CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 11 de Junho de 1996 *

A — Introdução

1. Está em causa, no presente processo, o primeiro pedido de decisão prejudicial proveniente dos novos Länder alemães. O pedido foi apresentado, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CE, pelo Arbeitsgericht Halberstadt, que submeteu ao Tribunal de Justiça questões relativas à 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 transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos [1].

2. No litígio que está na origem do presente reenvio, A. Henke acciona o município de Schierke [2] e a associação de municípios «Brocken». A demandante trabalhava, desde Maio de 1992, no município de Schierke na qualidade de secretária do presidente da Câmara. Como foi precisado pelo advogado da demandante no decurso da audiência, ela exercia funções de secretária e de agente administrativo nos domínios do desenvolvimento económico e dos assuntos turísticos. Além disso, ainda segundo o seu advogado, também não era a única empregada da administração municipal, o que já podia deduzir-se do facto de a Câmara de Schierke ter uma comissão de trabalhadores, como foi mencionado nas alegações.

3. Em 1 de Julho de 1994, o município de Schierke associou-se com outros municípios da região, criando a associação de municípios «Brocken». Esta possibilidade está prevista nos artigos 75.° e seguintes da Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt [3] (regulamentação municipal do Land Sachsen-Anhalt, a seguir «GO LSA»), de 5 de Outubro de 1993. Uma associação de municípios criada de acordo com estas disposições, por convenção de direito público, é uma colectividade de direito público dotada de personalidade jurídica própria e com capacidade para contratar trabalhadores. A sua criação corresponde ao desejo de melhorar a execução das tarefas administrativas dos municípios pequenos. De entre as suas atribuições consta a execução de tarefas incluídas no domínio de actuação conferido por lei aos municípios membros. Mas a associação de municípios pode também exercer tarefas incluídas no domínio de actuação próprio dos municípios membros e que estes para ela transfiram. A questão de saber se estas

* Língua original: alemão.

1 — JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122.

2 — Trata-se do município [Gemeinde (comuna)] que Goethe evocou no «Fausto». Mefistófeles leva Fausto à noite de Walpurgis, nas montanhas do Harz, na «região de Schierke e Elend». V., a este respeito, Goethe, *Fausto*, primeira parte, linha 3835. O município de Elend faz também parte da associação de municípios «Brocken».

3 — GVBl. LSA n.° 43/1993, pp. 568 e segs.

tarefas são transferidas e, na afirmativa, em que medida, inclui-se no poder de apreciação dos municípios.

4. No caso vertente, todas as atribuições do município de Schierke foram transferidas para a associação de municípios. Os serviços administrativos da Câmara de Schierke foram dissolvidos e todos os processos foram transferidos para a associação de municípios; em Schierke, um presidente da Câmara honorário substituiu o presidente da Câmara a título profissional.

5. Foi proposto à demandante um lugar nos quadros da associação de municípios «Brocken». Ela recusou-o, com o fundamento de que só podia aceitar um lugar em Schierke, uma vez que tinha de cuidar do seu filho. A demandante não obteve o lugar a que se candidatara na delegação de Schierke da associação de municípios. Segundo as indicações dadas na audiência pelo advogado de A. Henke, há tarefas de apoio ao desenvolvimento económico e ao turismo que continuam a ser efectuadas em Schierke, as últimas, em especial, em proveito do próprio município de Schierke.

6. Em 5 de Julho de 1994, o município de Schierke pôs termo ao contrato de trabalho de A. Enke. Esta submeteu a questão ao Arbeitsgericht. Argumentou que o seu contrato de trabalho fora transferido para a associação de municípios aquando da criação desta, e que, em consequência, o município de Schierke não a podia despedir.

7. O Arbeitsgericht formulou então as seguintes questões prejudiciais:

«1) Há transferência de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento, para efeitos do disposto no artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, quando, em consequência da criação de uma Verwaltungsgemeinschaft (associação de municípios) nos termos do n.° 1 do artigo 75.° da Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (regulamentação municipal do Land Sachsen-Anhalt) (GO LSA) de 5 de Outubro de 1993, GVBl. LSA, p. 568 e seguintes), aquela assume as funções de competência dos seus membros na parte transferida, nos termos do artigo 77.°, n.° 1, da GO LSA, e desempenha as funções que eram da competência das autarquias seus membros transferidas nos termos do artigo 77.°, n.° 2, da GO LSA?

2) No caso de resposta afirmativa à primeira questão:

A transferência em causa resulta de uma cessão convencional para efeitos do n.° 1 do artigo 1.° da Directiva 77/187/CEE, tratando-se de uma autarquia local criada mediante acordo celebrado no âmbito de direito público?»

B — Análise

8. Solicitando ao Tribunal de Justiça que interprete o artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 77/187, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber qual é o âmbito de aplicação geral deste preceito.

O artigo 1.°, n.° 1, tem a seguinte redacção:

«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.»

9. Resulta deste texto que a aplicabilidade da directiva está subordinada a três condições:

— Deve existir uma empresa, na acepção da directiva.

— Tal empresa deve ter sido transferida.

— Esta transferência deve ter sido processada por meio de uma cessão convencional.

10. As duas primeiras condições devem ser examinadas no âmbito da primeira questão prejudicial, sendo a terceira objecto da segunda questão prejudicial.

Conceito de empresa

11. Debruçar-nos-emos, para começar, sobre o conceito de empresa para efeitos da Directiva 77/187, uma vez que devemos ainda interrogar-nos, neste contexto, sobre o âmbito de aplicação geral da directiva. A este respeito, temos de decidir a questão de saber se a directiva é aplicável a um domínio que se inclui no direito público dos Estados-Membros, e mais especialmente — no que respeita ao presente processo — a uma administração municipal. Noutros termos, pode um município ser considerado uma empresa na acepção da directiva?

12. Não se encontra qualquer definição de «empresa» nem na própria Directiva 77/187 nem em qualquer outro lugar do direito comunitário codificado, abstracção feita do artigo 196.° do Tratado Euratom, o qual, no entanto, não é aqui aplicável. Existe, é certo, uma jurisprudência abundante do Tribunal

de Justiça relativa ao conceito de empresa. A este respeito, deve começar por se distinguir entre as diferentes concepções de empresa. Alguns acórdãos examinam este conceito no contexto da livre prestação de serviços prevista no artigo 59.° do Tratado CE, outros no âmbito das regras de concorrência dos artigos 85.° e segs. do referido Tratado.

13. Quanto ao conceito de empresa no âmbito da Directiva 77/187, devemos começar por remeter para o acórdão proferido no processo Redmond Stichting [4]. Neste acórdão, o Tribunal decidiu implicitamente que não era necessário que a entidade em causa exercesse as suas actividades com fim lucrativo para poder ser qualificada de empresa na acepção da Directiva 77/187. Neste processo, tratava-se de uma fundação que se ocupava, nomeadamente, de auxiliar os toxicómanos. Apesar da ausência de fim lucrativo, o Tribunal admitiu, neste caso, que se estava em presença de uma empresa. Esta solução foi confirmada em 1994 no acórdão Comissão/Reino Unido [5], no qual o Tribunal se referiu expressamente ao acórdão Redmond Stichting a propósito do conceito de empresa na acepção da directiva.

14. Nestes dois acórdãos, o Tribunal não foi, no entanto, levado a examinar o domínio da administração pública, o que explica que eles não contenham qualquer indicação susceptível de revelar se a Directiva 77/187 é ou não aplicável nesse domínio. Para além da declaração de que o fim lucrativo não é necessário, eles não mencionam qualquer critério que permita apurar se se está em presença de uma empresa.

15. O Governo do Reino Unido declarou, no entanto, na audiência que a jurisprudência relativa ao conceito de empresa, na acepção do artigo 85.°, é transponível para a Directiva 77/187. Baseia-se, a este respeito, no acórdão proferido no processo Comissão/Reino Unido [6]. Respondendo à questão de saber se o fim lucrativo é necessário, o Tribunal declarou nesse acórdão que já admitira, pelo menos implicitamente, em contextos como o do direito da concorrência ou o do direito social, que tal fim não era indispensável. O Governo do Reino Unido conclui daqui que as constatações da jurisprudência relativas ao conceito de empresa na acepção do artigo 85.° são também aplicáveis ao conceito de empresa utilizado na Directiva 77/187.

16. Estamos persuadidos de que da simples formulação acima referida não se podem tirar consequências com tal alcance. Isso, aliás, não nos ajudaria muito no presente processo, uma vez que também no âmbito do artigo 85.° o Tribunal se não pronunciou sobre a questão de saber se uma parte da administração pública, por exemplo um município, é uma empresa na acepção do referido artigo. No processo General Motors Continental/

4 — Acórdão de 19 de Maio de 1992 (C-29/91, Colect., p. I-3189).

5 — Acórdão de 8 de Junho de 1994 (C-382/92, Colect., p. I-2435, n.° 44).

6 — Acórdão referido na nota 5.

/Comissão [7], estava em causa o cumprimento, por uma empresa privada, de uma missão de direito público. O Tribunal considerou que o artigo 86.° era aplicável no caso concreto e que, em consequência, não se podia excluir a qualificação de empresa. Deve notar-se que não se tratava, nesse caso, de saber se uma entidade que exerce em regra funções de direito público deve ser considerada uma empresa, mas que o problema se apresentava de modo exactamente inverso. Mais que não seja por esta razão, parece-nos que o recurso à jurisprudência relativa ao artigo 85.° não traria qualquer ajuda. Isto é tanto mais exacto quanto o próprio Tribunal, como a Comissão justamente assinalou, estabeleceu a regra geral de que se deve atribuir ao conceito de «empresa» o alcance que for mais apropriado ao objectivo das regras comunitárias em causa e ao seu efeito útil [8]. Isto significa que, quanto ao processo que agora nos ocupa, devemos apoiar-nos na própria Directiva 77/187 para determinar se ela é ou não aplicável a uma administração municipal.

17. O Governo federal rejeita *a priori* uma tal aplicação. Na sua opinião, a Directiva 77/187 não visa as actividades inerentes aos poderes públicos, tais como foram exercidas no presente caso pelo presidente da Câmara a título profissional do município de Schierke. A este respeito, declara que o presidente da Câmara é competente para a emissão de licenças de construção e a administração financeira e predial, bem como para o contencioso municipal. Estas funções fazem parte da autonomia administrativa de que gozam os municípios, o que explica que a acção do presidente da Câmara se inclua, de qualquer modo, (também) no exercício dos poderes públicos. No entanto, segundo a jurisprudência do Tribunal, a transferência de uma empresa deve dizer respeito à transferência de uma entidade *económica:* deve pois existir uma relação com o exercício de uma actividade económica.

18. O Governo federal argumenta além disso que a Directiva 77/187 baseia-se no artigo 100.° do Tratado CE. Este artigo constitui a base jurídica das directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros «que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum». Ora, precisamente, os municípios, no exercício das suas atribuições públicas, não participam no mercado comum. Também não existem relações entre as actividades típicas dos poderes públicos dos municípios e a acção da Comunidade, tal como prevista no artigo 3.° do Tratado CE.

19. O Governo federal declara ainda que a actividade dos municípios é regulada de modo exaustivo pelas leis nacionais, de modo que não pode fazer parte da ordem jurídica comunitária nem ser regulada pelo Conselho.

7 — Acórdão de 13 de Novembro de 1975 (26/75, Recueil, p. 1367, Colect., p. 467).

8 — Acórdão de 2 de Outubro de 1991, Vandevenne e o. (C-7/90, Colect., p. I-4371, n.° 6).

20. Segundo o Governo federal, os termos empregues na Directiva 77/187 apontam também no sentido da sua não aplicabilidade ao caso vertente. Com efeito, nela estão em questão «empresas», «estabelecimentos», partes de «estabelecimentos» e a «mudança de empresário». Nela se empregam, portanto, conceitos que não são aplicáveis no presente processo.

21. Finalmente, o Governo federal é de opinião que de modo algum era necessário prever, na Directiva 77/187, a exclusão dos agentes da administração pública do seu âmbito de aplicação, uma vez que está em causa apenas e *a priori* a transferência de entidades económicas e que, em consequência, a directiva, pela sua finalidade, não é destinada a aplicar-se à administração pública.

22. Não nos parece exacto afastar de um modo geral a aplicabilidade da Directiva 77/187 ao presente processo, como faz o Governo federal. Ninguém contesta — nem mesmo o Governo federal — que um município pode perfeitamente exercer actividades económicas. No decurso da audiência, o representante da demandante deu alguns exemplos de actividades municipais de natureza industrial ou comercial. Pode citar-se a venda ou o arrendamento de terrenos, casas ou apartamentos pertencentes ao município, o arrendamento do salão municipal a organizadores privados de festividades, as actividades de tipo publicitário destinadas a promover o turismo, bem como numerosos serviços prestados contra remuneração, como os relativos a creches, manifestações culturais, exploração de parques automóvel e transporte público local de passageiros. Deve ainda mencionar-se os sectores de actividade clássicos que são a eliminação de resíduos e a distribuição da água. Assim, mesmo que se considere o exercício de uma actividade económica como condição da aplicação da directiva, pode perfeitamente ver-se num município uma empresa na acepção da directiva. É por esta razão duvidoso que se deva excluir o município e os seus empregados do âmbito de aplicação da Directiva 77/187 pelo simples motivo de ele exercer também actividades no âmbito dos poderes públicos. E é tanto mais duvidoso — como o representante da demandante declarou na audiência — quanto a regulamentação municipal e a Constituição do Land Sachsen-Anhalt não confiam aos municípios qualquer missão no âmbito dos poderes públicos em sentido restrito (polícia, execução de penas, exército).

23. Também não se pode afastar a aplicação da Directiva 77/187 ao domínio da acção municipal — como faz o Governo federal — com o fundamento de o Conselho não ser competente para a regular. Não está aqui em causa uma directiva do Conselho concebida, desde o início, para o sector público, mas uma directiva que se destina a proteger os trabalhadores, a qual se alarga eventualmente à administração pública. Teremos de examinar posteriormente — supondo que isso seja indispensável — a questão de saber se tal extensão está coberta pela base jurídica da directiva, que é o artigo 100.° do Tratado CE.

24. Existem ainda argumentos convincentes em sentido contrário que podem opor-se ao aduzido pelo Governo federal no que respeita à exclusão dos agentes públicos do âmbito de aplicação da directiva. Assim, a Comissão considera que a directiva se aplica ao domínio da administração pública precisamente porque tal domínio não está expressamente excluído. A título de exemplo, cita a directiva que regulamenta os despedimentos colectivos [9], a qual exclui expressamente a administração pública do seu âmbito de aplicação. A Directiva 77/187, por seu lado, menciona uma única excepção, no artigo 1.°, n.° 3, que tem a ver com a navegação marítima. É por esta razão que a Comissão é de opinião que a directiva é em princípio aplicável à administração pública.

25. É certo que também a Comissão faz uma distinção entre certos sectores, consoante a actividade exercida se inclua ou não nos poderes públicos, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Segundo tal distinção, só as funções que se incluam exclusivamente no exercício dos poderes públicos, como as do presidente da Câmara, da polícia ou do pessoal da guarda prisional, escapam ao âmbito de aplicação da Directiva 77/187. Em contrapartida, incluem-se no âmbito da directiva não apenas os sectores da administração que correspondem a uma actividade económica na acepção clássica do termo, nomeadamente os serviços municipalizados como o de eliminação de resíduos, o de fornecimento de água e as empresas de transportes, mas ainda as actividades que se integram nos poderes públicos desde que sejam exercidas por pessoas protegidas, enquanto trabalhadores, pela legislação nacional em matéria de direito do trabalho (entre estas pessoas a Comissão inclui, por exemplo, uma secretária do presidente da Câmara que beneficie de um simples contrato de direito privado), ou por pessoas que, segundo a jurisprudência do Tribunal, não estão investidas de funções incluídas nos poderes públicos e cujas tarefas poderiam, em princípio, ser efectuadas por uma empresa privada, com um fim lucrativo. A Comissão classifica nesta categoria, por exemplo, a actividade exercida pela secretária do presidente da Câmara que seja funcionária, actividade que poderia também ser exercida através de uma empresa externa de prestação de serviços administrativos.

26. Mesmo que se esteja incontestavelmente em presença de uma actividade incluída nos poderes públicos, a Comissão admite a aplicabilidade da Directiva 77/187 quando o domínio considerado se reger pelas regras do direito privado. A este respeito, a Comissão cita, a título de exemplo, a privatização das prisões do Estado.

27. O Governo do Reino Unido sustentou um ponto de vista similar no decurso da audiência. Embora, nessa ocasião, não tenha feito uma distinção clara entre o conceito de empresa e o de transferência de uma tal empresa, resulta no entanto da sua declaração que um departamento administrativo que

9 — Directiva 75/129/CEE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos despedimentos colectivos (JO L 48, p. 29; EE 05 F2 p. 54), alterada por último pela Directiva 92/56/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1992 (JO L 245, p. 3).

cumpra principal ou exclusivamente missões governamentais, isto é, missões que, pela sua natureza, não são actividades económicas, não deve ser incluído no âmbito de aplicação da Directiva 77/187. A referência ao processo SAT Fluggesellschaft [10] mostra, também ela, que, na opinião do Governo do Reino Unido, se deveria proceder a uma distinção entre as actividades que se incluem nos poderes públicos e as actividades de direito comum. No referido processo, o Tribunal decidiu que as actividades que estão ligadas ao controlo e à polícia do espaço aéreo são, tipicamente, prerrogativas dos poderes públicos, não tendo natureza económica.

28. A este respeito, deve notar-se que o conceito de empresa em causa neste acórdão é o do artigo 85.° do Tratado. Como já esclarecemos acima, é duvidoso que este conceito seja transponível para a Directiva 77/187. No entanto, deve ter-se presente que, do ponto de vista do Governo do Reino Unido, a aplicação da directiva deve depender da questão de saber se a actividade exercida reveste natureza económica ou se se trata de uma actividade que é tipicamente a de uma administração pública.

29. Parece-nos que o critério da actividade incluída nos poderes públicos ou da actividade típica da administração pública não é o ponto de partida adequado para definir o conceito de empresa na acepção da Directiva 77/187. Isto resulta já, em nossa opinião, de considerações puramente práticas. Abstracção feita do domínio clássico dos serviços municipalizados e do domínio das funções que se incluem exclusivamente no exercício dos poderes públicos, parece-nos muito difícil, e nem sempre realizável, efectuar a distinção em cada caso concreto. Com efeito, produziram-se alterações consideráveis no decurso dos últimos anos, mesmo no domínio das actividades incluídas nos poderes públicos. Actividades que ainda recentemente se considerava estarem exclusivamente incluídas no âmbito do exercício dos poderes públicos, são, desde então, exercidas por empresas privadas. Seja-nos permitido citar aqui, a título de exemplo, a Deutsche Bundespost, que acaba de ser privatizada (Telekom, Post-Bank, Post-AG), quando, ainda há alguns anos, se partia do princípio de que ela exercia funções que se incluíam exclusivamente no âmbito dos poderes públicos. A própria Comissão dá um outro exemplo, que é o da privatização dos estabelecimentos penitenciários. Daqui resulta que o critério do exercício dos poderes públicos é muito difícil de definir, uma vez que está sujeito a constantes modificações. Actividades que hoje se considera incluírem-se exclusivamente no âmbito dos poderes públicos serão talvez exercidas, dentro de breves anos, por uma empresa privada, com fim lucrativo. Também se não pode excluir que tarefas efectuadas por uma empresa privada venham de novo a ser consideradas, dentro de algum tempo, como funções incluídas no exercício dos poderes públicos. É por isso que não existe qualquer razão que possa justificar que os empregados que exercem estas actividades beneficiem um dia da protecção conferida pela directiva, e, depois, tendo mudado a opinião relativa à natureza de actividade incluída nos poderes públicos, percam o benefício de tal protecção. Além disso, pode pôr-se a questão de saber em que categoria

10 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1994 (C-364/92, Colect., p. I-43).

seria necessário classificar o trabalhador que exerce tanto actividades incluídas nos poderes públicos como actividades económicas.

30. É por esta razão que nos parece ser mais apropriada uma apreciação diferente. Em nossa opinião, é mais racional verificar, baseando-nos na finalidade da directiva, se um município pode ser uma empresa na acepção da directiva ou não. Como o Tribunal já decidiu [11], resulta dos considerandos da Directiva 77/187 que ela tem por objectivo impedir que a reestruturação no interior do mercado comum se efectue em prejuízo dos trabalhadores das empresas em causa. Noutros termos, é a protecção dos trabalhadores que tem a primazia. O alcance social da directiva decorre ainda do facto de — como, aliás, a Comissão declarou — ter sido anunciada numa resolução do Conselho relativa a um programa de acção social [12].

31. É certo que se indica no quarto considerando da Directiva 77/187 que as diferenças que subsistem nos Estados-Membros no que respeita ao alcance da protecção dos trabalhadores têm uma incidência directa no funcionamento do mercado comum. No entanto, daqui não resulta que a directiva tenha por único objectivo garantir o funcionamento do mercado comum. Pelo contrário, ela destina-se principalmente a proteger os trabalhadores em caso de transferência de empresas.

11 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, Abels (135/83, Recueil, p. 469, n.° 18).

12 — JO 1974, C 13, p. 1.

O quinto considerando da directiva faz referência ao artigo 117.° do Tratado. Este artigo está assim redigido:

«Os Estados-Membros reconhecem a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, de modo a permitir a sua igualização no progresso.

...»

A finalidade do artigo 117.° é dupla: social, na medida em que se destina a melhorar as condições de vida e de trabalho; económica, na medida em que se destina a impedir que as disparidades existentes no grau de desenvolvimento das legislações em matéria de direito do trabalho e de segurança social dos Estados-Membros acarretem desvantagens de concorrência que afectem as empresas estabelecidas nos Estados-Membros dotados de normas de protecção elevadas ou, mesmo, perturbem mais gravemente ainda o funcionamento do mercado comum. Estes elementos indicam também, claramente, que o objectivo de protecção da directiva consiste em proteger os trabalhadores em caso de transferência de uma empresa. Neste contexto, parece lógico que nos baseemos, para resolver a questão da aplicabilidade da directiva, na categoria de pessoas que ela visa proteger, que são os trabalhadores. Nas suas alegações, a Comissão fez um exame similar.

32. Se se partir do princípio de que o sentido e a finalidade da Directiva 77/187 são a protecção dos trabalhadores em caso de transferência de uma empresa, todos os trabalhadores protegidos enquanto tal pela regulamentação nacional devem beneficiar dessa protecção. Mas isto significa, em última análise, que a directiva é aplicável desde que as pessoas protegidas enquanto trabalhadores por força da legislação nacional estejam empregadas numa empresa ou numa entidade organizada. Um tal princípio, por sua vez, implica que a directiva se aplique às entidades que empregam trabalhadores na acepção das regras nacionais destinadas a protegê-los. Deste modo, garante-se que todos os trabalhadores dignos de protecção por força da regulamentação nacional beneficiem igualmente da protecção da directiva.

33. Se se considerar a finalidade protectora da Directiva 77/187, não se vê por que deveriam os agentes da administração pública — como afirma o Governo federal — ser excluídos do âmbito de aplicação da directiva pelo simples facto de a sua administração exercer *também* funções incluídas nos poderes públicos. Em nossa opinião, isto estaria em manifesta contradição com a finalidade protectora da directiva. É por esta razão que não se deve distinguir entre actividade de poder público ou actividade económica na medida em que a definição do conceito de «empresa» esteja em causa, mas basear-se unicamente no conceito de trabalhador. Do mesmo modo, não há lugar a distinguir entre agentes do sector público e empregados de direito privado. Tal distinção levaria, também ela, a resultados incompatíveis com a finalidade protectora da directiva, tanto mais que não existe em todos os Estados-Membros (no Reino Unido, por exemplo, não há distinção consoante um trabalhador esteja empregado no sector público ou no sector privado).

Neste contexto, vale a pena mencionar que na Alemanha, mesmo no sector público, há convenções colectivas de direito privado que podem aplicar-se às relações laborais dos empregados.

34. Em consequência, a aplicação uniforme da directiva no interior da Comunidade, de acordo com a sua finalidade protectora, só é possível se se tomar por base o conceito de trabalhador. Deste modo, as dificuldades que se nos deparam para distinguir as actividades incluídas nos poderes públicos das actividades de direito comum, que descrevemos precedentemente (no ponto 29), nem sequer surgem.

35. O advogado-geral Van Gerven sustentou também esta opinião nas conclusões que apresentou no processo Redmond Stichting [13]. Chegou à conclusão de que o conceito de empresa que consta na Directiva 77/187 deve ser interpretado de modo extensivo e que, para responder à questão de saber se uma determinada pessoa singular ou colectiva é uma empresa na acepção de uma directiva que, como a que está aqui em questão, prossegue um objectivo claramente social, deve atribuir-se uma importância decisiva à questão de saber se uma ou várias pessoas têm a qualidade de trabalhador em

13 — Conclusões de 24 de Março de 1992 (Colect., pp. I-3189, I-3196).

relação àquela pessoa singular ou colectiva, no âmbito de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho na acepção do artigo 3.°, n.° 1, da directiva. Além disso, prosseguiu, diferentemente da interpretação do conceito de trabalhador do artigo 48.° do Tratado CEE, este conceito visa, neste caso, segundo a jurisprudência do Tribunal, qualquer pessoa que, no Estado-Membro em causa, esteja protegida enquanto trabalhador nos termos da legislação nacional em matéria de direito do trabalho.

36. De resto, o Tribunal decidiu esta última questão no ano de 1985 [14], e confirmou a solução então dada em 1986 [15]. No acórdão Danmols Inventar, tratava-se de definir o conceito de trabalhador na acepção da Directiva 77/187. Neste contexto, o Tribunal referiu-se aos considerandos da directiva, segundo os quais a manutenção dos direitos dos trabalhadores deve ser garantida em caso de mudança de empresário. Daqui resulta, segundo o Tribunal, que a directiva apenas visa uma harmonização parcial, alargando, no essencial, a protecção garantida de modo autónomo aos trabalhadores pelo direito dos diferentes Estados-Membros igualmente à hipótese de uma transferência de empresa. O seu objectivo é pois o de garantir, tanto quanto possível, a continuação do contrato de trabalho ou da relação laboral, sem modificação, com o cessionário, a fim de impedir que os trabalhadores abrangidos pela transferência de empresa sejam colocados numa situação menos favorável pelo simples facto dessa transferência. A directiva não pretende, no entanto, instaurar um nível de protecção uniforme em toda a Comunidade. O Tribunal concluiu daqui que a directiva só pode ser invocada por pessoas que, de um modo ou de outro, sejam protegidas enquanto trabalhadores pela legislação do Estado-Membro em causa.

37. Para além da definição do conceito de trabalhador na acepção da Directiva 77/187, resulta deste acórdão que o objectivo desta directiva é o de proteger os trabalhadores em caso de transferência da empresa e o de garantir, tanto quanto possível, a continuação do contrato de trabalho. Como já atrás indicámos, isto só é possível se, para decidir a questão da aplicabilidade da directiva, nos basearmos apenas no conceito de trabalhador.

38. O facto de a Directiva 77/187 se basear no artigo 100.° do Tratado CE não obsta a uma definição do conceito de empresa assente nos trabalhadores que nela estão empregados. Como atrás indicámos, este artigo diz respeito ao funcionamento do mercado comum. Ora, o mercado de trabalho da Comunidade e a situação dos trabalhadores constituem também aspectos do mercado comum. Existe uma relação estreita entre o mercado comum e a situação da mão-de-obra. As evoluções económicas e as reestruturações podem ser acompanhadas de desvantagens para os trabalhadores (desvantagens que a Directiva 77/187, cujo sentido e finalidade é precisamente esse, tem por fim impedir); pouco importa, a este respeito, que estes trabalhem no sector privado ou na administração pública. Essas desvantagens podem ter incidência sobre todo ou parte do mercado de trabalho dos Estados-Membros

14 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Danmols Inventar (105/84, Recueil, p. 2639, n.° 28).

15 — Acórdão de 15 de Abril de 1986, Comissão/Bélgica (237/84, Colect., p. 1247, n.° 13).

em causa. Graças à livre circulação dos trabalhadores, os mercados de trabalho dos Estados-Membros estão em relação recíproca, de modo que a situação da mão-de-obra nos Estados-Membros e as diferentes legislações podem ter repercussões transfronteiriças [16]. Por aqui se vê que um município que empregue trabalhadores abrangidos por normas de protecção nacionais pode, também ele, influenciar o funcionamento do mercado comum do trabalho e, portanto, do mercado comum.

39. Além disso, a existência de normas diferentes relativas à protecção dos trabalhadores nos diferentes Estados-Membros pode levar a distorções de concorrência. O representante do Governo do Reino Unido negou-o, em parte, no decurso da audiência. Referiu-se, a este respeito, ao acórdão Comissão/Reino Unido [17], no qual o Tribunal decidiu que a directiva tinha ainda por finalidade harmonizar os encargos que as regras de protecção acarretam para as empresas da Comunidade. O Governo do Reino Unido deduziu daqui que uma administração municipal não entra no âmbito de aplicação da Directiva 77/187 quando efectua tarefas características da administração e, portanto, quando não entra em concorrência com outras empresas.

40. Uma tal distinção, baseada na natureza da actividade da administração, é incompatível com a finalidade principal da directiva, que é a protecção dos trabalhadores, como já detalhadamente referimos no ponto 33.

41. Resulta das considerações que precedem que a directiva é aplicável desde que os trabalhadores, na acepção da legislação nacional que os protege, estejam empregados numa empresa ou numa entidade. Pouco importa, a este respeito, que essa empresa exerça a sua actividade no domínio da administração pública ou no sector privado. Daqui resulta que a directiva pode também aplicar-se a um município quando este emprega trabalhadores na acepção da legislação nacional protectora. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se é este o caso.

42. Para o caso de o Tribunal de Justiça não seguir a opinião que sustentamos e decidir subordinar a aplicabilidade da Directiva 77/187 à condição suplementar de a empresa exercer uma actividade económica, desejamos formular as seguintes observações: mesmo que se adira aos pontos de vista dos Governos federal e do Reino Unido e que, assim, se veja no exercício de uma actividade económica uma condição fundamental da aplicabilidade da directiva, não deixa de se chegar ao mesmo resultado no caso vertente, uma vez que o município satisfaz essa condição. Como já mencionámos, o representante da demandante citou numerosos exemplos de actividades de carácter industrial ou comercial exercidas pelo município. Nem, aliás, o Governo federal ou o Governo do Reino

16 — Quarto considerando da Directiva 77/187.
17 — Já referido na nota 5.

Unido contestam que o município exerce efectivamente as actividades em causa. Em consequência, o município participa das actividades económicas. O conceito de actividades económicas no conjunto da Comunidade consta do artigo 2.° do Tratado CE, que define as finalidades da Comunidade. Nos termos desse artigo, a Comunidade tem como missão, entre outras, promover, em toda a Comunidade, através da criação de um mercado comum, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o conceito de actividades económicas deve ser interpretado de modo extensivo. Assim, o Tribunal já decidiu, no acórdão Donà [18], que «uma actividade assalariada ou... prestações de serviços remuneradas» devem ser consideradas uma actividade económica, na acepção da disposição do Tratado atrás referida. Em consequência, para que uma actividade seja considerada económica basta que seja efectuada contra remuneração. Com efeito, resulta do acórdão Lawrie-Blum que nem o domínio em que a actividade é exercida nem o regime jurídico que lhe é aplicável são determinantes. Pelo contrário, segundo o Tribunal, para a aplicação do artigo 48.° — a propósito do qual o Tribunal se pronunciou no acórdão Lawrie-Blum — é unicamente exigido que a actividade em causa revista um carácter de prestação de trabalho *remunerado*, qualquer que seja, aliás, o domínio em que se realize [19]. Noutro acórdão relativo ao artigo 48.°, o Tribunal declarou que o carácter do vínculo jurídico entre o trabalhador e a entidade patronal — estatuto de direito público ou contrato de direito privado — também não é determinante [20].

43. Estes acórdãos não se reportavam, é certo, à Directiva 77/187; no entanto, o advogado-geral Van Gerven baseou-se também, nas suas conclusões no processo Comissão/Reino Unido, já referido, [21] na existência de uma actividade remunerada. Para definir o conceito de empresa, também ele parte do facto de, por força da disposição fundamental que é o artigo 2.° do Tratado CE, este Tratado englobar as actividades económicas da Comunidade, que devem ser entendidas num sentido muito amplo. Em consequência, para que uma actividade possa ser qualificada como económica, basta que seja exercida contra remuneração. O sector em que é exercida não tem importância determinante. Como é incontestável que um município exerce actividades remuneradas, não há qualquer dúvida que ele participa na vida económica. Em consequência, exerce uma actividade económica e participa no funcionamento do mercado comum.

44. Mesmo que se tome por base a jurisprudência Levin, parece certo que isso em nada modifica esta conclusão [22]. Nesse acórdão, o Tribunal decidiu, no que respeita ao âmbito de aplicação do artigo 48.°, que uma actividade económica de proporções demasiadamente pequenas não pode ser considerada uma participação na vida económica. É ao órgão jurisdicional nacional que compete determinar a importância da actividade económica exercida. Desejamos, no entanto, precisar aqui que, segundo a declaração não contestada que o representante da demandante fez na audiência, de modo algum se pode considerar que a actividade económica do município de Schierke seja demasiadamente insignificante.

18 — Acórdão de 14 de Julho de 1976 (13/76, Colect., p. 545, n.os 12 e 13).

19 — Acórdão de 3 de Julho de 1986 (66/85, Colect., p. 2121, n.° 20).

20 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, Colect., p. 91, n.° 6).

21 — Conclusões de 2 de Março de 1994 (Colect., pp. I-2435, 2438, n.os 22 a 27).

22 — Acórdão de 23 de Março de 1982 (53/81, Recueil, p. 1035, n.° 17).

45. Além disso, seja-nos permitido recordar que — como já atrás expusemos — é também pelo facto de empregar trabalhadores que o município participa no funcionamento do mercado comum do trabalho e, em consequência, no funcionamento do mercado comum.

46. Também não se pode negar a existência de uma actividade económica do município por ele exercer *também* actividades no âmbito dos poderes públicos. Seria contraditório com a finalidade da Directiva 77/187 que os trabalhadores não pudessem beneficiar da protecção que ela confere pelo único motivo de o município exercer, para além de actividades económicas, também actividades incluídas no âmbito dos poderes públicos.

47. O modo de ver da Comissão, segundo o qual os diferentes sectores da administração municipal devem ser considerados separadamente, deve, aliás, ser também afastado, tendo em conta a finalidade protectora da Directiva 77/187. Neste contexto, a Comissão suscita a problemática da sucessão nas funções (Funktionsnachfolge), que o Tribunal de Justiça já examinou por várias vezes anteriormente e que deverá ainda, segundo a Comissão, vir a examinar no futuro [23]. Para responder às questões que nos foram submetidas no presente processo, esta teoria não tem no entanto importância, uma vez que não há qualquer dúvida de que não são as funções isoladas da empresa que devem ser transferidas, mas sim a entidade no seu conjunto. Uma aplicação da teoria exposta pela Comissão no presente processo, no qual se deve entender que toda a entidade foi transferida, seria fonte de numerosos problemas. Com efeito, porque deveria um agente da administração municipal, que o direito nacional trata do mesmo modo que os seus colegas, *perder o benefício da protecção conferido* pela directiva pelo simples motivo de, contrariamente a esses colegas, exercer uma actividade incluída nos poderes públicos? Pode pôr-se a pergunta de saber como se deveria proceder quando o agente mudasse de função e passasse a exercer uma actividade económica.

Existe ainda uma outra razão que explica que uma tal subdivisão em sectores de actividade distintos não é realizável na prática: em que categoria se deveriam classificar os agentes de um pequeno município que executassem simultaneamente diferentes funções e, portanto, tarefas económicas e tarefas englobadas nos poderes públicos? A única razão que permitiria excluir um agente do âmbito de aplicação da Directiva 77/187 — e isto unicamente abstraindo da finalidade protectora da directiva — seria a de ele apenas exercer uma actividade económica negligenciável (v. a discussão da jurisprudência Levin no ponto 44). Ainda aqui, é ao juiz nacional que compete pronunciar-se.

Disto resulta que mesmo nesta hipótese a directiva seria, no caso vertente, aplicável ao município.

23 — De facto, estão em curso vários processos relativos a esta problemática.

48. Além disso, a proposta da Comissão destinada a modificar a directiva [24], que prevê expressamente a sua aplicação às empresas públicas, está também de acordo com esta concepção. Como a Comissão afirma no sexto considerando, é necessário clarificar a regulamentação existente. Segundo este texto, as condições de segurança e de transparência jurídicas têm também de «prever expressamente, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a directiva seja aplicável às empresas privadas e públicas que exercem actividades económicas, com ou sem fins lucrativos». Nas novas disposições da directiva que propõe, a Comissão continua a empregar o conceito de «empresa» sem o definir mais precisamente. Em consequência, é necessário, também segundo este texto, limitarmo-nos às características que o Tribunal já definiu ou que irá ainda definir. Resta-nos fazer ainda a seguinte observação relativa ao conceito de «actividades económicas» que a Comissão utiliza na sua proposta: se se considerar esta expressão no contexto da exposição da Comissão, resulta que o conceito de empresa não deve ser interpretado de modo mais limitado do que o foi até agora, e que, do ponto de vista da Comissão, mesmo as actividades que se incluem nos poderes públicos podem ser abrangidas por este conceito de actividades económicas. Segundo a Comissão, a directiva é aplicável mesmo que uma secretária com o estatuto de funcionária exerça uma actividade de que uma empresa privada possa também encarregar-se. Daqui pode deduzir-se que esta secretária exerce então actividades económicas na acepção da directiva. Isto significa, por sua vez e no que se refere à interpretação do conceito de «actividades económicas», que a Comissão designa com tal expressão as actividades que — mesmo quando se trata de actividades incluídas nos poderes públicos — podem ser exercidas também por uma empresa privada. É por esta razão que as actividades industriais ou comerciais do município aqui examinadas se incluem imediatamente neste conceito de actividades económicas. Do que resulta que, mesmo segundo a proposta de modificação da Comissão, a directiva será aplicável ao presente processo, e isto, antes do mais, porque tal proposta em nada modifica a sua finalidade protectora.

49. Precisemos, para sermos completos, que o Bundesarbeitsgericht sustenta uma opinião análoga à que aqui foi desenvolvida. Assim, decidiu que o artigo 613.°a do BGB (Código Civil alemão) se aplica aos organismos públicos, às escolas, às forças armadas, etc. O artigo 613.°a do BGB é a disposição que transpõe a Directiva 77/187 para o direito interno alemão [25].

50. Em consequência, sublinhemo-lo de novo e em resumo, está-se em presença de uma empresa na acepção da directiva quando uma entidade emprega trabalhadores protegidos pela regulamentação nacional de direito do trabalho aplicável.

24 — Proposta de directiva do Conselho 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 (JO 1994, C 274, pp. 10 e segs.).

25 — Acórdãos do Bundesarbeitsgericht de 16 de Março de 1994 (AZ: 8 AZR 639/92, publicado in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1995, pp. 125 a 127); de 21 de Julho de 1994 (AZ: 8 AZR 227/93, publicado in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1995, p. 119); de 7 de Setembro de 1995 (AZ: 8 AZR 928/93, publicado in *Arbeit und Recht* 1996, p. 29).

Transferência da empresa

51. Nesta altura, em que já está demonstrado que, no caso vertente, o município de Schierke deve manifestamente ser qualificado como empresa na acepção da Directiva 77/187, há que averiguar se houve «transferência de empresas, estabelecimentos, ou partes de estabelecimentos» na acepção da directiva.

52. A demandante argumenta, a este respeito, que as atribuições do município de Schierke, bem como os meios para as realizar, como «dossiers», disquetes e outro material administrativo, foram transferidos para a associação de municípios Broken e que, em consequência, houve transferência na acepção da directiva.

53. Nas suas observações, a Comissão refere-se, em primeiro lugar, ao acórdão Spijkers [26], no qual o Tribunal decidiu que há transferência quando a entidade económica, em cujo seio existem as relações de trabalho em causa, mantém a sua identidade, apenas havendo mudança de empresário.

54. No que respeita ao sector de actividades de que a demandante estava encarregada, a existência, a par do município de Schierke, de uma entidade económica dotada de identidade própria é corroborada pelo facto de o auxílio ao desenvolvimento económico e o turismo, bem como as tarefas administrativas a ele referentes, estarem agrupados no plano da organização, e de terem sido concedidos meios de exploração para efeitos da realização dessas tarefas. Com respeito à manutenção da identidade da entidade em causa aquando da transferência, a Comissão é de opinião que tal manutenção não pode depender, de modo decisivo, da questão de saber se as tarefas efectuadas pela demandante no seu domínio de competência foram entretanto resolvidas e executadas pela associação de municípios também para os demais municípios membros; o que é decisivo, pelo contrário, é que todas as actividades de que o município de Schierke se tinha, ele próprio, anteriormente encarregado passaram a ser exercidas de modo similar ou idêntico pela associação de municípios, no interesse do município de Schierke e por conta dele.

55. Neste contexto, o Governo do Reino Unido remeteu ainda para a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo Spijkers, que enuncia as condições, atrás referidas, para a transferência de uma empresa. No entanto, ao averiguar se essas condições estavam reunidas no presente caso, chega a uma conclusão diferente da da Comissão.

Para ele, o âmbito de aplicação da Directiva 77/187 só pode abarcar uma «colectividade governamental» se se tratar da transferência de uma entidade económica estável. Esta transferência deve permitir, pelo menos, a prossecução de determinadas actividades do cedente. Uma entidade económica engloba

26 — Acórdão de 18 de Março de 1986 (24/85, Colect., p. 1119, n.os 11 e segs.)

locais comerciais e/ou elementos patrimoniais e/ou empregados que prosseguem as actividades económicas. Mas uma «administração governamental» local deixa de se situar no âmbito de aplicação da directiva quando se encarrega, completa ou principalmente, de actividades que são típicas da administração pública.

56. Já por várias vezes o Tribunal de Justiça foi levado a examinar a problemática da interpretação do conceito de «*transferência* de empresas». Nos acórdãos Spijkers, Ny Mølle Kro e Redmond Stichting, declarou que o critério decisivo para determinar se há transferência na acepção da directiva reside no facto de a entidade transferida manter a sua identidade [27].

Em consequência, deve apurar-se se foi cedida uma entidade económica ainda existente, o que resultará nomeadamente do facto de a sua exploração ser efectivamente prosseguida ou retomada pelo novo empresário, com as mesmas actividades económicas ou com actividades análogas [28].

57. Ao proceder a este exame, deve ter-se principalmente em atenção a prossecução da actividade económica. Para retomar a fórmula já referida, a «entidade económica ainda existente» designa o objecto da transferência; nos termos da Directiva 77/187, tal objecto é uma empresa, um estabelecimento ou uma parte de estabelecimento, e deve ser definido em função da finalidade protectora da directiva, como acima expusemos [29].

58. Para responder à questão de saber se a entidade mantém a sua identidade, há que ter em consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, no número das quais se incluem, nomeadamente, o tipo de empresa em causa, a utilização que é feita dos elementos corpóreos, como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos, a retoma ou não retoma dos efectivos, no todo ou em parte [30], e a transferência da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas pelo novo empresário, antes e depois da transferência. No entanto, segundo o Tribunal, todos estes elementos não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente [31].

59. Se se aplicarem estes critérios aos factos do presente processo, verificar-se-á, segundo as declarações não contestadas das partes, a existência de numerosos indícios de que estas condições estão reunidas. Assim, os «dossiers», as disquetes e outros documentos do

27 — Acórdão Spijkers, já referido na nota 26; acórdãos de 17 de Dezembro de 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Colect., p. 5465, n.os 18 e segs.), e Redmond Stichting, já referido na nota 4, n.° 23.

28 — Acórdãos Spijkers, já referido na nota 26, n.° 12; Ny Mølle Kro, já referido na nota 27, n.° 18, e Redmond Stichting, já referido na nota 4, n.° 23.

29 — V. os pontos 32, 33 e 34.

30 — Acórdão de 7 de Março de 1996, Merckx e Neuhuys C-171/94 e C-172/94, Colect., p. I-1253, n.° 26).

31 — Acórdão Redmond Stichting, já referido na nota 4, n.° 24, remetendo para o acórdão Spijkers, já referido na nota 26, n.° 13.

município de Schierke foram remetidos à associação de municípios. Além disso, pode verificar-se que esta retomou pelo menos parte do pessoal e que o grau de similitude das actividades exercidas pelas duas colectividades é muito elevado, o que é atestado também pelo facto de *todas* as atribuições do município de Schierke terem sido transferidas. A população do município de Schierke, que, neste contexto, deve ser considerada a «clientela», é actualmente servida pela associação de municípios.

Do mesmo modo, resulta das declarações dos interessados que os antigos locais continuam a ser em parte utilizados, por exemplo para abrigar as delegações administrativas da associação.

Todos estes elementos são factos que, considerados no seu conjunto, levam à conclusão de que o novo «empresário», a associação de municípios «Brocken», prossegue efectivamente, pelo menos de modo similar, a actividade económica que fora anteriormente exercida; em consequência, numerosos elementos apontam no sentido de os critérios enunciados pelo Tribunal de Justiça no acórdão Spijkers estarem reunidos.

Em especial, o facto de a associação de municípios novamente criada cumprir a sua missão em proveito de vários municípios e de ter atribuído uma parte das funções que exerce às delegações administrativas não obsta à admissão de que houve transferência.

É característico que uma transferência de empresa — e essa é, aliás, a mais frequente finalidade da operação — seja acompanhada de uma reestruturação e de uma reorganização da antiga empresa. É certo que impedir isto não é um dos objectivos da Directiva 77/187, desde que o trabalhador seja preservado das desvantagens que podem resultar da transferência enquanto tal.

A directiva não constitui obstáculo aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças no plano do emprego [32].

60. No entanto, o juiz nacional mantém-se, em princípio, competente para apurar todas as circunstâncias que possam apontar no sentido de que uma entidade manteve a sua identidade aquando da transferência, isto é, que o novo empresário retomou as actividades económicas pelo menos de modo análogo.

32 — Artigo 4.°, n.° 1, segunda frase, da Directiva 77/187.

Assim, a missão do Tribunal de Justiça está limitada a dar ao órgão jurisdicional nacional os critérios requeridos por força do direito comunitário, que já mencionámos, para que esse órgão fique em condições de proferir, em cada caso concreto, uma decisão que seja conforme com a directiva.

61. Face ao que precede, deve, em nossa opinião, responder-se à primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio no sentido de que há transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 77/187 sempre que, na sequência da associação voluntária de dois ou mais municípios autónomos com vista a criar uma associação de municípios, esses municípios empreguem pessoas protegidas, enquanto trabalhadores, pela legislação nacional e que as actividades dos municípios existentes sejam efectivamente retomadas.

A este respeito, deve ter-se globalmente em consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa (a saber, a criação de uma associação de municípios), no número das quais figuram, nomeadamente, a natureza e o âmbito das competências transferidas, as actividades exercidas, o domínio de competência territorial, o poder de dispor dos «dossiers» e demais meios administrativos, bem como a retoma do pessoal. Compete ao órgão jurisdicional nacional apurar a verificação destas circunstâncias de facto.

Cessão convencional

62. Na opinião da demandante, a transferência, na acepção da Directiva 77/187, assenta numa cessão convencional. Embora seja exacto que a legislação do Land Sachsen-Anhalt autorizou uma reestruturação por via da criação de uma associação de municípios, tal criação foi no entanto realizada com base num acordo de direito público. Segundo a demandante, não se trata, portanto, de uma simples execução de um mandamento legal; pelo contrário, é lícito aos municípios organizar e definir, por eles mesmos, segundo a sua própria apreciação, a natureza e o âmbito da reorganização. A este respeito, os municípios participantes são partes, com direitos iguais, num contrato de direito público.

63. A Comissão começa por remeter para a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos acórdãos Abels e Redmond Stichting [33]. Argumenta, além disso, que se a administração pública pode, também ela, ser uma empresa na acepção da Directiva 77/187, não se vê porque significaria o conceito de «cessão convencional» do artigo 1.°, n.° 1, da directiva unicamente uma cessão de direito privado. Em qualquer caso, uma tal restrição não pode ser deduzida da própria directiva; isso seria, aliás, incompatível com a finalidade protectora desta.

33 — Referidos nas notas 11 e 4.

Além disso, segundo a Comissão, a convenção de direito público é uma condição prévia à verificação do efeito legal posterior. No âmbito desta fase preparatória, os municípios dispõem de uma certa latitude quanto ao conteúdo da convenção: dito de outro modo, a aplicabilidade da directiva depende, em primeiro lugar, do resultado das conversações efectuadas entre os municípios.

64. O Governo federal argumenta que se trata, pelo contrário, de um acordo de direito público, implicando a criação de uma associação de municípios que tem por objectivo o exercício de missões, no âmbito dos poderes públicos, no quadro municipal. Em consequência, não existe, segundo ele, qualquer acordo convencional na acepção da directiva.

65. Este ponto de vista não pode ser acolhido. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [34] (por último no acórdão Merckx e Neuhuys), o conceito de *cessão convencional* deve ser interpretado de modo flexível, em razão das diferenças entre as versões linguísticas da Directiva 77/187 e das divergências entre as legislações nacionais sobre este conceito. Tal interpretação deve responder ao objectivo da directiva, que é o de proteger os assalariados em caso de transferência da sua empresa. Daqui resulta que a directiva é aplicável em todas as hipóteses «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» [35].

Se se considerar a já referida finalidade protectora da directiva, pela qual se pretende preservar todos os trabalhadores protegidos pelo seu direito nacional de desvantagens que possam resultar da transferência da empresa, é claro que tanto os trabalhadores de uma empresa de direito privado como os de uma empresa de direito público devem beneficiar dessa protecção. A partir daqui, não tem qualquer importância que o acordo celebrado entre o antigo e o novo «empresário» deva ser apreciado segundo o direito privado ou segundo o direito público do Estado-Membro em causa.

66. Mesmo supondo — como foi referido na audiência — que, por aplicação da legislação do Land Sachsen-Anhalt, a criação de uma associação de municípios acarrete a transferência de uma parte das atribuições dos municípios por efeito da lei, isto em nada modifica esta conclusão. Desejamos sublinhar, para começar, que não compete ao Tribunal de Justiça determinar e examinar as normas pertinentes da legislação do Land. Isso inclui-se unicamente na competência dos órgãos jurisdicionais nacionais.

67. Podemos no entanto dizer que resultou também da audiência que os municípios

34 — Acórdãos Abels, já referido na nota 11, n.os 11 a 13; Redmond Stichting, já referido na nota 4, n.os 10 e segs.

35 — Acórdão Merckx e Neuhuys, já referido na nota 30, n.º 28.

determinaram livremente se devia ou não existir transferência de funções, de actividades e de competências, e, na afirmativa, em que medida. No que se refere às atribuições transferidas por força da lei após a criação da associação de municípios, há que indicar que os municípios, ao criar a associação, conheciam as consequências jurídicas resultantes dos acordos celebrados. Foi só a partir do momento em que a associação de municípios foi criada por convenção que as condições de transferência das atribuições por efeito da lei ficaram reunidas. Em consequência, os municípios cooperaram, também neste ponto, ciente e voluntariamente, para efeitos da ocorrência da consequência legal. Noutros termos, pode considerar-se que, no presente processo, houve cessão convencional das atribuições mesmo na hipótese de a legislação do Land prever que a sua transferência se efectue por força da lei.

68. Assim, estão reunidas as condições de aplicabilidade da Directiva 77/187 quando colectividades de direito público, no caso municípios, transferem atribuições por um acordo de direito público e quando tal transferência afecta trabalhadores protegidos pela sua lei nacional.

69. Deve, portanto, retorquir-se ao órgão jurisdicional de reenvio, em resposta à sua segunda questão e em caso de resposta afirmativa à primeira, que a transferência assenta num acordo convencional na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 77/187 mesmo que a associação de municípios tenha sido criada por acordo de direito público.

C — Conclusão

70. Em consequência, propomos que o Tribunal responda do seguinte modo às questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio:

«1) Há transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos na acepção do 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, sempre que, na sequência da associação voluntária de dois ou mais municípios autónomos com vista a criar uma associação de municípios, esses municípios empreguem pessoas protegidas enquanto trabalhadores pela legislação nacional, e que as actividades dos municípios existentes sejam efectivamente retomadas.

A este respeito, deve ter-se globalmente em consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa (a saber, a criação de uma associação de municípios), no número das quais figuram, nomeadamente, a natureza e o âmbito das competências transferidas, as actividades exercidas, o domínio de competência territorial, o poder de dispor dos 'dossiers' e demais meios administrativos, bem como a retoma do pessoal. Compete ao órgão jurisdicional nacional apurar a verificação destas circunstâncias de facto.

2) A transferência assenta num acordo convencional na acepção do artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 77/187 mesmo que a associação de municípios tenha sido criada por acordos voluntários de direito público celebrados pelos municípios membros, e mesmo que, na sequência de tais acordos, uma parte das suas atribuições tenha sido transferida por força da lei.»