

RIDT

ANO I / SETEMBRO 2021 / Nº 2
SEMESTRAL

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idT

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretores

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora

Cláudia Madaleno

Secretária-Geral

Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta

Maria Leonor Ruivo

Propriedade

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
NIPC 504992392

Morada IDT / Sede de Redação

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicidade

Semestral

Nº Registo ERC

127529

Depósito Legal

480082/21

ISSN

2184-8815

Conceção Gráfica e Paginação

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director

Cláudia Madaleno

Secretary-General

Sara Leitão

Deputy Secretary-General

Maria Leonor Ruivo

Ownership

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
ID No. 504992392

Address IDT / Head Office

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicity

Semiannual

ERC Registration No.

127529

Legal Deposit

480082/21

ISSN

2184-8815

Graphic Design and Pagination

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.



QUANDO A LEI PARTE E REPARTE O CONTRATO DE TRABALHO - ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TJ DE 26 DE MARÇO DE 2020, PROCESSO C-344/18, ISS FACILITY SERVICES NV CONTRA SONIA GOVAERTS, ATALIAN NV, ANTERIORMENTE EUROCEAN NV.

WHEN THE LAW DIVIDES AND SHARES THE EMPLOYMENT CONTRACT - ANNOTATION TO THE CJEU JUDGMENT OF MARCH 26, 2020, CASE C-344/18, ISS FACILITY SERVICES NV V SONIA GOVAERTS, ATALIAN NV

Júlio Manuel Vieira Gomes

Resumo:

O presente artigo procede a uma análise crítica contextualizada do Acórdão do TJ de 26 de março de 2020, processo C-344/18, ISS Facility Services NV contra Sonia Govaerts, Atalian NV, anteriormente Eurocean NV., apreciando as soluções propostas pela jurisprudência e pela doutrina para os casos em que ocorre a transmissão de um estabelecimento ou de uma parte de empresa ou parte de estabelecimento e, em particular, a possibilidade de cisão do contrato de trabalho entre transmissários. O autor considera que apesar de delicados problemas práticos a solução encontrada pelo Tribunal é a mais apropriada e a mais conforme com a teleologia da Diretiva.

Abstract:

This article provides a contextualized critical analysis of the CJEU Judgment of March 26, 2020, Case C-344/18, ISS Facility Services NV v Sonia Govaerts, Atalian NV, formerly Euroclean NV, considering the solutions proposed by case law and by the legal doctrine for cases in which the transfer of an undertaking, business or parts of undertaking or business occurs and, in particular, the possibility of division of the contract of employment between transferees. In spite of some delicate practical issues, the author agrees with the Court's ruling as being consistent with the purposes of the Directive.

A decisão do TJ que agora se anota foi já objeto de interessantes anotações na doutrina nacional¹ e de bastante atenção por parte de autores alemães, franceses e italianos, para mencionar apenas alguns. Pensamos, no entanto, que poderão ainda ser oportunas algumas reflexões, tanto mais que não perfilhamos a visão muito crítica de boa parte dos anotadores.

Começaremos este texto por abordar uma questão que o Acórdão praticamente não trata - ao contrário das Conclusões do Advogado-Geral - para depois aludirmos a duas outras questões: uma já resolvida pela jurisprudência anterior do TJ e outra ainda que representa o contributo inovador do Acórdão, embora a resposta a essa questão nova suscite uma série de problemas práticos cuja solução é remetida, em grande medida, para os tribunais nacionais dos Estados-Membros.

¹ Referimo-nos aos estudos de PEDRO OLIVEIRA, Transmissão de unidade económica com pluralidade de transmissários - efeitos laborais. A propósito do Acórdão do TUJE de 26 de Março de 2020 (Processo C-344/18), Revista do Ministério Público n.º 162, 2020, pp. 265 e ss. e de ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO/LILIANA SILVEIRA DE FREITAS, Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento: comentário ao Acórdão ISS Facility Services v. Govaerts e Atalian NV, International Labour Law Review/Revista Internacional de Direito do Trabalho ano 1, 2021, n.º 1, pp. 555 e ss.

Como é sabido, decorre do artigo 3.º n.º 1 da Diretiva 2001/23/CE do Conselho de 12 de março que “os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário”. Uma das questões que se suscita quanto se verifica a transmissão de uma unidade económica - uma das muitas pedras do mosaico, na imagem de um autor alemão² - é precisamente a da determinação de quais sejam essas relações e esses contratos³. Se na hipótese de transmissão da totalidade da empresa a questão pode parecer simples - embora mesmo nessa sede se possam suscitar algumas interrogações, mormente após o Acórdão do TJ no caso *Albron Catering*⁴ - ela torna-

² JOCHEN KREITNER, *Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsinhaberwechsel*, NZA 1990, pp. 429 e ss., p. 429.

³ Esta questão é normalmente apresentada como uma questão que interessa apenas no momento da determinação das consequências da transmissão, isto é, em sede de determinação dos efeitos jurídicos desta (assim FRANK BAYREUTHER, *Neues zum Betriebsübergang aus Erfurt und Luxembourg*, NZA 2020, pp. 1505 e ss., p. 1507: “Die Frage, ob und welche Arbeitsverhältnisse der übergehenden Einheit zuzuordnen sind, ist eine solche der Rechtsfolgeseite”). Parece-nos, no entanto, que pode importar a montante quando se discute se houve, ou não, a manutenção da maioria ou do essencial dos efetivos, como possível indício de transmissão, sem olvidar que há sempre que proceder a uma apreciação global, atendendo às circunstâncias do caso concreto para determinar se houve, ou não, transmissão de uma unidade económica.

⁴ Cfr. GERRIT FORST, *Leiharbeitnehmer im Betriebsübergang*, *Recht der Arbeit* 2011, pp. 228 e ss. O artigo 3.º n.º 1 da Diretiva aplica-se não apenas aos contratos de trabalho, mas também às relações de trabalho, o que implica, como observa CORD MEYER, *Betriebsübergang 4.0*, NZA 2020, pp. 1273 e ss, p. 1275, que dessas relações de trabalho fazem parte relações contratuais de facto e contratos de trabalho inválidos. Na doutrina portuguesa cfr., com especial interesse, MILENA ROUXINOL, *Transmissão da Unidade Económica*, in *Direito do Trabalho, Relação Individual*, João Leal Amado e Outros, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 849 e ss., pp. 873-875, discutindo quer o caso *Jouini contra Princess Personal Service GmbH*, C-458/05, de 13/09/2007, quer o caso *Albron Catering*, C-242/09, Acórdão de 21/10/2010. Tivemos já ocasião, no passado, de exprimir as nossas dúvidas sobre o real alcance do caso *Albron Catering* - cfr. JÚLIO GOMES, *Albron Catering* e a

se mais delicada quando se trate de um estabelecimento ou de uma parte de empresa ou parte de estabelecimento.

O conceito de unidade económica é um conceito que, em matéria de relações individuais de trabalho, praticamente só releva em sede de transmissão⁵. Por outro lado, este complexo de meios organizados depende na sua génese do exercício das faculdades do empregador como empresário - e do exercício no âmbito das relações de trabalho do poder de direção - sendo que, como destacou MANFRED LIEB, a organização da empresa pelo empresário/empregador influencia tanto a questão da identificação da unidade económica como a imputação dos trabalhadores a essa unidade⁶.

A doutrina alemã que tem discutido esta matéria com profundidade⁷ sublinha que para além dos trabalhadores afetados à unidade económica transmitida, que lhe “pertencem” em termos

relação de trabalho sem contrato de trabalho, *Questões Laborais*, ano XIX, 2012, n.º 39, pp. 127 e ss.

⁵ PETER GENTGES, *Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang, Recht der Arbeit* 1996, pp. 265, p. 266: para o direito individual do trabalho o que conta, em regra, não é a imputação de uma determinada relação ou de um determinado contrato de trabalho a uma certa unidade económica, mas antes simplesmente a este ou àquele empregador. Na doutrina francesa cfr. ANTOINE MAZEAUD, *L'affectation des salariés pour partie à l'entité transférée* (article L. 1224-1, C. Trav.), *Droit Social* 2009, pp. 265 e ss., p.266, que também sublinha que a imputação de um contrato ou relação de trabalho a uma unidade económica só assume relevo praticamente em sede de transmissão e só nesse momento é que ganha “visibilidade” (“Le transfert révèle la pluralité plus ou moins cachée de branches d'activité au sein de l'entreprise dont l'identité est maintenue. L'entité économique autonome n'a pas d'existence juridique reconnue en dehors du transfert. Elle ne se confond, ni avec l'entreprise, ni avec l'établissement distinct”).

⁶ MANFRED LIEB, *Betriebs- (Teil-)Übergang bei zentraler Unternehmensorganisation, Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1994, pp. 229 e ss.

⁷ Embora se encontrem na própria doutrina germânica vozes a lamentar que a questão não tenha sido objeto da atenção que se impunha... Cfr., por exemplo, PETER GENTGES, *Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang, Recht der Arbeit* 1996, pp. 265 e ss., p. 265.

organizacionais e que trabalham “no seu seio”, podem levantar-se questões de imputação, sobretudo, relativamente a dois tipos de trabalhadores⁸: em primeiro lugar, trabalhadores que realizam a sua atividade ora naquela unidade económica, ora em outras, dividindo o seu tempo de trabalho por essas diversas unidades e frequentemente por diversos locais de trabalho (por exemplo, o professor de uma universidade ou colégio privado que leciona em diversas escolas ou estabelecimentos de ensino); em segundo lugar, trabalhadores que realizam a sua atividade em serviços “centrais”, sendo que tal atividade é realizada em benefício de toda uma empresa ou estabelecimento (e, portanto, também, mas normalmente não só, da unidade económica transmitida). Este último grupo abrange não apenas cargos de administração, contabilidade e serviços jurídicos, gestão de recursos humanos, publicidade, mas também apoio técnico, serviços de vigilância e de portaria, cantina, para dar apenas alguns exemplos. No jargão especializado fala-se, não apenas em funções de overhead, mas também de *back office* e *front office*. Alguns autores autonomizam ainda certas funções transversais, mas que não estão centralizadas, como, por exemplo, algumas chefias e quadros intermédios, considerando-os pelo menos como um subgrupo daquele primeiro “grupo” ou “tipo” de trabalhadores que desempenham funções em várias unidades económicas⁹.

⁸ Neste sentido cfr. THOMAS MÜLLER/GREGOR THÜSING, Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang, ZIP 1997, pp. 1869 e ss., p. 1870.

⁹ HANS-PETER LÖW/HENDRIC STOLZENBERG, Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergang - Diener zwei Herren, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, pp. 1279 e ss., 1279, referem os trabalhadores que têm cargos intermédios, cuja atividade respeita à articulação de diferentes unidades.

Quanto àquele primeiro grupo de trabalhadores cuja atividade se desenvolve em várias unidades económicas a jurisprudência alemã - como também curiosamente alguma jurisprudência francesa - procurava, por vezes, apurar se se poderia encontrar uma unidade económica preponderante no quadro da qual se realizaria o essencial da atividade do trabalhador para tentar, por razões de conveniência prática, evitar a cisão dos contratos de trabalho. Quanto tal não for possível, as soluções propostas variam consideravelmente: os tribunais alemães atendem, por vezes, ao acordo entre transmitente e trabalhador ou entre transmitente e transmissário, mas tal solução é vivamente criticada por parte da doutrina que destaca que a transferência dos contratos de trabalho por efeito da transmissão da unidade económica é um efeito *ex lege* e imperativo¹⁰ que não deve ser contornado ou afastado pela vontade do transmitente e/ou do transmissário. Uma parte da doutrina propôs que se desse ao trabalhador que trabalhava em várias unidades económicas (que vão ser transmitidas para diferentes transmissários ou que só alguma irá ser transmitida, permanecendo a outra ou outras na titularidade do

¹⁰ KARL-GEORG LORITZ, Aktuelle Rechtsprobleme des Betriebsübergangs nach § 613a BGB, RdA 1987, pp. 65 e ss., p. 79. O BAG procura determinar se um trabalhador trabalha predominantemente para uma certa unidade económica (por exemplo, cargos de direção centralizados, mas também outros como pessoal técnico que efetua reparações ou presta serviços informáticos, porteiros e contínuos). Procura-se determinar antes da transmissão para qual unidade é que o trabalhador trabalhava essencialmente. Para tal haveria que atender em primeira linha à vontade dos interessados, noemadamente transmitente e trabalhador. O autor rejeita este entendimento - estamos a falar de consequências legais da transmissão, pelo que a vontade do empregador e do trabalhador não poderiam ser decisivas.

transmitente) um direito de opção^{11/12}. Para outros, ainda, a opção deveria caber ao transmitente. Mas o leque de soluções propostas é ainda mais amplo: na hipótese de a atividade do trabalhador se distribuir por exemplo por várias unidades económicas sensivelmente na mesma proporção alguma doutrina defendia, mesmo, que as normas sobre transmissão de unidade económica não poderiam aplicar-se a este trabalhador porque não seria possível manter o *status quo* e a transmissão envolveria necessariamente uma modificação do conteúdo do contrato de trabalho¹³; diferentemente, um outro segmento sustentava que neste caso o contrato de trabalho a tempo inteiro teria que cindir-se em contratos de trabalho a tempo parcial proporcionalmente à atividade desempenhada pelo trabalhador junto de cada uma das unidades económicas em causa¹⁴.

¹¹ GERRICK v. HOYNINGEN-HUENE/CHRISTINE WINDBICHLER, Der Übergang von Betriebsteilen nach § 613a BGB, Recht der Arbeit 1979, pp. 329 e ss., p. 334. Nos casos em que não fosse possível encontrar uma unidade económica a que o trabalhador dedicasse o essencial da sua atividade, o trabalhador teria um direito de opção.

¹² Sublinhe-se que recentemente o BAG se pronunciou expressamente no sentido de que não existe tal direito de opção. Cfr. JULIA ZANGE, Kein Wahlrecht der Arbeitnehmer bei dem Übergang von Betriebsteilen, Urteil Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21. Februar 2013 - AZR 877/11, Betriebs-Berater 2013, p. 1856.

¹³ JOCHEN KREITNER, ob. cit., p. 431. Para este autor a proteção do trabalhador não deve fazer-se a qualquer custo e a transmissão dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho pressupõe a possibilidade de manter a situação laboral tal como ela existe. Defendia que quando o trabalhador realizava a sua prestação em benefício de várias unidades económicas, sem que se pudesse identificar uma atividade preponderante, não seria possível no caso de transmissão de alguma (ou algumas delas a diferentes cessionários) manter o *status quo* e não operariam as regras sobre transmissão com a transmissão *ex lege*.

¹⁴ Assim, por exemplo, LENNART ELKING/MATTIS ASZMONS, Nicht zuzuordnende Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang - Neue Rechtsprechung, Theorie und Praxisempfehlung, Betriebs-Berater 2014, pp. 373 e ss., p. 378: a cisão da relação ou contrato de trabalho na medida em que só ocorra uma transmissão parcial conserva o *status quo* na medida do possível.

Quanto ao segundo grupo de trabalhadores - aqueles que trabalham em outros departamentos, frequentemente em “serviços centrais”, mas cuja atividade também “serve” a unidade económica transmitida - a maior parte da doutrina alemã exclui que possam ser considerados trabalhadores afetos à unidade económica transmitida, com a possível ressalva dos trabalhadores que trabalhem praticamente a tempo inteiro “para” essa unidade económica que vai ser transmitida. Assim, - e posição idêntica ou, pelo menos, similar, como veremos, foi a defendida pelo Advogado-geral no caso Botzen - se um jurista ou um contabilista, pertencendo embora ao departamento jurídico ou de contabilidade “central” alegar e provar que trabalha exclusivamente ou preponderantemente para aquela unidade económica deveria considerar-se como afeto materialmente a esta¹⁵.

Significativamente mais longe ia a tese sustentada por MANFRED LIEB. Para este autor, a circunstância de o empregador ter escolhido uma organização empresarial fortemente centralizada (com serviços centrais extensos) não deve prejudicar os trabalhadores e comprometer a sua tutela no caso de transmissão de uma unidade económica¹⁶. Em suma, o alcance da norma que prevê a transmissão

¹⁵ KREITNER, ob. cit., p. 430: no caso de um trabalhador dos „serviços centrais“ que dedique praticamente todo o seu tempo de trabalho realizando uma especial atividade para uma determinada unidade económica o local de trabalho é secundário e deve dar-se primazia à utilização do seu tempo de trabalho e considerá-lo como integrando essa unidade económica. CORD MEYER, Betriebsübergang 4.0, cit., p. 1275, refere que a utilização crescente do teletrabalho e a existência de estruturas menos rígidas e mais fluidas, bem como a consideração de novas tecnologias e novos métodos de organização (inclusive com a partilha da mesma organização com outras empresas) deveria ter consequências quanto ao conceito de estabelecimento (e de unidade económica) e torná-lo mais flexível.

¹⁶ Aut. e ob. cit., p. 231.

dos contratos de trabalho (na Alemanha o § 613a do BGB) não deveria depender da escolha organizatória do empregador („organisatorischen Zufälligkeiten“) que este tenha feito por motivos de racionalidade económica e os trabalhadores dos „serviços centrais“ não deveriam ficar em pior situação do que ficariam se tais funções tivessem sido „descentralizadas“. Deveriam, por conseguinte, ser imputados a uma unidade económica todos os postos de trabalho sem os quais ela não poderia funcionar autonomamente. Tal implicaria „transcender“ a organização concreta realizada pelo empregador e tentar determinar „mentalmente“ quais os postos de trabalho dos serviços „centrais“ de que dependia o funcionamento dessa unidade económica. Num segundo momento haveria que determinar quais as relações ou contratos de trabalho que correspondiam a esses postos de trabalho¹⁷.

Importa reconhecer que esta construção, que não se atém à organização concreta da empresa tal como configurada pelo empresário/empregador, não teve sucesso na Alemanha e tão-pouco corresponde, como veremos, à visão adotada pelo TJ.

A visão dominante atende à organização da empresa tal como concretamente realizada pelo empregador - e revelada por exemplo

¹⁷ Aut. e ob. cit., p. 236: „Dies gilt für alle Arbeitsleistungen, ohne die der ausgliedernde Betriebsteil nicht funktionsfähig wäre: ihm sind daher alle Arbeitsplätze zuzuordnen, die vorhanden und besetzt sein müssen, damit der - (später) durch Ausgliederung nunmehr real verselbständigte - Betriebsteil seine Aufgaben funktionsgerecht erfüllen kann (...) Dabei ist zwischen Arbeitsplätzen und Arbeitsverhältnissen, d.h. denjenigen Personen, die die betreffenden Arbeitsplätzen einnehmen, zu unterscheiden“.

pelos organigramas¹⁸, descrições de funções, etc. - para concluir que os trabalhadores afetos a serviços centrais que não estão formalmente integrados na unidade económica transmitida à data da transmissão não são abrangidos pelos efeitos legais da transmissão e não vêm os direitos e obrigações emergentes da sua relação ou do seu contrato de trabalho serem transmitidos *ex lege* para o transmissário.

Esta visão que atende à organização formal do empregador foi, parece-nos, a adotada pelo TJ no seu Acórdão Botzen¹⁹, em que se afirmou que „a relação de trabalho é caracterizada essencialmente pelo nexos que existe entre o trabalhador e a parte de empresa ou de estabelecimento à qual aquele está afeto para desempenhar as suas funções“, tendo o Tribunal excluído da transmissão trabalhadores que embora não pertencessem à parte transferida da empresa “exerciam certas atividades que implicavam a utilização de meios de produção ligados à parte transferida ou que, estando ligados a um serviço administrativo da empresa que não tenha sido transferido, executavam certas tarefas em benefício da parte transferida“, adotando um critério que parece atender apenas à organização do empregador^{20/21}.

¹⁸ GERT COMMANDEUR/WOLFGANG KLEINEBRINK, Die Änderungskündigung als Mittel zur Lösung von Zuordnungsproblemen beim Betriebsübergang, Neue Juristische Wochenschrift 2005, pp. 633 e ss., p. 633: Deve atender-se à organização concreta do empregador tal como ela se revela por exemplo por organigramas e descrições de funções.

¹⁹ Case 186/83, Arie Botzen and Others and Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV, 7 de fevereiro de 1985.

²⁰ PETER GENTGES, ob. cit., p. 271: o que foi decisivo para o TJUE no caso Botzen foi não o núcleo central da atividade („Tätigkeitsschwerpunkt“), mas a organização do empregador.

²¹ Veja-se o n.º 14: „The Commission considers that the only decisive criterion regarding the transfer of employees’ rights and obligations is whether or not a

É interessante destacar que neste mesmo caso o Advogado-Geral, Sir Gordon Slym, tinha proposto um critério que nos parece diverso: com efeito, tinha afirmado que se deveria questionar quem seria o empregador se a unidade económica já pertencesse a pessoa diferente do resto da empresa, afirmando que os trabalhadores, quer se tratasse de trabalhadores a tempo completo ou a tempo parcial, que dedicassem a totalidade ou quase totalidade do seu tempo de trabalho àquela unidade deveriam ser considerados como afetos à mesma. No entanto, sublinhe-se que o Advogado-Geral admitia que um trabalhador dos serviços centrais - por exemplo, alguém encarregado do processamento dos salários - podia ser considerado como trabalhador da unidade económica transferida caso se ocupasse exclusivamente com o processamento de salários dessa unidade²².

transfer takes place of the department to which they were assigned and which formed the organizational framework within which their employment relationship took effect“; o n.º 15: „The Commission’s view must be upheld. An employment relationship is essentially characterized by the link existing between the employee and the part of the undertaking or business to which he is assigned to carry out his duties. In order to decide whether the rights and obligations under an employment relationship are transferred under Directive No 77/187 by reason of a transfer within the meaning of Article 1 (1) thereof, it is therefore sufficient to establish to which part of the undertaking or business the employee was assigned“ e o n.º 16 do Acórdão: „(...) Article 3 (1) of Directive No 77/187 must be interpreted as not covering the transferor’s rights and obligations arising from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer and entered into with employees who, although not employed in the transferred part of the undertaking, performed certain duties which involved the use of assets assigned to the part transferred or who, whilst being employed in an administrative department of the undertaking which has not itself been transferred, carried out certain duties for the benefit of the part transferred“.

²² Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 8 November 1984, case 186/83, pp. 521-522: „A basic working test, it seems to me, is to ask whether, if that part of the business had been separately owned before the transfer, the worker would have been employed by the owners of that part or by the owners of the remaining part. The only exception I would admit to the requirement that an employee must be „wholly“ engaged in that part of the

Neste contexto não queremos deixar de referir que um preceito da nossa lei que pode revelar-se de aplicação delicada é o n.º 4 do artigo 285.º do CT. É inegável mérito de MAIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²³ e de MILENA ROUXINOL²⁴ terem chamado a atenção para o perigo de uma utilização abusiva da faculdade de transferência do trabalhador para outra unidade económica no contexto da „preparação“ da transmissão da unidade económica à qual estava afetado o trabalhador. Mesmo que a remissão para o artigo 194.º seja interpretada como referindo-se unicamente à transferência definitiva - poderá, porventura, sustentar-se que a transferência temporária não quebra a afetação funcional do trabalhador á

business would be where an employee was required to perform other duties to an extent which could fairly be described as *de minimis*. On the other hand, if a worker in fact is engaged in the activities of the whole business or in several parts then he cannot be regarded for the purpose of the Directive as an employee „of“ the part of the business transferred. Practical considerations, it seems to me, compel this result. An employee who works at several factories on e.g. maintenance or personnel work, or as a salesman for the whole range of products of the business, would otherwise be able to claim that he was transferred to the new owner of part only of the business. His job would then be very different in its scope and may be even in its place. That would seem contrary to the aim of the Directive which is to make a transfer of employment which is in all respects identical save as to the employer. Equally if two parts of the business were transferred respectively to different transferees, and another part were retained, the employee who worked in both or in a general department such as maintenance or accounts or sales, would, in theory, be able to claim that he had been transferred to each or at any rate to claim an option. That option does not seem to me to be conferred by the Directive (...) A person who works in the staff department, which is not transferred as a separate unit, may or may not be regarded as employed wholly in the part transferred. If, for example, he is a wages clerk dealing with the wages of all the staff he is not to be treated for the purposes of the Directive as employed in the part transferred. If, on the other hand, he works exclusively on the wages of the staff of the part transferred, he is to be regarded for the purposes of the Directive, and is in a real sense, the wages clerk of the transferred part“.

²³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 690-691.

²⁴ Ob. cit., p. 878.

unidade económica que virá a ser transmitida - importa reconhecer que a tutela do trabalhador assegurada pelo artigo 194.º se revela incompleta neste contexto. Além da possível existência de cláusulas de mobilidade geográfica e de determinação ampla do local de trabalho e da possibilidade de todo o regime previsto nos números 1 a 5 do artigo 194.º ter sido afastado por IRCT (n.º 6 do IRCT) parece que não haverá, em princípio, prejuízo sério quando a transferência de uma unidade económica para outra não implique qualquer deslocação significativa em termos geográficos (no limite as unidades económicas em causa podem situar-se no mesmo prédio ou em prédios vizinhos). A não ser que se introduza na ponderação do prejuízo sério sofrido pelo trabalhador a própria exclusão do seu contrato de uma transmissão da unidade económica a que estava afeto, transmissão porventura até já „agendada“. Haverá, pois, que atender com especial cuidado²⁵ à fundamentação que deve acompanhar a comunicação da transferência (artigo 196.º, n.º 2 do CT) e à própria proximidade temporal da transferência com a transmissão da unidade económica a que o trabalhador estava afeto²⁶, para

²⁵ MILENA ROUXINOL, ob. cit., p. 878: “ao empregador cumprirá fundamentar a ordem de transferência de forma particularmente consistente, de modo a que possa concluir-se que não tem por fundamento a própria transmissão”.

²⁶ Assim, por exemplo, na doutrina alemã WERNER THIENEMANN, *Der Umgebungs begriff im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung einzelner Umgebungsmodelle im Zusammenhang mit § 613a BGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, p. 277, que apesar de afirmar que, em princípio e na falta de acordo entre empregador e trabalhador cabe ao empregador no exercício do seu poder de direção decidir da afetação do trabalhador a uma unidade económica podendo alterar tal afetação, acaba por reconhecer que uma proximidade temporal entre essa alteração e a transmissão da unidade económica pode ser um indício de que a referida transmissão pode ser a verdadeira causa da mudança de afetação.

tentar determinar se houve uma utilização abusiva²⁷ ²⁸da faculdade de transferência.

No caso em que o TJ foi chamado a pronunciar-se, a ISS Facility Services „era responsável pela limpeza e manutenção de vários edifícios da cidade de Gante distribuídos por três lotes. O lote 1

²⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pp. 690-691, depois de sublinhar que com o regime do artigo 285.º n.º 4 e a remissão operada para o disposto no artigo 194.º é “fácil iludir o escopo tutelar da figura da transmissão da empresa ou estabelecimento”, reconhece expressamente a possibilidade de lançar mão ao princípio geral do abuso de direito.

²⁸ Também a doutrina alemã tem discutido a possibilidade de uma utilização abusiva ou fraudulenta da faculdade que o empregador tem de afetar os seus trabalhadores a esta ou àquela unidade económica no âmbito da sua organização empresarial. Sobre o tema cfr., por exemplo, LEONARD ELKING, *Zuordnungsentscheidung und Versetzung vor Betriebsübergang*, § 613 a IV 1 BGB als rechtliche Grenze, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2014, pp. 295 e ss. Sublinhe-se que esta utilização abusiva pode consistir não apenas em retirar trabalhadores de modo a „aligeirar“ a unidade económica e torná-la mais apetecível a uma transmissão, mas também no seu inverso, mormente quando se trata de uma transmissão „hostil“, sem relação negocial alguma entre transmitente e transmissário. Com efeito, o transmitente pode fazê-lo para impedir que certos trabalhadores acompanhem a unidade económica transmitida ou, ao invés, para tentar que os seus contratos de trabalho sejam transmitidos. E tanto pode fazê-lo agindo em conluio com o transmissário, como pode fazê-lo para tornar mais „apetecível“ a transmissão, como pode, inclusive, fazê-lo para prejudicar o transmissário aumentando o número de trabalhadores afeto àquela unidade económica ou afetando a esta os trabalhadores que considera menos „desejáveis“ (menos produtivos, mais conflituosos ou com passado disciplinar, etc.). Destaque-se, no entanto, que enquanto ELKING defende que se deve tutelar no âmbito da transmissão de unidade económica o próprio posto de trabalho funcionalmente entendido, não falta quem na Alemanha defenda que as regras sobre transmissão não visam uma tutela do posto de trabalho nessa aceção, mas apenas da continuidade da relação de trabalho - sobre o tema que não podemos desenvolver no contexto desta anotação cfr. CARLO SCHMIDT, *Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang*, *Nomos*, Baden-Baden, 2020. Em todo o caso este último autor embora negue que as normas sobre transmissão de unidade económica visem assegurar a proteção do posto de trabalho na sua aceção funcional (ob. cit., p. 196), admite que em casos excepcionais possa haver uma utilização abusiva do poder de direção, nomeadamente quando o trabalhador que estava afetado à unidade económica que vai ser transmitida, é reafetado pouco antes da transmissão para outra unidade económica, sendo o seu posto de trabalho suprimido a breve trecho (p. 220).

compreendia os museus e edifícios históricos; o lote 2 bibliotecas e centros comunitários; o lote 3 compreendia os edifícios administrativos“ (n.º 10 do Acórdão). A cidade de Gante abriu um concurso público relativo à totalidade dos lotes para o período compreendido entre 1 de setembro de 2013 e 31 de agosto de 2016 e a 13 de junho de 2013 a proposta da ISS não foi selecionada, sendo que os lotes 1 e 3 foram adjudicados à Atalian, ao passo que o lote 2 foi adjudicado à Cleaning Masters NV (n.º 11 do Acórdão). S. Govaerts era uma das trabalhadoras da ISS Facility Services que, tendo trabalhado no passado como empregada de limpeza²⁹, era agora - desde 1 de abril de 2013³⁰ - gestora do setor ou gestora do projeto³¹ que abrangia os três lotes em causa.

Na sequência dos resultados do concurso a ISS Facility Services informou a trabalhadora S. Govaerts e a Atalian que, em seu entender, e por aplicação da convenção coletiva n.º 32 *bis*, a sua posição de empregador no contrato de trabalho com aquela tinha-se transmitido para a Atalian na totalidade por ser esta empresa o principal cessionário³². Sublinhe-se, desde já, que a questão, tal

²⁹ Veja-se o n.º 15 das Conclusões: “S. Govaerts trabalhou como empregada de limpeza desde 16 de novembro de 1992 para a Multiple Immo Services NV e depois para as suas sucessoras legais, designadamente em último lugar a ISS Facility Services. Esteve vinculada ao seu empregador por três diferentes contratos de trabalho a tempo parcial“. No n.º 16 das Conclusões afirma-se que „Em 1 de setembro de 2004, S. Govaerts celebrou um novo contrato de trabalho por tempo indeterminado com a ISS Facility Services, tendo mantido a antiguidade adquirida desde 16 de novembro de 1992 (...) Em 1 de Abril de 2013, S. Govaerts tornou-se gestora de setor dos três locais correspondentes a esses lotes“.

³⁰ N.º 16 das Conclusões. Aí se informa igualmente que S. Govaerts “esteve incapacitada para o trabalho no período de 23 de abril a 26 de julho de 2013.

³¹ N.º 10 do Acórdão.

³² N.º 18 das Conclusões: Em 1 de julho de 2013 a ISS Facility Services informou a Atalian de que, uma vez que S. Govaerts estava a trabalhar a tempo inteiro nesses locais, que tinham sido retomados pela Atalian em aproximadamente 85%,

como, aliás, veio a ser discutida nos tribunais belgas, passava pela interpretação de uma convenção coletiva³³ com força obrigatória geral que tinha transposto a Diretiva 2001/23/CE. A posição assumida pela ISS Facility Services foi rejeitada tanto pela trabalhadora como pela Atalian³⁴. Em 3 de setembro de 2013, a trabalhadora intentou uma ação no Tribunal do Trabalho de Gante contra a ISS Facility Services e contra a Atalian, pedindo, entre outros pedidos, uma indemnização por incumprimento do aviso prévio.

Sublinhe-se, desde já, que a trabalhadora considerava não ter sido abrangida pela transferência. Invocava, para o efeito, várias razões: não trabalhava diretamente na limpeza dos locais, exercendo antes funções administrativas; não poderia haver uma transmissão simultânea para vários cessionários e pouco tinha trabalhado como chefe de projeto já que só tinha sido nomeada pouco antes da transmissão e tinha ficado incapacitada para o trabalho pouco depois³⁵. O Tribunal do Trabalho de Gante deu razão à trabalhadora,

a convenção coletiva de trabalho n.º 32 bis deveria ser-lhe aplicável. A Atalian contestou esta posição desde 3 de julho de 2013.

³³ Nota 25 das Conclusões: A convenção coletiva de trabalho n.º 32 bis assinada no seio da comissão paritária para as empresas de limpeza e de desinfeção, relativa à integração do pessoal na sequência de uma transferência do contrato de manutenção adquiriu força obrigatória geral por Decreto Real de 19 de junho de 2006. Estava em jogo o artigo 7.º dessa convenção. Cfr. também o n.º 8 do Acórdão: n.º 8: A convenção coletiva de trabalho n.º 32 bis de 7 de junho de 1985 transpôs a Diretiva 2001/23. „É pacífico que esta transposição foi efetuada em conformidade com esta diretiva“.

³⁴ N.º 15 do Acórdão: ”A Atalian em 3 de setembro de 2013 informou a ISS de que não considerava que tivesse havido transferência de empresa na aceção da convenção coletiva n.º 32 bis.“

³⁵ N.º 47 das Conclusões: „Quanto ao requisito segundo o qual a transferência deve ter por objeto uma empresa, um estabelecimento, ou uma parte de um estabelecimento, S. Govaerts alega, contrariamente ao decidido pelo órgão jurisdicional de reenvio, que não pode haver transferência de uma empresa na

considerando que a convenção coletiva de trabalho n.º 32 *bis* não se lhe aplicava, uma vez que ela „era responsável, enquanto gerente de setor, pela planificação e acompanhamento da execução dos trabalhos de limpeza, ou seja, era responsável pelas tarefas administrativas e de organização e não participava, nos locais da cidade de Gent, nos trabalhos de limpeza que tinham sido objeto da transferência“³⁶. Tendo a ISS Facility Services interposto recurso, o Tribunal Superior do Trabalho de Gante decidiu, ao invés, que „uma vez que as funções de S.Govaerts dizem exclusivamente respeito aos locais da cidade de Gante“ a mesma fazia parte da empresa transferida e era abrangida pelo artigo 7.º da convenção coletiva de trabalho n.º 32 *bis*. O Tribunal de recurso interrogou-se, outrossim, sobre as consequências, à luz do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2001/23/CE, desta transferência sobre o contrato de trabalho de S. Govaerts³⁷.

Nas suas Conclusões o Advogado-Geral trata extensamente da questão da imputação do contrato de trabalho de S. Govaerts à entidade transmitida e tomando como ponto de partida,

aceção do artigo 1.º da Diretiva 2001/23 quando uma entidade económica é transferida para vários cessionários. S. Govaerts alega, com base nos n.os 36 e 41 do Acórdão CLECE, relativo à transferência de empresas no âmbito de uma adjudicação de serviços de limpeza, bem como no Acórdão Botzen e o. que uma transferência de empresa não inclui trabalhadores que, estando afetos a um serviço administrativo da empresa que não foi transferido, efetuavam determinadas tarefas para a parte transferida da empresa. S. Govaerts conclui daqui que, como não estava permanente e especificamente afeta a um ou a vários dos serviços transferidos, não fazia parte da entidade económica que foi objeto de uma transferência de empresa. Afirma que „mal“ trabalhou nos locais de limpeza em questão, tendo em conta a data em que lhe foram confiados e a sua incapacidade para o trabalho durante o período compreendido entre 23 de abril e 26 de julho de 2013“.

³⁶ N.º 24 das Conclusões.

³⁷ N.º 27 das Conclusões.

expressamente, o Acórdão Botzen³⁸, conclui que a trabalhadora como „chefe de projeto“ se enquadrava nessa entidade e trabalhava „no seu seio“³⁹. Sublinhou igualmente que decisivo é o momento em que ocorre a transmissão da unidade económica, pouco importando que a trabalhadora tenha sido enquadrada nessa entidade pouco tempo antes⁴⁰.

Em claro contraste, o Acórdão pressupõe que tal questão já se acha resolvida pelo tribunal de reenvio⁴¹. Como referiu, entre nós, PEDRO OLIVEIRA⁴² o Tribunal limitou-se a responder à questão que

³⁸ Números 64 e ss. das Conclusões.

³⁹ N.º 54: „Consequentemente, na minha opinião, uma vez que, conforme resulta da decisão de reenvio, S. Govaerts, enquanto gerente de setor, fazia parte do grupo autónomo de trabalhadores transferidos para o qual tinha de prever um enquadramento especial, tanto *in situ* como na sede da empresa, é evidente que, como a Comissão assinalou corretamente, estava afeta à entidade económica transmitida. A situação teria sido diferente se S. Govaerts não tivesse realizado a maioria das suas atividades no quadro da entidade económica em questão, mas se „tivesse sido colocada num serviço administrativo da empresa que não tivesse sido transferido e tivesse realizado certas tarefas em benefício da parte transferida“. Este não é, todavia, o caso, uma vez que S. Govaerts era responsável, no seio da entidade económica transferida, pela planificação e organização dos trabalhos a realizar nos locais correspondentes aos três lotes da cidade de Gent, sendo que, por conseguinte integrava o conjunto dos trabalhadores abrangidos pela transferência da empresa“.

⁴⁰ N.º 54 das Conclusões: „O fator decisivo para determinar a pertença de S. Govaerts a uma entidade económica não é, portanto, a duração do período durante o qual esteve ligada a essa entidade económica antes da transferência, mas o facto de ser gerente de setor nos três lotes transferidos e de, consequentemente, ter assegurado a coordenação e direção do pessoal de limpeza dessa entidade económica, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar“.

⁴¹ N.º 21 do Acórdão: „Uma vez que as tarefas de S. Govaerts diziam exclusivamente respeito aos estaleiros da cidade de Gante, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a interessada fazia parte em 1 de setembro de 2013 da empresa transferida e interroga-se, portanto, sobre as consequências, à luz do artigo 3.º n.º 1 da Diretiva 2001/23, desta transferência de empresa para o contrato de trabalho de S. Govaerts“.

⁴² PEDRO OLIVEIRA, ob. cit., p. 272: „Escudando-se no recorte do reenvio feito pela instância belga, o Tribunal de Justiça omitiu por inteiro o primeiro ponto referido, o de saber se a trabalhadora fazia parte ou não da unidade económica transmitida“.

lhe fora colocada quanto às consequências da transmissão para uma pluralidade de cessionários, dando como pressuposta a afetação de S. Govaerts à unidade económica transmitida. Para ROBERTO COSIO a afetação da trabalhadora como *branch manager* era tão evidente que o Tribunal não sentiu necessidade de se pronunciar⁴³. Pela nossa parte, à razão aduzida por PEDRO OLIVEIRA, pensamos que pode acrescentar-se uma outra: como referido, os tribunais belgas discutiram sobretudo a interpretação a dar às normas internas de transposição da diretiva que no caso constavam de uma convenção coletiva com eficácia *erga omnes*, tendo sido por força da interpretação dessa convenção que o órgão judicial de reenvio chegou à conclusão de que a trabalhadora cabia no âmbito de aplicação da diretiva. O TJ evitou entrar na matéria da interpretação de normas nacionais^{44/45}.

O TJ já se tinha pronunciado no sentido de a transmissão poder ocorrer para uma pluralidade de transmissários, não devendo excluir-se a aplicação da Diretiva por essa razão⁴⁶.

⁴³ ROBERTO COSIO, *Appalti e trasferimenti d'impresa. Il trasferimento dell'impresa a due cessionari*, Il Lavoro nella Giurisprudenza 2020, n.º 12, pp. 1153 e ss., p. 1156.

⁴⁴ Tanto mais que não parece ser de excluir que uma norma interna de transposição da diretiva opte por uma ampliação mais favorável aos trabalhadores das relações e contratos de trabalho afetos a uma unidade económica. Neste sentido pronunciou-se ALVENSLEBEN invocando o artigo 8.º da Diretiva, *cit apud* MANFRED LIEB, *ob. cit.*, p. 240, n. 25.

⁴⁵ No sentido de que o presente Acórdão não representou qualquer revisão da solução encontrada no Acórdão Botzen, tanto mais que parece poder afirmar-se que a trabalhadora não pertencia a serviços “centrais”, cfr. GIOVANNI SPINELLI, *Successione di più imprenditori nell'unico appalto. Le sorti dei rapporti trasversali alle parti di azienda trasferite*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2020, parte II, pp. 492 e ss., pp. 495-496.

⁴⁶ Como o Advogado-Geral destaca, no n.º 55 das suas Conclusões, “o Tribunal de Justiça já decidiu que a circunstância de uma entidade económica ser dissolvida e de as suas atividades serem transferidas para duas outras entidades não

Note-se, em todo o caso, que em certo sentido atingimos aqui os limites de uma ficção. Como alguns autores^{47/48} muito bem destacaram na transmissão da unidade económica tudo é frequentemente apresentado como se nada mudasse a não ser a identidade do empregador - o que, diga-se de passagem, já não nos parece pouco... - permanecendo intocado o contrato de trabalho que continua com o transmissário. Mesmo quando há só um transmissário esta visão revela-se frequentemente pouco realista - para dar apenas um exemplo, bem pode suceder que o transmitente pudesse conceder aos trabalhadores daquela unidade económica certos serviços ou *fringe benefits* que o transmissário não pode manter⁴⁹. Mas a ficção é patente quando por força da transmissão a vários cessionários se chegue à conclusão de que um contrato de trabalho a tempo completo se vai cindir em vários contratos de trabalho a tempo parcial. Neste caso, a modificação operada é de uma tal grandeza

constitui, em si, um obstáculo à aplicabilidade da Diretiva 2001/23” (n.º 44 do Acórdão de 20 de julho de 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16).

⁴⁷ MICHEL HENRY, Aux limites de l’article L. 122-12, Droit Social 2006, pp. 274 e ss., p. 274 („L’article L. 122-12 tire sa force de cette affirmation simple qu’en cas de transfert, il ne se passe rien sur le plan contractuel. Le salarié passe au service d’un nouvel employeur par le seul effet de la loi (...) un événement majeur dans la vie professionnelle est traité comme un non-événement juridique au prix d’une fiction, „le maintien aux mêmes conditions des contrats de travail“). Mas o autor acrescentava, ob. cit., pp. 275-276, que é difícil preservar a ficção quando a transmissão opera uma modificação do contrato de trabalho por ocorrer, por exemplo, a cisão da unidade económica, convertendo-se um contrato de trabalho a tempo completo em dois contratos de trabalho a tempo parcial („or l’article L. 122-12 assure la poursuite de la relation de travail aux mêmes conditions. Ce serait donc lui conférer un effet antinomique à sa finalité que d’invoquer son caractère impératif pour imposer une modification du contrat autre que celle intervenue dans la personne de l’employeur“).

⁴⁸ Entre nós cfr. MILENA ROUXINOL, ob. cit., p. 850, n. 5.

⁴⁹ O transmitente tinha uma cantina, uma creche para filhos dos trabalhadores, concedia milhas grátis como companhia de transporte aéreo ou descontos na compra de certos produtos...

que alguns autores chegaram, inclusive, a defender que um tal resultado exorbitava da manutenção do *status quo* visada pelo regime da transmissão de unidade económica⁵⁰. O argumento, aliás, foi esgrimido tanto por S. Govaerts, como pelo transmissário „principal“ Atalian⁵¹. O Tribunal veio - na esteira das Conclusões do Advogado-Geral - a rejeitar este entendimento que, em grande medida, frustraria os escopos da Diretiva, invocando, precisamente, a necessidade de preservar o efeito útil da Diretiva⁵².

Mas se a transmissão de unidade económica na aceção da Diretiva não é afastada pela existência de uma pluralidade de cessionários quais são as consequências de tal transmissão? O órgão jurisdicional de reenvio colocava na sua questão duas possibilidades - uma vez descartada a possibilidade avançada a título subsidiário da exclusão do regime da transmissão neste caso - a saber, a manutenção da relação ou do contrato de trabalho apenas com um dos transmissários, que pudesse ser considerado o principal⁵³, ou a cisão da relação ou contrato de trabalho, que se manteria com os

⁵⁰ JOCHEN KREITNER, ob. cit., p. 430 (sobretudo para os casos em que não se pudesse afirmar que um trabalhador estivesse principalmente afetado a uma unidade económica, quando prestava o seu trabalho em várias).

⁵¹ Conclusões n.º 39: “S. Govaerts e a Atalian alegam que, quando uma entidade económica for transferida para vários cessionários, não pode existir transferência de empresa, na aceção desta disposição [o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2001/23/CE]” (ver também o n.º 47 das Conclusões).

⁵² N.º 28 do Acórdão: “a hipótese equacionada a título subsidiário pelo órgão jurisdicional de reenvio deve ser afastada, na medida em que equivale a excluir a manutenção dos direitos e das obrigações emergentes do contrato de trabalho existente à data da transferência da empresa e, portanto, a privar de efeito útil a Diretiva 2001/23”.

⁵³ “Ou devem as mesmas [as disposições do artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/23] ser interpretadas no sentido de que os referidos direitos e obrigações são transferidos na totalidade para o cessionário da parte da empresa onde o referido trabalhador esteve principalmente afetado?”

transmissários na proporção da afetação do trabalhador à parte da empresa transmitida a cada um dos cessionários⁵⁴?

Esta questão que se colocava pela primeira vez ao Tribunal - sendo certo que como este destaca no próprio Acórdão, a Diretiva não prevê a hipótese de uma transferência que envolva vários cessionários⁵⁵ - foi decidida por este em termos extremamente lacónicos. Aliás, pode concordar-se com JACOB JOUSSEN⁵⁶, quando este autor afirma que a decisão é surpreendentemente sucinta, estendendo-se por apenas 39 números e dedicando à fundamentação da resposta a uma questão nova e delicada como esta um total de 16 números (do n.º 23 ao n.º 38). A fundamentação assentou exclusivamente na teleologia da Diretiva tal como esta é interpretada pelo Tribunal, pelo menos desde o caso *Alemo-Herron*, ou seja, a tutela não apenas dos interesses dos trabalhadores, mas também dos interesses do cessionário⁵⁷. O Tribunal afastou, por conseguinte, a solução da manutenção da relação ou contrato de trabalho apenas com o transmissário principal, porque tal solução, salvaguardando embora os interesses do trabalhador (n.º 30),

⁵⁴ "Devem as disposições do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva [2001/23] ser interpretadas no sentido de que, no caso da transferência simultânea de diferentes partes de uma empresa na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da diretiva, sendo estas cedidas a diferentes cessionários, os direitos e as obrigações emergentes do contrato de trabalho, existente à data da transferência, de um trabalhador que trabalhou em todas as partes cedidas [,] são transferidos para cada um dos cessionários na proporção da afetação do referido trabalhador à parte da empresa obtida por cada cessionário?"

⁵⁵ N.º 24 do Acórdão.

⁵⁶ JACOB JOUSSEN, *Anmerkung*, ZESAR 2020, n.º 9, pp. 397 e ss.

⁵⁷ N.º 26 do Acórdão: „A Diretiva 2001/23 não tem unicamente por objetivo salvaguardar os interesses dos trabalhadores, aquando de uma transferência de empresa, mas pretende assegurar um justo equilíbrio entre os interesses destes últimos, por um lado, e os do cessionário, por outro (v., neste sentido, Acórdão de 18 de julho de 2013, *Alemo-Herron* e o., C-426/11, EU:C:2013: 521, n.º 25)“.

abstrairia dos interesses do cessionário „que vê transmitir-se para ele os direitos e as obrigações emergentes de um contrato de trabalho a tempo inteiro, sendo que o trabalhador em causa apenas exerce as suas funções para ele a tempo parcial“ (n.º 31), para optar pela solução da cisão do contrato de trabalho e pela „transferência dos direitos e obrigações emergentes de um contrato de trabalho para cada um dos cessionários, na proporção das funções exercidas pelo trabalhador“, como sendo a solução que possibilita „um justo equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos trabalhadores e a salvaguarda daqueles dos cessionários“^{58/59/60}.

Antes de analisar mais de perto a solução encontrada e os problemas que a mesma suscita convirá destacar que a doutrina especializada que se pronunciou sobre este Acórdão e que pudemos consultar se pronunciou maioritariamente em sentido muito crítico. A cisão do contrato de trabalho nos casos de transmissão para vários transmissários tinha sido já ensaiada por exemplo pelos tribunais

⁵⁸ N.º 34 do Acórdão.

⁵⁹ No sentido de que não se trata aqui de uma verdadeira fundamentação cfr., todavia, JACOB JOUSSEN, ob. cit., p. 398., para quem o recurso exclusivo à teleologia da Diretiva esbate a fronteira entre interpretação e criação de direito (“Rechtsfortbildung”).

⁶⁰ O Tribunal teve o cuidado de afirmar que „esta cisão não pode ser excluída pelo simples facto de implicar a transferência para um dos cessionários de um contrato de trabalho que tenha por objeto um número reduzido de horas de trabalho“ (n.º 33 do Acórdão), rejeitando assim o argumento de que o direito belga exigia período normal de trabalho mínimo para que pudesse existir um contrato de trabalho a tempo parcial. Respondeu, assim, a um argumento esgrimido pelo transmissário Atalian que referira que segundo a legislação belga o tempo de trabalho semanal a tempo parcial não pode ser inferior a um terço do tempo de trabalho semanal a tempo inteiro e „consequentemente, uma distribuição proporcional dos direitos e obrigações que emergem de um contrato de trabalho entre várias entidades cessionárias poderia conduzir a uma violação do direito nacional“ (n.º 63 das Conclusões).

franceses⁶¹, muito antes do presente Acórdão do TJ, mas tinha suscitado alguma hostilidade. A transformação de um contrato de trabalho a tempo completo em dois ou mais contratos de trabalho a tempo parcial foi criticada como sendo, desde logo, uma solução artificial e pouco realista⁶². Para outros traduzir-se-ia sempre em uma deterioração ou degradação das condições de trabalho. A decisão do TJ, por seu turno, foi qualificada como uma vã tentativa de encontrar um equilíbrio impossível entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos transmissários⁶³. Representaria,

⁶¹ Em França a Cassation já decidira que a transmissão parcial de um estabelecimento a uma outra sociedade obrigava esta última a manter o contrato de trabalho de uma secretária no limite do tempo de trabalho anteriormente efetuado pela trabalhadora nessa parte que fora transmitida (Cass. soc. 8 juillet 2009, RJS 2009, n.º 835). No entanto em algumas outras decisões procurara identificar o transmissário parcial para defender que a transmissão do contrato de trabalho ocorrera apenas com este. Segundo informa SÉBASTIEN TOURNAUX, *La scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'activité*, *Droit Social* 2021, n.º 1, pp. 28 e ss., p. 29, a Cour de cassation francesa já teve ocasião de seguir expressamente a posição do Acórdão do TJ objeto da presente anotação. Num caso francês decidido a 30 de setembro de 2020 uma sociedade de advogados que tinha três escritórios em Nice, Menton e Grasse alienou estes dois últimos. Uma advogada trabalhadora subordinada que realizava a sua atividade em Nice e em Menton foi informada que o seu contrato de trabalho era transferido em metade para a outra sociedade de advogados. A trabalhadora reagiu invocando um incumprimento contratual porque a transformação do seu contrato de trabalho a tempo completo em contrato de trabalho a tempo parcial estava a ser realizada sem o seu acordo. A Cour de cassation, alinhando a sua posição com o Tribunal de Justiça, veio afirmar que quando o trabalhador está simultaneamente afetado a uma parte da empresa ou estabelecimento que é transmitida e a outra que não o é, o contrato de trabalho desse trabalhador é parcialmente transmitido relativamente à proporção da atividade consagrada à parte transmitida, salvo se a cisão parcial é impossível, acarreta uma deterioração das condições de trabalho ou uma lesão dos direitos do trabalhador garantidos pela diretiva.

⁶² PATRICK MORVAN, *Transfert d'entreprise. Divisibilité du contrat de travail transféré*, *JCP/La Semaine Juridique - Édition Sociale*, n.º 28, 13 juillet 2010, 1297, pp. 23 e ss., p. 24: „uma situação surreal“ („La divisibilité engendre une situation surréaliste“).

⁶³ NATHALIE MIHMAN, *Le transfert d'une entité économique à deux cessionnaires: de quel emploi la Cour de Justice préserve-t-elle la stabilité?*, *Revue de Droit du Travail* 2020, pp. 401 e ss., p. 403: „particulièrement vaine“.

além disso, uma grave violação da liberdade contratual do trabalhador⁶⁴ ao impor-lhe não apenas a mudança de empregador que a transmissão de unidade económica acarreta, mas uma mudança de „estatuto“ ou conteúdo contratual, transformando-se, sem o seu consentimento, um contrato a tempo completo em dois (ou mais) contratos a tempo parcial.

Pela nossa parte não partilhamos esta crítica. Em primeiro lugar, a transferência dos direitos e obrigações emergentes do contrato (ou relação de trabalho) apenas para o transmissário principal pressupõe a identificação de um transmissário principal o que nem sempre é possível. Caso se recorra ao tempo de trabalho dispendido com cada uma das unidades económicas transmitidas pode suceder que o trabalhador se deva considerar afeto a cada uma delas em medida sensivelmente igual. Mas mesmo que haja um cessionário principal não parece razoável exigir-lhe que passe a ter uma relação de trabalho a tempo completo com um trabalhador que apenas dedicava à parte que foi transmitida para aquele transmissário uma fração do seu tempo de trabalho, o que implicaria impor ao transmissário custos muito mais elevados do que aqueles que o transmitente suportava em relação àquela parte⁶⁵. Sem irmos ao ponto de invocar,

⁶⁴ Assim, por exemplo, JACOB JOUSSEN, ob. cit., pp. 399-400, para quem a solução encontrada não só levanta problemas práticos („praxisfern“), nomeadamente em matéria de tempo de trabalho, e é artificial, como representa uma grave violação da liberdade contratual do trabalhador. Com efeito, não apenas lhe é imposta uma modificação da identidade do empregador, mas também uma modificação do conteúdo do contrato. O contrato de trabalho a tempo completo converte-se em dois ou mais contratos de trabalho a tempo parcial e o trabalhador passa a ter vários parceiros contratuais sem o seu consentimento („es widerspricht den Grundsätzen der Vertragsfreiheit fundamental“).

⁶⁵ No mesmo sentido GIOVANNI SPINELLI, ob. cit., p. 497: não é exigível ao transmissário receber uma prestação de trabalho a tempo completo quando

como fez o Advogado-Geral, que tal se traduziria em uma melhoria das condições de trabalho para o trabalhador, importa reconhecer que a situação do novo empregador acabaria por ser aqui muito diversa da situação do transmitente em relação à parte objeto da transmissão ao primeiro, implicando custos salariais agravados o que, de resto, bem poderia implicar a necessidade a breve trecho de supressão de postos de trabalho.

Decorre tanto das Conclusões, como do Acórdão, que o Advogado-Geral e o Tribunal tiveram plena consciência das dificuldades práticas suscitadas por esta solução.

Em primeiro lugar, sublinhe-se que a solução de cindir o contrato de trabalho implica, desde logo, determinar qual o critério a atender para proceder à referida cisão. A este propósito o Acórdão remete, em boa medida, a resposta para os tribunais nacionais. Assim o Tribunal afirma expressamente que „(...) incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar as modalidades de uma eventual partilha do contrato de trabalho. A este respeito, este último pode tomar em consideração o valor económico dos lotes a que o trabalhador está afetado, como sugere a ISS, ou o tempo que este consagra efetivamente a cada lote, como propõe a Comissão Europeia“⁶⁶. Muito embora nos pareça do ponto de vista da prestação do trabalhador mais razoável, em princípio, atender a este último critério, como sustentaram já entre nós ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO e LILIANA SILVEIRA DE FREITAS⁶⁷, é patente a incerteza

relativamente ao que lhe foi transmitido o trabalhador apenas prestava um número de horas de trabalho inferior.

⁶⁶ N.º 32 do Acórdão.

⁶⁷ Ob. cit., p. 575.

assim criada, tanto mais que se pode questionar se, no caso concreto, não se poderá atender a outros critérios⁶⁸.

Como já dissemos, tanto o Advogado-Geral, como o próprio Tribunal, tiveram consciência de que a solução da cisão do contrato de trabalho pode levantar dificuldades práticas e até jurídicas muito significativas para o trabalhador em causa.

O Advogado-Geral destacou que „tal como [a Diretiva 2001/23] não pode ser invocada para melhorar as condições de trabalho do trabalhador afetado pela transferência da empresa, esta diretiva também não pode ser invocada para as deteriorar“⁶⁹ e propôs, por conseguinte, que „[a]ssim, caso a cisão do contrato de trabalho em causa se revele impossível entre os dois cessionários ou afete a manutenção dos direitos dos trabalhadores garantidos pela referida diretiva ou se o trabalhador recusar, após a transferência da empresa, a cisão do seu contrato de trabalho, o contrato de trabalho ou a relação de trabalho em causa podem ser resolvidas, devendo essa resolução ser considerada da responsabilidade dos cessionários ao abrigo do artigo 4.º n.º 2 da Diretiva 2001/23. Com efeito, parece-me que a possibilidade de o trabalhador recusar tal cisão do seu contrato de trabalho e de invocar o artigo 4.º n.º 2, da referida

⁶⁸ PATRICK MORVAN, ob. cit., p. 24. O autor que, aliás, considera algo artificial quantificar a percentagem exata do contrato de trabalho que é cedido a cada um dos novos empregadores, defende que o tempo de trabalho pode nem sempre ser a referência mais pertinente, por exemplo no caso de vendedores em que o volume de negócios („chiffre d'affaires“) realizado para cada uma das partes transmitidas poderia ser mais relevante. ALEXANDER BÖMER, Betriebsübergang: Aufteilung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses in zwei Teilzeitbeschäftigungen, EuZA 2021, pp. 73 e ss., p. 82, observa que os critérios mencionados pelo Tribunal se referem a realidades variáveis no tempo e difíceis de aferir, concluindo que a incerteza resultante será, em última análise, suportada pelo trabalhador.

⁶⁹ N.º 77 das Conclusões.

diretiva é justificada pelo facto de a referida cisão, pela sua própria natureza, poder ter desvantagens significativas para o trabalhador, nomeadamente no que diz respeito ao desempenho das suas funções⁷⁰, acrescentando „[n]omeadamente, no que diz respeito à distância entre as sedes dos dois cessionários ou à sincronização das férias anuais do trabalhador⁷¹.

Por seu turno, o Tribunal depois de ter igualmente sublinhado que „esta diretiva não pode ser invocada para deteriorar as condições de trabalho do trabalhador afetado por uma transferência de empresa⁷², e invocado o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva, conclui que „[p]or conseguinte, conforme salientou o advogado-geral no n.º 79 das suas conclusões, se a cisão do contrato se revelar impossível ou implicar uma deterioração das condições de trabalho e dos direitos do trabalhador garantidos pela Diretiva 2001/23, esse contrato pode ser rescindido, devendo considerar-se, por força do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/23, que a rescisão ocorreu devido ao ou aos cessionários, ainda que esta rescisão tenha ocorrido por iniciativa do trabalhador⁷³.

Muito embora nas suas Conclusões o Advogado-Geral tenha referido, como vimos, que o trabalhador pode recusar a transferência não estava com isto, segundo cremos, a referir-se a qualquer direito de oposição que não está previsto na Diretiva⁷⁴

⁷⁰ N.º 79 das Conclusões.

⁷¹ Nota 54 das Conclusões.

⁷² N.º 35 do Acórdão.

⁷³ N.º 37 do Acórdão.

⁷⁴ E daí que a observação do Advogado-Geral tenha sido criticada por alguns autores alemães. Vejam-se, por exemplo, DANIEL HLAVA/JOHANNES HÖLLER/ERNESTO KLENGEL, *Verfahren vor dem EuGH, NZA 2020*, pp. 432 e ss., p. 433.

(embora seja compatível com esta, como o TJ já teve ocasião de referir). A possibilidade de recusa após a transferência refere-se à possibilidade de resolver o contrato de trabalho, tal como previsto no artigo 4.º n.º 2 da Diretiva e assim foi apreendida pelo TJ no seu Acórdão. Muito embora o Advogado-Geral tenha afirmado que a cisão do contrato de trabalho „pela sua própria natureza“ é suscetível de ter consequências prejudiciais para o trabalhador, parece-nos que tanto as suas Conclusões, como sobretudo o Acórdão excluem que a mera conversão de um contrato de trabalho a tempo completo em dois (ou mais) contratos de trabalho a tempo parcial seja automaticamente fundamento para a resolução⁷⁵, tendo o trabalhador que invocar um prejuízo concreto para poder resolver o contrato⁷⁶.

Sublinhe-se que as questões que se podem colocar decorrem, não apenas de problemas práticos como a falta de sincronização dos vários transmissários na marcação dos dias de descanso semanal ou nos dias de férias, mas de obstáculos jurídicos à existência em simultâneo de vários contratos de trabalho do mesmo trabalhador com vários empregadores para o exercício de funções similares: pense-se na eventualidade de os transmissários serem concorrentes

⁷⁵ Para uma parte da doutrina (cfr., por exemplo, PEDRO OLIVEIRA, ob. cit., pp. 279-280) a mera conversão do contrato de trabalho a tempo completo em dois ou mais contratos a tempo parcial deveria ter sido considerada fundamento suficiente para a resolução por ser em si mesma uma deterioração da situação do trabalhador (p. 280: „a mera bifurcação do vínculo laboral deveria constituir um motivo bastante para que o trabalhador pudesse optar pela manutenção da relação com os transmissários“).

⁷⁶ H. NASOM-TISSANDIER, *Transfert d'entreprise: quelles sont les conséquences du transfert à une pluralité de cessionnaires?*, *Revue de Jurisprudence Sociale* 2020, n.º 7, pp. 487 e s., p. 488.

entre si e de as funções exercidas pelo trabalhador serem „sensíveis“ em matéria de concorrência⁷⁷.

Como é sabido, o legislador português consagrou recentemente o direito de oposição do trabalhador à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho (artigo 286.º-A, introduzido pela Lei n.º 14/2018 de 19 de março)⁷⁸. A regulamentação legal desta matéria revela-se muito complexa e tem suscitado, apesar de recente, um debate doutrinal já muito significativo. Em todo o caso, parece poder afirmar-se que o trabalhador pode opor-se à referida transmissão quando esta seja suscetível de causar-lhe um prejuízo sério, sendo esta cláusula geral seguida de uma enumeração meramente exemplificativa („nomeadamente“), pelo que os motivos concretamente indicados (a manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente e a política de organização do trabalho do adquirente não mercer confiança ao trabalhador) para a oposição não são taxativos. Sendo certo que a invocação do prejuízo sério supõe aqui um juízo de prognose^{79/80}, pensamos que este poderá assentar, designadamente, nos fatores atrás indicados. Entendemos, mesmo, que quando a transmissão opere em relação a

⁷⁷ Cfr. ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO/LILIANA SILVEIRA DE FREITAS, ob. cit., pp. 575 e ss.

⁷⁸ Para uma visão global do direito de oposição e sua evolução histórica veja-se, por todos, o estudo de PEDRO OLIVEIRA, Ainda sobre o direito de oposição do trabalhador no caso de transmissão de empresa, *Prontuário de Direito do Trabalho 2020*, n.º 1, pp. 303 e ss.

⁷⁹ JOANA VASCONCELOS, Anotação ao artigo 286.º-A, in *Código do Trabalho Anotado*, Pedro Romano Martinez e Outros, Almedina, Coimbra, 12.ª ed., 2020, p. 689.

⁸⁰ Como destaca DAVID CARVALHO MARTINS, Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas, *Prontuário de Direito do Trabalho 2018*, n.º 1, pp. 117 e ss., p. 134, “[o] trabalhador tem o ónus de identificar factos e circunstâncias dos quais possa resultar um prejuízo sério”.

vários cessionários o trabalhador poderá optar por opor-se à transmissão parcial para um deles, mas não à transmissão parcial para o outro.

Relativamente ao novo fundamento do direito de resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador previsto na alínea d) do n.º 3 do artigo 394.º - que defendemos aplicar-se a qualquer hipótese de transmissão de unidade económica e não apenas à transmissão de empresa, como a letra da lei sugere - também aqui nos parece que o trabalhador poderá optar por resolver apenas um dos contratos de trabalho a tempo parcial que tenha resultado da transmissão, mas „conservar“ o outro, invocando como prejuízo sério todos os inconvenientes que resultem da coexistência em concreto dos dois (ou mais) contratos de trabalho a tempo parcial.

A existência em simultâneo de vários transmissários vem tornar ainda mais complexo o procedimento de informação e consulta previsto no artigo 286.º do CT. Nos casos em que exista uma relação contratual entre transmitente e transmissários haverá, em todo o caso, condições para a necessária circulação de informação entre eles. Afigura-se-nos que sendo as consequências da transmissão da unidade económica efeitos que se produzem *ope legis* não poderão o transmitente e o (ou os) transmissário(s) pretender excluir por acordo entre eles a transmissão parcial. Em certos casos, contudo, interrogámo-nos se não será possível um acordo entre transmitente, transmissários e trabalhador no sentido de encontrar outra solução: pense-se, por exemplo, na eventualidade de as unidades económicas a que está afetado o trabalhador virem a ser transmitidas a duas sociedades diferentes, mas pertencentes a um mesmo grupo, em

termos que permitiriam a celebração de um contrato de trabalho com uma pluralidade de empregadores⁸¹.

Na transmissão de unidade económica sem qualquer relação negocial entre transmitente e transmissário - que alguma doutrina portuguesa chama de transmissão indireta⁸², havendo doutrina germânica que se refere, inclusive, a uma transmissão „hostil“⁸³ - a

⁸¹ Também o âmbito de atuação da contratação coletiva se revela algo duvidoso: poderá, por exemplo, a convenção excluir a transmissão parcial em favor da transmissão total do contrato de trabalho para o transmissário „principal“? Poderá, ao menos, estabelecer os fatores de ponderação para decidir em que proporção é que se transmite para cada um dos transmissários a relação ou contrato de trabalho existente? Mesmo face ao disposto no artigo 3.º, n.º 1, alínea m) temos dúvidas em responder afirmativamente à primeira questão. A manutenção do contrato a tempo completo com apenas um transmissário será, em regra, mais favorável ao trabalhador, mas no caso concreto este transmissário poderá ser o que, por exemplo, está em pior situação financeira. Acresce que o modo como o Tribunal de Justiça fundamentou a sua decisão também nos interesses dos transmissários parece corresponder melhor a uma imperatividade da solução da transmissão parcial. Recorde-se que no caso SECURITAS, C-200/16 de 19/10/2017 se afirmou que „o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2001/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que não está abrangida pelo âmbito de aplicação do conceito de «transferência [...] de uma empresa [ou de um] estabelecimento», na aceção deste artigo 1.º, n.º 1, a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador” (n.º 38 do Acórdão), sendo que a referida disposição era precisamente uma cláusula de um contrato coletivo de trabalho (cfr. n.º 8 do Acórdão).

⁸² Sobre a transmissão indireta cfr. TIAGO COCHOFEL DE AZEVEDO, *Transmissão Indireta: Algumas Notas à Luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março, Prontuário de Direito do Trabalho 2019, n.º 1, pp. 229 e ss.* Como o autor destaca (ob. cit., p. 233), “o CT é totalmente omissivo quanto a uma outra tipologia transmissiva, vulgarmente denominada de “transmissões indiretas”, muito embora estas sejam frequentes (senão mesmo prevalentes) no tráfego jurídico: transmissões sem qualquer vínculo jurídico ou negócio subjacente entre transmitente e adquirente”.

⁸³ Veja-se o interessante estudo de MATTHIAS DIMSIC/STEFAN SCHWARZ, *Feindliche Betriebsübernahme: Betriebsübergang der besonderen Art*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2016, pp. 1436 e ss. Os autores sublinham que a lei alemã - como, aliás, também a nossa (mesmo após a inclusão no artigo 285.º do CT, pela Lei n.º 18/2021 de 8 de abril do seu novo n.º 10, com a referência à aplicabilidade do disposto no artigo 285.º a “todas as situações de transmissão de empresa ou de estabelecimento por adjudicação de contratação de serviços que se concretize por concurso público ou por outro meio de seleção, no setor público

situação torna-se ainda mais complexa e delicada. A ausência de qualquer relação negocial entre transmitente e transmissários, que foram, por exemplo, concorrentes no mesmo concurso de prestação de serviços que o transmitente perdeu e os transmissários ganharam (como sucedeu no caso objeto da presente anotação) tornará problemática a circulação da informação⁸⁴ necessária para que os trabalhadores, mesmo os abrangidos pela transmissão, sejam

e privado, nomeadamente à adjudicação de fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes, produzindo efeitos no momento da adjudicação”) - parece partir do paradigma da transmissão negociada entre transmitente e transmissário, deixando na sombra os problemas criados por uma transmissão imposta por lei sem qualquer relação contratual entre transmitente e transmissário. Se o transmissário, verificando-se uma transmissão de unidade económica, passa a ter a posição de empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, então deve poder exigir uma série de informações e de documentos (ou, segundo os autores, pelo menos cópias dos mesmos), sem os quais não poderá adequadamente cumprir as suas obrigações e exercer os seus direitos como empregador. Trata-se não só dos contratos de trabalho quando escritos (e de cláusulas que inclusive têm que respeitar a forma escrita como por exemplo cláusulas de não concorrência), mas de dados respeitantes aos trabalhadores (identificação, residência, etc.), registos de tempos de trabalho e de trabalho suplementar e relativos à marcação e ao gozo de férias, registos de sanções disciplinares, para dar apenas alguns exemplos. Os Tribunais alemães já se pronunciaram, de resto, nesta matéria tendo condenado o transmitente à entrega desta informação (ob. cit., p. 1437: OLG Jena, sentença de 2.5.2012). Suscitam-se problemas muito delicados se o transmitente se recusar a prestar a informação relevante ou se a informação prestada for incorreta. Não havendo negociações entre as partes não parece que se possa entre nós lançar mão da responsabilidade précontratual (ao contrário do que sucede no direito alemão em que a lei prevê a responsabilidade por contactos similares a um negócio jurídico - § 241 II BGB, “ähnlich geschäftliche Kontakte” - mas cuja existência neste caso é também muito duvidosa - cfr. p. 1441), mas sim da extracontratual. Parece-nos que o transmissário terá também o direito a saber o montante exato das dívidas do transmitente vencidas até ao momento da transmissão aos trabalhadores que acompanhem a unidade económica. Também se pode questionar se os trabalhadores abrangidos não deveriam ter aqui um direito de informação que pudessem exercer diretamente perante o transmissário, mesmo para lhes proporcionar o exercício “informado” do direito de oposição. Entre nós, TIAGO COCHFEL DE AZEVEDO, ob. cit., p. 260, admite aqui, e cremos que com inteira razão, um exercício retroativo do direito de oposição. Pela sua complexidade, trata-se de questões que não podemos tratar no contexto desta breve anotação.

⁸⁴ Sobre o tema cfr. TIAGO COCHFEL DE AZEVEDO, ob. cit., pp. 260 e ss.

adequadamente informados⁸⁵. O transmitente pouco mais poderá informar além da ocorrência da transmissão parcial quando for caso disso; e os transmissários poderão contestar não apenas a existência da transmissão parcial, mas - e mesmo que aceitem a referida transmissão parcial - a proporção em que a mesma ocorre.

Devemos também exprimir dúvidas quanto à existência de um regime de solidariedade passiva de todos os transmissários no caso de transmissão parcial. Se o transmitente tinha à data da transmissão dívidas vencidas de 100, e se verifica a transferência dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho para cada um dos transmissários, na proporção das funções exercidas pelo trabalhador, a qual, por hipótese é de 60% para o transmissário A e de 40% para o transmissário B, parece-nos que A deverá responder apenas por 60 e B apenas por 40, ainda que posição oposta tenha sido já defendida na doutrina alemã com o argumento de que a relação contratual era a tempo completo e só se converteu em contratos a tempo parcial com a transmissão.

Em conclusão, há que reconhecer que, mesmo quem, como nós, esteja de acordo com a decisão qualificada por uma autora espanhola como „salomónica“⁸⁶ do Tribunal de Justiça neste caso, a mesma veio tornar ainda mais complexa e difícil aquela que já era uma das matérias mais espinhosas do direito do trabalho.

⁸⁵ Cfr. CORD MEYER, *Fragilität oder Effektivität im Betriebsübergangsrecht?*, *Betriebs-Berater* 2020, pp. 1908 e ss., p. 1909.

⁸⁶ Veja-se o título do estudo de MARIA ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO, *Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario*, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n.º 5, pp. 1 e ss.



WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa