plano do emprego, não fornece quaisquer dados sobre se este direito está conferido ao cedente e/ou ao cessionário.

56. Tanto a Comissão como o Governo belga consideram — em minha opinião com razão — que esta possibilidade também deve ser dada ao cedente. O Governo belga baseia-se no acórdão no processo Bork e o. [17]. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça reporta-se ao seu acórdão anterior no processo Ny Mølle Kro [18], segundo o qual os trabalhadores apenas se podem valer da directiva quando tenham contrato de trabalho ou relação laboral à data da transferência. A questão de saber se existe nesta altura um contrato de trabalho ou uma relação laboral deve ser apreciada pelo direito interno, com a ressalva de que devem ser observadas as disposições imperativas da directiva sobre a protecção dos trabalhadores contra um despedimento resultante da transferência.

«Consequentemente, os trabalhadores ao serviço da empresa cujo contrato ou relação de trabalho tenham cessado com efeitos a uma data anterior à da transferência, em violação do artigo 4.°, n.° 1, da directiva, devem ser considerados como continuando ao serviço da empresa na data da transferência, com a consequência, designadamente, de as obrigações da entidade patronal relativamente a eles se transferirem automaticamente do cedente para o cessionário, em conformidade com o artigo 3.°, n.° 1, da directiva. Para determinar se o despedimento se ficou unicamente a dever à transferência, contrariamente ao que dispõe o artigo 4.°, n.° 1, há que ponderar as circunstâncias objectivas em que o despedimento ocorreu e, designadamente, num caso como o dos processos principais, o facto de ter começado a produzir efeitos numa data próxima da da transferência, e de os trabalhadores em causa terem sido readmitidos pelo cessionário» [19].

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

18 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1987 (287/86, Colect., p. 5465).

19 — Acórdão Bork e o., já referido na nota 17, n.os 17 e 18.

57. O acórdão Bork e o. também não fornece quaisquer elementos quanto à possibilidade de o cedente despedir por razões económicas, técnicas ou de organização. Tal direito, em minha opinião, decorre da seguinte consideração: segundo a formulação do acórdão Bork e o., o artigo 4.°, n.° 1, proíbe um despedimento que se ficou a dever unicamente à transferência. Da formulação «unicamente à transferência» resulta que o cedente pode proceder a despedimentos por outras razões. Estas têm que ser, pelo menos, as razões que são referidos no artigo 4.°, n.° 1, segundo período, e que também podem ser invocadas pelo cessionário.

58. Se se considerar o presente caso de liquidação, outras razões — de natureza económica — contribuem também para esta interpretação. O liquidatário obtém a possibilidade de, mesmo antes da cessão, levar a cabo medidas de racionalização. Um possível comprador ficará, assim, em melhores condições para adquirir a empresa em liquidação. Dando-se ao cedente a possibilidade de despedir por razões económicas, técnicas ou de organização, permite-se que a liquidação se faça de modo mais fácil, que os postos de trabalho na empresa em liquidação fiquem assegurados e que, assim, a protecção dos trabalhadores seja aumentada.

59. No que concerne à segunda parte da questão, o tribunal de reenvio pretende saber se os membros do pessoal, depois de terem sido despedidos por razões económicas, técnicas ou de organização, podem alegar validamente a ilegalidade desses despedimentos contra o cedente com o único fundamento de aqueles terem sido efectuados porque logo após o seu despedimento foi transferida uma unidade económica, mesmo quando a sua readmissão não se encontra prevista no contrato de cessão.

60. Esta questão, como justamente a Comissão observa, está mal colocada. Se os despedimentos foram feitos por razões económicas, técnicas ou de organização, então não se podem tratar — como se acaba de constatar — de despedimentos ilegais, de modo que não pode ser imputada qualquer ilegalidade tanto ao cedente como ao cessionário. O facto de pouco tempo após os seus despedimentos ter sido transferida uma unidade económica em nada altera o resultado. Se o despedimento se não funda exclusivamente na transferência, então esta não o torna inválido.

61. Poder-se-ia entender e interpretar esta última questão de modo diferente. Ela reporta-se inequivocamente à formulação do acórdão Bork e o. acima citado, uma vez que contém ambos os critérios aí mencionados, nomeadamente a proximidade temporal entre o despedimento e a transferência de uma unidade económica e a readmissão a seguir à transferência da empresa. Estes critérios foram citados no processo Bork e o. como ponto de referência de que os despedimentos fundados apenas na transferência violam o artigo 4.°, n.° 1, da directiva. No caso presente, só se encontra preenchido um dos critérios, concretamente o da proximidade temporal entre o despedimento pelo cedente e a

transferência da empresa. Não houve readmissão posterior à transferência. Poder-se-ia entender assim a questão prejudicial no sentido de que se pretende saber se o facto de estar preenchido apenas um dos critérios é suficiente para considerar o despedimento unicamente fundado na transferência e, por isso, ilegal.

62. Para a resposta a esta questão há que novamente remeter com precisão para a formulação do acórdão Bork e o. Segundo este, para ajuizar da ilegalidade de um despedimento, é necessário ter em conta, em primeiro lugar, as circunstâncias objectivas em que o mesmo ocorreu. Como exemplo, no caso apresentado no processo Bork e o., o Tribunal de Justiça indicou ambos os critérios da proximidade temporal face à transferência da empresa e da readmissão após a concretização da transferência. Porém, dado que a situação à partida se apresenta aqui de modo diferente, o tribunal nacional tem de se orientar por outras referências no seu julgamento. É certo que existe aqui também a proximidade temporal entre o despedimento e a posterior transferência da sociedade. Um outro aspecto importante também é, porém, que a sociedade se encontrava em liquidação à data do despedimento. Esta circunstância aproxima-o de um despedimento por razões de organização. Também segundo a opinião da Comissão, é por esse facto mais fácil às entidades patronais provarem que o despedimento se deveu a razões económicas, técnicas ou de organização.

63. A esta última questão deve-se portanto responder que, no caso presente, a ilegalidade de um despedimento não se pode basear unicamente no facto de a empresa ter sido cedida pouco tempo após o despedimento. Pelo contrário, o tribunal nacional tem que ter em conta todas as circunstâncias objectivas relacionadas com o despedimento e no caso presente, principalmente, o facto de a sociedade se encontrar em liquidação.

64. Apenas para complementar, gostaria de acrescentar que, no caso de um despedimento ilegal por parte do cedente, esta ilegalidade pode ser invocada em relação ao cessionário, na medida em que o contrato de trabalho deva considerar-se como ainda existente e que, em virtude da transferência, se encontra transferido para o cessionário. O trabalhador pode, portanto, fazer valer os direitos conferidos pelo contrato de trabalho em relação ao cessionário.

65. Nesse âmbito, não é relevante se cada um dos Estados-Membros prevê uma sanção para este caso. O Governo belga havia apontado que, no direito belga, não se encontra prevista a nulidade do despedimento, pelo que o contrato de trabalho não pode ser mantido.

66. À segunda questão prejudicial deve portanto responder-se que a rescisão de contratos de trabalho pelo cedente pode ser considerada um despedimento por razões económicas, técnicas ou de organização na

acepção do artigo 4.°, n.° 1, da directiva e que esta faculdade não cabe unicamente ao cessionário. Os despedimentos por razões económicas, técnicas ou de organização não são automaticamente ilegais só porque, logo após esses despedimentos, foi transferidauma unidade económica. Pelo contrário, o tribunal nacional tem que ter em conta todas as circunstâncias objectivas relacionadas com o despedimento e no presente caso, principalmente, o facto de a sociedade se encontrar em liquidação.

## C — Conclusão

67. Com base nas considerações expostas, proponho que se responda do seguinte modo às questões prejudiciais:

«1) A 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 transferências de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos, é aplicável quando a transferência é efectuada por uma sociedade que se encontra em liquidação voluntária, mas unicamente sob a condição de, neste quadro, a actividade da empresa prosseguir. Isto é válido independentemente de o liquidatário ser nomeado pelo tribunal ou pela assembleia geral.

2) Também o liquidatário tem o direito de proceder a despedimentos por razões económicas, técnicas ou de organização.

Os membros do pessoal não readmitidos pelo cessionário não podem alegar a ilegalidade do despedimento, em relação ao cessionário, tendo unicamente por base o facto de a empresa ter sido transferida como unidade económica pouco tempo depois do seu despedimento.

De qualquer modo, no julgamento dos despedimentos, o tribunal de reenvio deve ter em consideração, além dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça, todas as circunstâncias objectivas relacionadas com o despedimento e no presente caso, principalmente, o facto de a sociedade se encontrar em liquidação.»