

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 4 de Setembro de 2008¹

I — Introdução

1. Mirja Juuri trabalhou durante nove anos no refeitório de uma empresa do sector metalúrgico na Finlândia. Quando o seu empregador transferiu o negócio de restauração para outro empresário, as condições de trabalho de M. Juuri pioraram. O direito comunitário propõe uma solução para a situação desta trabalhadora, mas o órgão jurisdicional nacional tem dúvidas sobre a interpretação das suas normas. Em concreto, a Directiva 2001/23/CE, relativa à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas², atribui a responsabilidade de um caso como o de M. Juuri ao seu novo empregador. O Tribunal de Justiça deve esclarecer o alcance desta imputação e os efeitos económicos que acarreta.

2. A Directiva 2001/23 integra-se no denominado «direito social comunitário». Esta parte da ordem jurídica comunitária

concede uma protecção mínima aos trabalhadores, sem prejuízo de os Estados-Membros aumentarem o nível de protecção. A complexidade inerente à regulação dos mercados de trabalho nacionais contribuiu para que esta regulamentação seja adoptada após amplos consensos, pelo que as suas disposições, abertas e ambíguas, exigem com frequência a intervenção do Tribunal de Justiça a título prejudicial.

3. Acresce que o direito social comunitário é definido pela sua estrutura fragmentada. É composto por determinadas regras para resolver problemas específicos que surgem no decurso da relação de trabalho. Representa metaforicamente um sector formado como um arquipélago³ cujas ilhotas nem sempre

1 — Língua original: espanhol.

2 — Directiva do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (JO L 82, p. 16), que dá nova redacção à 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 ou de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122), na redacção introduzida pela Directiva 98/50/CE do Conselho, de 29 de Junho de 1998 (JO L 201, p. 88).

3 — Retomo a expressão de Rodríguez-Piñero Royo, M. C. — «Transmisión de empresas y derecho europeo», em *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci Editore, Bari, 1999, p. 1, onde defende que, apesar da sua importância, o direito social comunitário tem uma intervenção certamente limitada, na medida em que apenas trata aspectos desta regulamentação, deixando o resto sem nenhuma harmonização. Isto produz o que se denomina por «estrutura insular» ou «de arquipélago» do direito comunitário do trabalho, no qual apenas se presta atenção a determinados aspectos da legislação nacional; ao contrário do direito do trabalho interno, mais «continental» e que engloba todas as facetas da relação de trabalho.

estão unidas entre si por pontes. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a abordar as questões suscitadas numa destas ilhas⁴. Corre-se o risco, portanto, de dar cumprimento à directiva interpretada, mas não às restantes com as quais existe alguma conexão. Convém, portanto, ser extremamente rigoroso e não descuidar a inter-relação de um terreno disperso, como o social, mais coeso do que a princípio parece.

maticamente, com periodicidade anual, sem prejuízo da sua cessação por denúncia de uma das partes, no prazo de dois meses antes do seu termo. Não foi necessária nenhuma denúncia porque, em 12 de Dezembro de 2002, foi assinada outra convenção para o sector, com efeitos a partir de 1 de Fevereiro de 2003.

II — Matéria de facto

4. Em 5 de Abril de 1994, M. Juuri foi integrada no quadro do pessoal da Rautaruukki Oyj (a seguir «cedente»), em Hämeenlinna (Finlândia), exercendo a sua actividade no refeitório da empresa. A partir de 10 de Dezembro de 1999, o contrato de M. Juuri foi convertido num contrato de trabalho sem termo.

6. Nesse dia, uma vez extinta a convenção anterior, a cedente transferiu a gestão da unidade do refeitório para a Amica Ravintolat Oy (a seguir «cessionária»). Depois de efectuada a transferência, os trabalhadores começaram a exercer a sua actividade laboral a favor da cessionária, mas sujeitos a uma nova convenção colectiva, neste caso, a convenção relativa ao sector da hotelaria e da restauração.

5. Apesar de as suas tarefas se limitarem ao refeitório, M. Juuri estava abrangida pela convenção colectiva para a indústria metalúrgica, cuja vigência terminava em 31 de Janeiro de 2003, prorrogando-se auto-

7. M. Juuri, não conformada com a aplicação da convenção para a hotelaria e a restauração à sua relação de trabalho por conta de outrem, considerou-se sujeita à convenção da indústria metalúrgica. Segundo a trabalhadora, a mudança de regulamentação implicou uma redução salarial de 300 euros mensais, bem como a transferência para outros postos de trabalho. Por seu lado, a cessionária reconheceu que a recente convenção impôs a

4 — Recordo Dom Quixote aconselhando Sancho Panza, pouco antes de assumir o governo da ilha de Barataria. Consciente de que os seus ensinamentos apenas possuem a força dos seus argumentos, Dom Quixote termina o seu discurso com a seguinte afirmação: «Achem em ti mais compaixão as lágrimas do pobre, mas não mais justiça que as razões dos ricos. Procura descobrir a verdade entre as promessas e dádivas do rico, como entre os soluços e as insistências do pobre. Quando puder e dever aplicar-se a equidade, não carregues todo o rigor da lei sobre o delinquente, pois não é melhor a fama do juiz demasiado severo que a do que é excessivamente brando [...]». Cervantes, M. de — *O engenhoso fidalgo Dom Quixote de la Mancha*, 2.ª parte, cap. XLII, tradução de José Bento, Relógio d'Água Editores, Lisboa, 2005, p. 743.

M. Juuri uma série de alterações, entre as quais o exercício de actividades noutras postos de trabalho, embora de carácter temporário, e a redução da remuneração em 100 euros mensais, em razão da redução proporcional do horário normal de trabalho.

direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos. No contexto do litígio que diz respeito a M. Juuri e à empresa cessionária, são pertinentes os artigos 3.º, n.º 3, e 4.º, n.º 2.

8. Após estas alterações no sistema convencional da sua relação de trabalho, M. Juuri decidiu rescindir o seu contrato de trabalho em 19 de Fevereiro de 2003. Invocando a legislação laboral finlandesa, reclamou judicialmente da cessionária uma indemnização pelo período de férias correspondente ao período de pré-aviso e outra indemnização equivalente a catorze remunerações mensais pela cessação ilegal do contrato de trabalho. Em 11 de Fevereiro de 2005, o Helsingin Käräjäoikeus (Tribunal de Primeira Instância de Helsínquia) indeferiu o pedido de M. Juuri. Um ano depois, em 28 de Fevereiro de 2006, o Helsingin Hovioikeus (Tribunal de Segunda Instância de Helsínquia) confirmou a sentença da primeira instância, mas M. Juuri recorreu para o Korkein Oikeus (Supremo Tribunal), sendo este o órgão jurisdicional que interroga o Tribunal de Justiça sobre a interpretação da Directiva 2001/23.

«Artigo 3.º

[...]

3. Após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data da rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva.

III — Quadro jurídico

A — Regulamentação comunitária

9. A Directiva 2001/23 consagra um regime de protecção mínima, a fim de conservar os

Os Estados-Membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano.

[...]

Artigo 4.º

da relação de trabalho é imputável ao empregador».

[...]

2. Se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho for rescindido pelo facto de a transferência implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal.»

B — *Legislação nacional*

10. De acordo com o despacho de reenvio do Korkein Oikeus, a lei do desemprego (Työsopimuslaki), no seu capítulo 6, no § 2, prevê que «um contrato de trabalho celebrado por tempo indeterminado ou de duração indeterminada por outros motivos pode expirar mediante notificação da rescisão à outra parte».

11. No capítulo 7, o § 6 transpõe o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23 para direito finlandês, ao prescrever que «quando o contrato de trabalho tenha terminado em consequência do agravamento substancial das condições de trabalho devido à transferência da empresa, há que considerar que a cessação

12. No capítulo 8, o § 1, n.º 2, da Työsopimuslaki permite ao trabalhador resolver o contrato de trabalho, se o empregador violar gravemente obrigações com importância crucial para a relação de trabalho, pelo menos até ao termo do período de pré-aviso.

13. Para o § 5 da lei das convenções colectivas (Työehtosopimuslaki), se o titular de uma empresa for parte de uma convenção colectiva ou a ela estiver vinculado de outra forma, todos os direitos e obrigações que lhe incumbem por força dessa convenção são transmitidos ao seu sucessor. O cessionário está, portanto, obrigado a cumprir as disposições da convenção colectiva, vinculativas para o cedente até à sua expiração, e, de seguida, a respeitar a convenção colectiva à qual está vinculado por força do § 4 da Työehtosopimuslaki.

14. No capítulo 12, o § 2 da lei do desemprego consagra o direito do trabalhador a uma indemnização a cargo da empresa, por despedimento sem justa causa, exigindo ao empregador o pagamento de uma indemnização,

quando este despedir o trabalhador com inobservância dos fundamentos para tanto previstos na lei do desemprego, e o ressarcimento dos trabalhadores que tenham resolvido o contrato por vontade própria.

IV — Questões prejudiciais

15. No capítulo 12, o próprio § 2 da lei do desemprego assinala os limites da indemnização do trabalhador, fazendo-a oscilar entre três e vinte e quatro meses de salário.

16. O trabalhador não tem direito à indemnização prevista no capítulo 12, § 2, da lei do desemprego, se o empregador denunciar o contrato por razões objectivas e ponderosas, tendo o trabalhador, no entanto, direito à retribuição e a outras prestações durante o período de pré-aviso. O trabalhador não tem direito à retribuição e a outras prestações decorrentes do contrato de trabalho, se se provar que o empregador tinha razões particularmente ponderosas para resolver de imediato o contrato de trabalho.

17. O capítulo 12, § 1, da lei do desemprego também obriga o empregador, quando tenha infringido, com dolo ou negligência, as obrigações decorrentes do contrato de trabalho ou da lei do desemprego, a reparar os danos que tiver causado ao trabalhador.

18. No despacho de 24 de Agosto de 2007, o Korkein Oikeus, na sequência da acção intentada por M. Juuri contra a empresa cessionária, apresentou as seguintes questões:

«1) O artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23/CE do Conselho deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro é obrigado a garantir por lei que, nos casos em que o próprio trabalhador denuncia o seu contrato de trabalho em consequência do agravamento substancial das condições de trabalho devido à transferência da empresa, esse trabalhador tem direito a uma indemnização financeira por parte do empregador idêntica à que receberia se o empregador tivesse denunciado ilegalmente o contrato de trabalho, atendendo a que o agravamento das condições de trabalho resulta do facto de o empregador, ao abrigo do artigo 3.º, n.º 3, da directiva, apenas ter respeitado uma convenção colectiva, que vinculava

o cedente e garantia ao trabalhador melhores condições de trabalho, até ao termo da sua vigência, provocando assim o agravamento dessas condições?

- 2) Se a responsabilidade do empregador, na aceção da directiva, não for tão ampla como se descreve na primeira questão, a mesma deve, no entanto, ser entendida no sentido de que implica o pagamento, por exemplo, das retribuições e outras prestações correspondentes ao período de aviso prévio que o empregador tem de respeitar?»

19. Apresentaram observações, dentro do prazo fixado no artigo 23.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, os Governos finlandês e húngaro, bem como a Comissão.

20. Na sessão plenária de 29 de Abril de 2008, o Tribunal de Justiça ordenou o envio de duas perguntas escritas ao Governo finlandês, cujas respostas deram entrada na Secretaria desta instituição em 23 de Maio do mesmo ano.

V — Reformulação das questões prejudiciais

21. As duas questões apresentadas pelo Supremo Tribunal finlandês giram em torno

do mesmo fenómeno: a mudança de regime jurídico-laboral, após o termo da vigência da convenção colectiva do sector da metalurgia. Este ponto de partida não é tão pacífico como possa parecer, pois os dois governos que apresentaram observações no presente processo prejudicial, assim como a Comissão, abordaram esta questão nas suas observações. O artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23 aplica-se uma vez confirmada a licitude da alteração da regulamentação que afecta o contrato de trabalho. Se a alteração for ilícita por infringir o artigo 3.º, n.º 3, da directiva referida, produzir-se-iam outros efeitos. Importa, portanto, esclarecer as circunstâncias de facto do processo principal, para determinar se há ilegalidades, pois o termo da vigência da convenção colectiva que inicialmente vinculava M. Juuri ocorreu na mesma data da transferência do estabelecimento. Esta coincidência suscitou dúvidas no Tribunal de Justiça, que fizeram com que submetesse perguntas⁵ ao Governo finlandês e me levam a reformular as questões do *Korkein Oikeus*⁶.

5 — As perguntas dirigidas por escrito ao Governo finlandês limitavam-se ao regime de entrada em vigor e termo da vigência da convenção colectiva.

6 — A reformulação é uma prática muito arraigada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde o acórdão de 1 de Dezembro de 1965, *Schwarze* (16/65, *Recueil*, p. 1081, *Colect.* 1965-1968, p. 239). Mais recentemente, v. acórdãos de 17 de Julho de 1997, *Krüger* (C-334/95, *Colect.*, p. 1-4517, n.º 22); de 22 de Abril de 1997, *Sutton* (C-66/95, *Colect.*, p. 1-2163, n.º 35); de 18 de Dezembro de 1997, *Tabouillot* (C-284/96, *Colect.*, p. 1-7471, n.º 20 a 21); de 7 de Março de 1996, *Merckx e Neuhuys* (C-171/94 e C-172/94, *Colect.*, p. 1-1253, n.º 28); de 28 de Novembro de 2000, *Roquette Frères* (C-88/99, *Colect.*, p. 1-10465, n.º 18); de 20 de Maio de 2003, *Ravil* (C-469/00, *Colect.*, p. 1-5053, n.º 27); de 4 de Maio de 2006, *Haug* (C-286/05, *Colect.*, p. 1-4121, n.º 17); e de 4 de Outubro de 2007, *Rampoin e Godard* (C-429/05, *Colect.*, p. 1-8017, n.º 27). Num artigo publicado em 1998, «La coopération entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Límites del procedimiento prejudicial», in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milão, 1998, pp. 481, 482, elogiei esta técnica do Tribunal de Justiça. A este respeito, v. também *Adinolfi, A. — L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milão, 1997, pp. 129-137, e *Jimeno Bulnes, M. — La cuestión prejudicial del artículo 177 CEE*, Barcelona, 1996, pp. 365, 366. Na conhecida obra de *Rasmussen, H. — On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, 1986, pp. 481, 482, pode encontrar-se uma dura crítica à técnica reformulatória.

22. No presente processo, considero oportuno resumir as duas questões do órgão jurisdicional nacional, a fim de, após a análise de tudo o que se refere à sucessão de convenções colectivas, elucidar, de seguida, as consequências indemnizatórias do artigo 4.º, n.º 2, da directiva referida.

23. Proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça que reformule as duas questões prejudiciais do seguinte modo:

1. A manutenção das condições de trabalho acordadas numa convenção colectiva até à data do termo da sua vigência, quando a transferência da empresa coincide no tempo com esse termo, é conforme com o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23?
2. O artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23 deve ser interpretado no sentido de que o Estado-Membro é obrigado a garantir, legalmente, ao trabalhador o direito de obter do seu empregador uma indemnização financeira ou deve ser interpretado exclusivamente como uma disposição de atribuição de responsabilidade?

VI — A primeira questão prejudicial

24. O artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23 criou um instrumento de protecção para o trabalhador, que oferece segurança jurídica aos assalariados quando o empregador efectua uma transferência. Se existir uma convenção colectiva anterior à transferência, os trabalhadores podem invocá-la até à data da sua cessação ou até «à data de entrada em vigor [...] de outra convenção colectiva». Os Estados-Membros podem limitar no tempo esta prerrogativa, desde que não seja por um período inferior a um ano⁷.

25. A Directiva 2001/23 visa um equilíbrio entre a estabilidade da relação jurídico-laboral e a flexibilidade de actuação do empregador. Os direitos do trabalhador perduram depois da transferência, durante um período determinado. Chegado o limite da vigência dos direitos referidos, o trabalhador pode tomar uma decisão a esse respeito, ocasionando a aplicação do artigo 4.º, n.º 2. Este preceito imputa ao empregador a cessação da relação laboral, quando a transferência tenha implicado «uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador»⁸. Além disso, apesar do carácter imperativo das normas da Directiva 2001/23,

⁷ — Artigo 3.º, n.º 3, segundo parágrafo, da Directiva 2001/23.

⁸ — A génese da Directiva 2001/23, bem como as suas reformas, demonstram que os consensos políticos alcançados justificam o carácter flexível das suas disposições. Neste sentido, Hardy, S.; Painter, R. — «Revising the Acquired Rights Directive», *Industrial Law Journal*, vol. 25, n.º 2, 1996.

a jurisprudência admitiu estas alterações, se o direito nacional as autoriza no decurso normal da relação de trabalho, independentemente de ter ocorrido a transferência⁹.

26. Os artigos 3.º, n.º 3, e 4.º, n.º 2, não funcionam como compartimentos-estaque¹⁰. O facto de o legislador comunitário conceder ao trabalhador a faculdade de resolver o seu contrato de trabalho decorre de um agravamento da relação com o seu empregador, provocado, por sua vez, por uma alteração de regulamentação. Parece evidente que o artigo 3.º, embora salvaguardando os direitos originários do trabalhador, permite, se necessário, uma variação no regime laboral. Precisamente porque se prevê tal variação, a ruptura do contrato tem um responsável à luz da Directiva 2001/23: o empregador¹¹. Deste modo, é compensado o facto de uma norma que proíbe a alteração das condições de trabalho ter excepções. Ao atribuir a responsabilidade ao cessionário, o trabalhador pode conservar os seus direitos, pelo menos no plano económico¹².

27. Na segunda questão prejudicial, há que analisar as consequências indemnizatórias da rescisão que resultou do artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23, mas, neste momento, adianta-se parte do raciocínio para apoiar a seguinte reflexão.

28. A manutenção dos direitos do trabalhador, consagrada no artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23, impõe uma obrigação positiva aos Estados-Membros, que eventualmente recaí sobre os empregadores. Se estiverem reunidas as condições do preceito, o trabalhador conserva as suas condições de trabalho, depois da transferência, indefinidamente, ou, dentro de certos limites, por um período determinado¹³. No entanto, a violação do artigo confere ao trabalhador o poder de exigir, mesmo judicialmente, o estatuto laboral anterior à transferência ou

9 — Reproduzindo a doutrina assente no acórdão de 10 de Fevereiro de 1988, *Daddy's Dance Hall* (324/86, Colect., p. 739), o Tribunal de Justiça confirmou que: «[...] uma modificação desse tipo não pode ser excluída apenas pelo simples facto de a empresa ter sido entretanto objecto de transferência e de, conseqüentemente, o acordo ter sido celebrado com o novo empresário. Com efeito, sub-rogando-se o cessionário na posição do cedente, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da directiva, no que se refere aos direitos e obrigações decorrentes da relação de trabalho, esta pode ser modificada relativamente ao cessionário dentro dos mesmos limites em que uma alteração seria admissível em relação ao cedente, sendo claro que, em nenhuma dessas hipóteses, a transferência da empresa pode servir de fundamento para essa modificação» [acórdão de 12 de Novembro de 1992, *Watson Rask e Christensen* (C-209/91, Colect., p. 1-5755, n.º 28)].

10 — Assim entende Barnard, C. — *EC Employment Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 663, 664.

11 — Arrigo, G. — *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo II, Guiffrè, Milão, 2001, pp. 97-103, realça a flexibilidade das condições de trabalho.

12 — Esta flexibilidade não está isenta de problemas interpretativos, tal como salienta Barnard, C., *op. cit.*, pp. 657, 658.

13 — O carácter imperativo dos direitos reconhecidos pela Directiva 2001/23 foi confirmado pelo Tribunal de Justiça em diversas ocasiões. Pela primeira vez, no acórdão *Daddy's Dance Hall*, já referido, ao declarar que «os trabalhadores em causa não podem renunciar aos direitos que lhes são conferidos pela directiva, não sendo admissível uma restrição desses direitos, mesmo com o seu consentimento. Esta interpretação não é posta em causa pelo facto de, como sucede no caso presente, o trabalhador obter novos benefícios em contrapartida das desvantagens para ele resultantes da modificação da relação de trabalho, por forma a que não fique colocado numa situação global menos favorável do que a que tinha anteriormente». Reiteraram esta doutrina os acórdãos de 25 de Julho de 1991, *D'Urso e o.* (C-362/89, Colect., p. 1-4105, n.º 9); de 12 de Novembro de 1992, *Watson Rask e Christensen* (C-209/91, Colect., p. 1-5755, n.º 28); de 6 de Novembro de 2003, *Martin e o.* (C-4/01, Colect., p. 1-12859, n.º 42 e 43); de 14 de Novembro de 1996, *Rotsart de Hertaing* (C-305/94, Colect., p. 1-5927, n.º 18); e de 9 de Março de 2006, *Werhof* (C-499/04, Colect., p. 1-2397, n.º 26).

uma compensação economicamente equivalente¹⁴. Neste último caso, a sua execução deve ser conforme às disposições substantivas e processuais do direito nacional do trabalho, mas sem esquecer a finalidade da Directiva 2001/23, que indica o objectivo que as normas estatais devem alcançar.

29. Neste contexto, é óbvio que a disposição controvertida instaura, indirectamente e como exigência mínima, um duplo regime indemnizatório no momento da extinção da relação de trabalho. Num primeiro caso, o trabalhador rescinde um contrato de trabalho, mas tendo-se cumprido o disposto no artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23. Num segundo caso, a rescisão do contrato por iniciativa do trabalhador ocorre após a infracção ao artigo referido. A gravidade das duas hipóteses varia, pois, no segundo caso, o trabalhador fica mais desprotegido, pelo que o direito nacional do trabalho deve ser mais severo com o empregador. Uma solução poderia também ser aplicada quando, tendo-se respeitado formalmente o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23, se comete uma fraude, cenário que poderia ocorrer no presente processo, mas que, dado o seu carácter prejudicial, compete ao juiz nacional apurar.

14 — Os efeitos jurídicos do incumprimento incumbem ao direito nacional, segundo salientou o Tribunal de Justiça nos seus acórdãos de 5 de Maio de 1988, Berg (144/87 e 145/87, Colect., p. 2559); de 11 de Julho de 1985, Danmols Inventar (105/84, Recueil, p. 2639, n.ºs 26-28); de 16 de Dezembro de 1992, Katsikas e o. (C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Colect., p. I-6577, n.º 21); e de 12 de Novembro de 1998, Européics (C-399/96, Colect., p. I-6965, n.º 37).

30. A apreciação da fraude à lei carece de elementos de facto que o Tribunal de Justiça nem sempre conhece¹⁵. No entanto, a jurisprudência¹⁶ presta especial atenção aos líti-

15 — A «fraude à lei» acontece quando «os actos realizados ao abrigo de uma norma visam alcançar um resultado proibido pelo direito jurídico [...], sem impedir a devida aplicação da norma que se quis eludir». Esta é a definição dada pelo Código Civil espanhol, no seu artigo 6.º, n.º 4, de forma semelhante à dada no artigo 1344.º do Código Civil italiano, apesar de limitado ao âmbito contratual: «si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa' (também se considera ilícita a causa quando o contrato constitui o meio para afastar a aplicação de uma norma imperativa). Sem mencionar a fraude, o artigo 39.º do Código Civil checo descreve-a em termos análogos: «Neplatný je právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází anebo se přiči dobrým mravům» (será nulo o acto jurídico cujo conteúdo ou cujo propósito sejam incompatíveis com a lei, a evitem ou ofendam os bons costumes). No direito francês, a fraude à lei construiu-se mais por via jurisprudencial do que por via legislativa, mas o artigo 336.º do Código Civil alude expressamente a esta instituição. Nas ordens jurídicas nacionais, há uma certa confusão conceptual entre a «fraude à lei» e o «abuso de direito», assim como entre outros conceitos jurídicos, como a boa fé. Tal como reconhece Miquel González, J. M. — *Comentario al artículo 7, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 45*, «as diferenças entre ambas as figuras não são claras. As tentativas doutrinárias de delimitação não alcançaram o seu objectivo. A jurisprudência também não o conseguiu satisfatoriamente [...]». Não me parece imprescindível aprofundar as divergências entre todas estas instituições, pois o Tribunal de Justiça não o fez.

16 — O Tribunal de Justiça delegou nos órgãos jurisdicionais nacionais o estudo dos elementos de facto, nos casos em que era alegada uma fraude à lei [designadamente, os acórdãos de 3 de Dezembro de 1974, Van Binsbergen (33/74, Colect., p. 543, n.º 13); de 7 de Fevereiro de 1979, Knoors (115/78, Colect., p. 173); de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.º 22); de 7 de Julho de 1992, Singh (C-370/90, Colect., p. I-4265, n.º 24); de 3 de Fevereiro de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Colect., p. I-487, n.º 12); e de 5 de Outubro de 1994, TV10 (C-23/93, Colect., p. I-4795, n.º 21). O advogado-geral G. Tesauro expõe o estado actual da jurisprudência nas suas conclusões no processo Kefalas e o. (C-367/96, Colect. 1998, p. I-2843, nos n.ºs 24 e 25): «qualquer ordenamento que aspire a um mínimo de exaustão deve conter medidas [...] de autotutela, a fim de evitar que os direitos por ele conferidos sejam exercidos de maneira abusiva, excessiva ou distorcida. Tal exigência não é inteiramente estranha ao direito comunitário, pois é verdade que encontrou reconhecimento em várias ocasiões na jurisprudência do Tribunal de Justiça [...] segundo a qual 'as facilidades criadas pelo Tratado não podem ter por efeito permitir às pessoas que delas beneficiam subtrair-se abusivamente às legislações nacionais e proibir os Estados-Membros de tomarem as medidas necessárias para impedir tais abusos'». O advogado-geral M. Poiares Maduro desenvolve esta ideia no processo Halifax (acórdão de 21 de Fevereiro de 2006, Halifax e o., C-255/02, Colect., pp. I-1609, I-1613, n.ºs 80 e 81).

gios em que uma das partes se comporta de forma abusiva¹⁷. Esta sensibilidade também se manifestou nos processos relativos ao direito social comunitário, designadamente na aplicação da Directiva 2001/23. Assim, no processo Bork¹⁸, o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre o despedimento da totalidade do pessoal, imediatamente seguido da transferência da empresa e de nova contratação de uma parte substancial do antigo pessoal, mas em condições menos favoráveis. Utilizando uma metodologia habitual, o Tribunal de Justiça salientou que compete ao tribunal nacional a qualificação dos factos e a posterior aplicação das normas comunitárias, traçando os critérios que devem reger a actuação do órgão jurisdicional de reenvio, obrigado a «ponderar as circunstâncias objectivas em que o despedimento ocorreu e, designadamente, num caso como o dos processos principais, o facto de ter começado a produzir efeitos numa data próxima da da transferência, e de os trabalhadores em causa terem sido readmitidos pelo cessionário»¹⁹. A apreciação destes fundamentos conduziu a uma decisão que confirma a aplicação da Directiva 2001/23 a uma situação como a dos autos²⁰.

17 — Não considero oportuno entrar na polémica sobre a questão de saber se a fraude à lei (ou, do mesmo modo, o abuso de direito) é um princípio geral do direito comunitário. No n.º 89 das minhas conclusões no processo EMU Tabac e o. (C-296/95, Colect. 1998, pp. I-1605, I-1607), convido o Tribunal de Justiça a aplicar «o princípio geral de direito que proíbe toda a fraude à lei», mas este ponto exige, ainda hoje, um estudo mais aprofundado. Embora o acórdão Halifax, já referido, pareça ter confirmado esta tendência, o debate ainda está em aberto. A este respeito, v. de la Feria, R. — «Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through tax», CMLRev, 2008, 45.

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

19 — *Ibidem*.

20 — O Tribunal de Justiça indicou que o artigo 1.º, n.º 1, da directiva devia ser interpretado «no sentido de que a directiva se aplica numa situação em que, no seguimento da denúncia ou da resolução de um contrato de arrendamento, o proprietário retoma a empresa para a vender posteriormente a um terceiro que continua a exploração desta (que tinha cessado após o termo do contrato de arrendamento) pouco tempo depois, com pouco mais de metade do pessoal empregado pelo anterior locatário, desde que a empresa em questão conserve a sua identidade».

31. Como se deduz do acórdão Bork, o Tribunal de Justiça confere ao órgão jurisdicional nacional uma ampla margem de manobra, para lhe arrebatrar posteriormente. Ao impor critérios específicos e ao ratificar a qualificação das normas comunitárias relevantes para resolver o caso, reduz-se a análise dos elementos de facto, colocando o tribunal nacional numa situação difícil. Não concordo com este modo de proceder do Tribunal de Justiça. No mínimo, trata-se de um técnica artificial que põe em má posição os participantes no processo prejudicial, manifestando uma sede insaciável de protagonismo, mas também uma visão pouco respeitadora da autonomia institucional que deve ser reconhecida ao tribunal nacional²¹. No caso vertente, pode evitar-se este tipo de discurso, sem ofensa para a autoridade do Tribunal de Justiça e as prerrogativas do Korkein Oikeus.

32. Aceitando que incumbe ao órgão jurisdicional nacional detectar se houve fraude à lei na sincronização da data da transferência de uma empresa com a do termo da convenção colectiva, o Governo finlandês proporcionou ao Tribunal de Justiça elementos de interesse adicionais. Verificou-se que a convenção que vinculava inicialmente M. Juuri e o seu empregador caducou no dia da transferência. Não houve prorrogação tácita, pois vários meses antes tinha sido assinada uma nova convenção colectiva para o sector, substituindo a anterior em todo o seu conteúdo. O prazo entre a ratificação da nova convenção e

21 — Nas minhas conclusões no processo Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Colect., p. I-6051, n.º 35), tomo posição sobre os limites da resposta prejudicial e o respeito da autonomia institucional do órgão jurisdicional de reenvio.

a sua entrada em vigor é muito curto, apenas de um mês e meio. Do mesmo modo, a conduta do cedente no período que antecedeu a transferência, principalmente a atenção dada aos trabalhadores e aos seus representantes, clarifica a forma como se desenrolou a operação. Compete ao tribunal nacional apreciar se esta sucessão de convenções assim como o tempo decorrido e os dados fornecidos aos empregados permitem sugerir que a cedente e a cessionária incorreram numa fraude à lei e, logo, numa infracção às normas que proíbem a modificação das condições de trabalho em caso de transferência de empresas.

33. Uma vez iniciada a análise da matéria de facto, o órgão jurisdicional de reenvio necessita de contar com critérios nítidos do Tribunal de Justiça, a fim de adoptar a solução juridicamente correcta. A instância comunitária não deve regatear a sua colaboração e, para tal, reitero os argumentos expostos nos n.ºs 29 a 32 destas conclusões: se, em conformidade com os elementos de facto e de direito de que dispõe, o Korkein Oikeus confirmar que houve fraude à lei, foi violado o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23. A inobservância deste preceito implica uma leitura mais restritiva do artigo 4.º, n.º 2, do referido diploma. Nessas circunstâncias, o empregador cometeu conscientemente a infracção, justificando-se o agravamento da sua responsabilidade.

34. Por conseguinte, e em resposta à primeira questão prejudicial, considero que o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23 se opõe a que as

condições de trabalho acordadas mediante uma convenção colectiva se extingam no momento do seu termo, quando a transferência da empresa coincida temporalmente com o seu termo e quando o cedente e o cessionário tenham agido em fraude à lei. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional determinar se há um comportamento fraudulento ao fazer coincidir a data da transferência com a do termo da convenção colectiva.

35. Cabe esclarecer agora o alcance e os limites desta responsabilidade, o que requer a exegese do artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23.

VII — Segunda questão prejudicial

36. Os Governos finlandês e húngaro, bem como a Comissão, concordam que o referido artigo 4.º, n.º 2, apenas reparte responsabilidades após a alteração significativa da relação de trabalho. Assim, a Directiva 2001/23 não visa um benefício concreto ao decidir o estatuto jurídico do trabalhador de uma

empresa que foi transferida. Esta posição baseia-se na concepção de que a directiva é um instrumento de harmonização mínima, cuja interpretação requer uma ampla margem de manobra para o legislador nacional²². Ainda que partilhe do essencial desta tese, há que aprofundar a hermenêutica da disposição. O facto de a Comunidade ter iniciado uma harmonização mínima não implica que se descarte, *a priori*, alguma forma de protecção económica a favor do trabalhador. Só através da análise pormenorizada do texto se alcança uma explicação certa, para o que convém destrinçar os diferentes segmentos que compõem a norma.

A — A modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador

37. A premissa que habilitou o empregado a rescindir o seu contrato e a imputar a cessação ao empregador encontra-se na primeira frase do artigo 4.º, n.º 2, já referido, ao exigir que a transferência «impli[que] uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador».

22 — Acórdãos *Daddy's Dance Hall*, já referido, n.º 16; *Watson Rask e Christensen*, já referido, n.º 27; *Martin e o.*, já referido, n.º 41. Sobre os limites e a margem de discricionariedade dos Estados nos sectores em que se procede a uma harmonização mínima: *Curtin, D.* — «Emerging Institutional Parameters and Organised Difference in the European Union», in *de Witte, B.; Hanf, D.; Vos, E.* (eds.) — *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Antuérpia, 2001, pp. 348-354; e *Marciali, S.* — *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelas, 2007, pp. 61-65.

38. O órgão jurisdicional nacional constitui a instância mais adequada para julgar se, no presente processo, houve uma modificação significativa em detrimento de *M. Juuri*. Apesar de o direito finlandês incluir sem dúvida medidas para o *Korkein Oikeus* decidir num ou noutro sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça oferece critérios para diagnosticar se houve uma modificação *in pejus*²³. No processo *Merckx e Neuhuys*²⁴, dois trabalhadores rescindiram o seu contrato, em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23, quando o seu novo empregador se recusou a garantir-lhes o salário anterior, que era calculado em função do volume de negócios. O Tribunal de Justiça optou por qualificar directamente os factos, declarando que «uma alteração do nível da remuneração concedida ao trabalhador figura no número das modificações substanciais das condições de trabalho na acepção desta disposição, mesmo quando a remuneração depende, nomeadamente, do volume de negócios realizado»²⁵.

39. Anos mais tarde, o acórdão proferido no processo *Delahaye*²⁶ permitiu ao Tribunal de Justiça pronunciar-se outra vez sobre as «modificações substanciais» do contrato de trabalho, mas numa perspectiva diferente da adoptada no processo *Merckx e Neuhuys*. Num litígio que opunha uma empregada ao seu novo patrão, devido a uma redução salarial de 37%, o acórdão não deu uma resposta concreta ao órgão jurisdicional nacional, limitando-se a verificar que «a aplicação das normas nacionais que regem a situação dos trabalhadores do Estado leva à

23 — *Barnard, C.*, *op. cit.*, pp. 656-664, estuda esta jurisprudência, de um modo geral.

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

25 — *Ibidem*, n.º 38.

26 — Acórdão de 11 de Novembro de 2004 (C-425/02, *Colect.*, p. I-10823).

redução da remuneração dos trabalhadores a que a transferência respeita. Tal redução, quando for substancial, deve ser considerada uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento dos trabalhadores em causa, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da directiva»²⁷.

de ter em conta o contexto global da trabalhadora²⁸. O acórdão Merckx e Neuhuys, apesar de não referir, no seu n.º 38, outros factores relevantes, demonstrou que a situação dos recorrentes não era agravada apenas no plano salarial, pois a transferência da empresa ocasionou também uma transferência do local de trabalho²⁹.

40. O acórdão Delahaye, ao contrário do que aconteceu no acórdão Merckx e Neuhuys, reiterou com maior firmeza a necessidade de a modificação ser de carácter «substancial», negando-se a qualificar os factos do processo principal. No entanto, ambas as resoluções foram ditadas num contexto semelhante, caracterizado por uma redução salarial que leva o operário a rescindir unilateralmente o seu contrato. A fim de decifrar o que a Directiva 2001/23 entende por mudança «substancial», há que adoptar uma orientação subjectiva da expressão, atendendo ao trabalhador na sua dimensão jurídica e económica. Se se escolhesse uma orientação objectiva da expressão, ponderando factores alheios à posição individual do empregado, correr-se-ia o risco de provocar soluções incompatíveis com a finalidade da Directiva 2001/23. Nos dois processos estudados há pouco, o Tribunal de Justiça mostrou ao juiz nacional outros elementos, igualmente relevantes, que faziam pender o fiel da balança a favor da rescisão unilateral do contrato de trabalho. No processo Delahaye, a antiguidade da recorrente foi mencionada no acórdão, a fim

41. Parece, pois, que o Tribunal de Justiça se decidiu, sem o afirmar expressamente, por uma definição subjectiva da expressão «modificação substancial», ponderando as circunstâncias de facto e de direito em que o trabalhador se enquadra quando rescinde o seu contrato ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23. Compete ao órgão jurisdicional nacional qualificar essas circunstâncias segundo os critérios indicados nos acórdãos Merckx e Delahaye. Ao aplicá-las ao processo de M. Juuri, comprova-se que a sua remuneração foi reduzida de forma proporcional ao seu horário de trabalho. Além disso, a mudança de convenção colectiva pode ter introduzido outras variações de regulamentação que seria pertinente trazer ao processo principal, porque serviriam como elementos adicionais para ponderar o verdadeiro carácter das alterações sofridas. Ao que acresceria a transferência ocasional e esporádica do local de trabalho de M. Juuri. O órgão jurisdicional nacional tem obrigação de apre-

27 — *Ibidem*, n.º 33.

28 — *Ibidem*, n.º 34.

29 — Acórdão Merckx e Neuhuys, já referido, n.º 9.

ciar se, no contexto jurídico e económico em que M. Juuri está inserida, todos estes factores constituem uma modificação substancial do contrato de trabalho.

legislador comunitário quisesse fixar a repercussão monetária da rescisão, tê-lo-ia feito com clareza. O objectivo do artigo 4.º, n.º 2, reside em distribuir a responsabilidade da rescisão, e não em precisar as suas consequências jurídicas. Esta tese baseia-se numa análise gramatical mas também teleológica da Directiva 2001/23, bem como noutros textos de harmonização do direito social comunitário³⁰.

B — *Imputação da responsabilidade ao empregador: ponto de partida ou meta?*

42. Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23, uma vez verificada uma modificação substancial da relação de trabalho, a rescisão «considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal». A recorrente no processo principal alega que estas palavras não só contêm uma regra de atribuição de responsabilidade mas também uma regra a respeito do montante da rescisão. No processo que deu origem à presente questão prejudicial, o Korkein Oikeus interessa-se pelo alcance da indemnização de M. Juuri, se a Directiva 2001/23 for além da mera imputação, oscilando as suas dúvidas entre o ressarcimento que, no direito finlandês, corresponde a um despedimento ilegal ou o ressarcimento relativo ao período de pré-aviso a respeitar pelo empregador.

1. *Taking words seriously*

44. A interpretação filológica não representa amiúde a melhor ferramenta ao serviço do jurista, mas revela-se sempre ser o primeiro passo no caminho a percorrer. O direito comunitário, uma ordem jurídica redigida num amplo leque de línguas, todas oficiais, encontra fortes argumentos no teor literal dos seus preceitos³¹. Uma vantagem que às vezes redunda num defeito, aumentando a confusão

43. Concordo com os Governos finlandês e húngaro, e com a Comissão, que a Directiva 2001/23 estabelece única e exclusivamente uma repartição da responsabilidade. Se o

30 — Uma metodologia que, ao contrário do que defende o reconhecido Dworkin, R. — *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, não conduz à *única* resposta correcta, mas sim, pelo menos, à solução *mais* acertada.

31 — O Tribunal de Justiça reconheceu-o no acórdão de 23 de Março de 2000, Met-Trans e Saggol (C-310/98 e C-406/98, Colect., p. I-1797, n.º 32): «sejam quais forem as razões que poderiam ser invocadas [...] não compete ao Tribunal de Justiça substituir-se ao legislador comunitário e interpretar uma disposição contra o seu conteúdo expresso». Por vezes, uma simples vírgula é determinante, como aconteceu no acórdão de 17 de Setembro de 1977, Dega (C-83/96, Colect., p. I-5001, n.º 13 e 14).

no momento de decidir quais as normas aplicáveis num litígio concreto³². O caso vertente enquadra-se nesta segunda categoria, em que a pluralidade de idiomas origina mais transtorno que transparência. Isto torna-se evidente no exame dos termos empregues no artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23.

rescisão, «è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro»³⁴. Por conseguinte, umas versões põem a tónica na *imputação* e outras na *responsabilidade*³⁵. Numa acepção ampla, os textos que tendem para a «responsabilidade» reflectem uma vontade do legislador comunitário que excede a mera imputação, para defender uma acepção autónoma do vocábulo, com um conteúdo económico traçado pelo direito comunitário europeu e não pelo direito nacional.

45. A parte final da disposição indica exactamente que a rescisão do contrato de trabalho «considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal». A versão espanhola assim como a francesa, a checa e a alemã referem-se à *imputação* da responsabilidade³³. Outras traduções do artigo estabelecem a *responsabilidade* do empregador, sem aludir à imputação. Assim sucede na versão italiana, na portuguesa, na polaca, na búlgara ou na inglesa, nas quais, por exemplo, a

46. Reitero as palavras com que iniciei esta secção, constatando que a interpretação gramatical, em certas ocasiões, gera mais confusão do que um consenso claro. A literalidade das normas escritas adquire particular relevo quando a sua análise conduz a uma apreciação facilmente discernível, mas não em casos como o presente, em que as palavras e as suas traduções provocam soluções tão díspares quanto contraditórias. Não creio que os cambiantes de redacção algumas versões tenham consequências jurídicas relevantes, pelo que, por este caminho, apenas entramos em terreno inseguro.

32 — No acórdão *Bulmer v. Bollinger*, de 22 de Maio de 1974, da Court of Appeal do Reino Unido, mais conhecido como o caso do champanhe francês, Lord Denning destacou a importância relativa da componente gramatical no direito comunitário: «Seeing these differences, what are the English courts to do when they are faced with a problem of interpretation? They must follow the European pattern. No longer must they examine the words in meticulous detail. No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look to the purpose or intent. [...]»

They must not confine themselves to the English text. They must consider, if need be, all the authentic texts [...]. They must divine the spirit of the treaty and gain inspiration from it. If they find a gap, they must fill it as best as they can. They must do what the framers of the instrument would have done if they had thought about it. So we must do the same. Those are the principles, as I understand it, on which the European Court acts.»

33 — Na versão francesa, «la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur»; na versão checa, ««je zaměstnavatel považován za osobu, z jejíž strany byly pracovní smlouva nebo pracovní poměr ukončeny»; e, na versão alemã, «dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist».

34 — Na versão portuguesa, «a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal»; na versão polaca, «pracodawcę uważa się za odpowiedzialnego za rozwiązanie umowy o pracę lub stosunku pracy»; na versão búlgara, «работодателят се счита за отговорен за прекратяването на трудовия договор или трудовото правоотношение»; e, na versão inglesa, «the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship».

35 — A versão eslovaca traduz uma situação intermédia, ao incluir tanto a imputação como a responsabilidade: «zodpovednosť za skončenie pracovnej zmluvy alebo pracovnoprávneho vzťahu sa bude pripisovať zamestnávateľovi».

47. A aparente arbitrariedade com que se utilizam as palavras «imputação» e «responsabilidade» nas diferentes traduções oficiais faz-me pensar que a chave não reside na literalidade, mas sim na *finalidade* da norma.

neste domínio nem, inclusivamente, a diretivas de protecção mínima, cujos mandatos deixam margem para uma maior protecção à escala nacional³⁷.

2. *Taking goals seriously*

48. A Directiva 2001/23, tal como outros textos legislativos do direito social comunitário, visa a protecção dos trabalhadores no mercado interno europeu. A sua dinâmica protectora da parte mais fraca da relação de trabalho deve ser estudada no seu contexto, que visa um nível harmonizado de protecção na Comunidade, em que as divergências legislativas não devem impedir a livre circulação dos factores de produção³⁶. As disposições sociais representam, portanto, normas complexas, consoante as suas finalidades, mas também pela sua natureza e os seus efeitos. Não é por acaso que se recorreu à directiva

49. A atitude protectora reflecte-se na fundamentação da Directiva 2001/23, que foi aprovada «para proteger os trabalhadores em caso de mudança de empresário especialmente para assegurar a manutenção dos seus direitos»³⁸. Com este propósito, o legislador decidiu acabar com as diferenças que subsistiam nos Estados-Membros, «no que respeita ao alcance da protecção dos trabalhadores»³⁹. O Tribunal de Justiça e os seus advogados-gerais interpretaram a Directiva 2001/23, salientando a importância dos seus aspectos sociais. O advogado-geral G. Cosmas, nas suas

36 — Sobre a busca de um ponto de equilíbrio entre a protecção do trabalho e o fomento da actividade económica, Ball, C. A. — «The Making of a transnational capitalist society: The European Court of Justice, social policy and individual rights under the European Community's legal order», *Harvard International Law Journal*, n.º 37, 1996, pp. 307 e segs. O Tribunal de Justiça também se mostrou muito sensível a esta amálgama de interesses, ao interpretar as disposições sociais comunitárias, como salienta O'Leary, S. — *Employment Law and the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregón, 2002, pp. 119-128.

37 — A utilização da directiva multiplicou-se neste sector, mas o carácter delicado de toda e qualquer intervenção nesta matéria levou a que se recorra com frequência a instrumentos de *soft law*, tal como salientam Kenner, J. — «EC Labour Law: The Softly, Softly Approach», *IJCLLR*, n.º 14, 1995; Goetschy, J. — «The European Employment Strategy: Genesis and Development», *EJIR*, n.º 5, 1999; Santana, M. — «La Internalización de la Estrategia Europea de Empleo en España», *REDE*, n.º 21, 2007; e Zeitlin, J.; Trubek, D. (eds.) — *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003. A ampla presença de *soft law* tem implicações jurídicas, mas também institucionais, como salientam Senden, L. — *Soft law in European Community Law*, Hart Publishers, Oxford, 2004; Alonso García, R. — «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 154, 2001; Sarmiento, D. — *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008; Cini, M. — «The Soft law Approach: Commission Rule-Making in the EU's State Aid Regime», *Journal of European Public Policy*, n.º 8, 2001; Hillgenberg, H. — «A Fresh Look at Soft law», *European Journal of International Law*, n.º 10, 1999; e Klabbers, J. — «The Undesirability of Soft law», *Nordic Journal of International Law*, n.º 36, 1998.

38 — Terceiro considerando.

39 — Quarto considerando.

conclusões no processo Luigi Spano, reconhece que se trata «de uma norma que tem manifestamente um objectivo social»⁴⁰, afirmação essa que encontrou eco na jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴¹.

50. Contudo, esse objectivo social é acompanhado de outras iniciativas. A Directiva 2001/23, tal como a sua antecessora, a Directiva 77/187, procuraram abertamente um equilíbrio entre a salvaguarda dos trabalhadores e o fomento da flexibilidade organizativa das empresas⁴². Com esta preocupação,

as disposições europeias tentaram mitigar a rigidez de algumas regulamentações nacionais, cuja aplicação contribuiu não apenas para dificultar a reestruturação em alguns sectores mas também para criar obstáculos à livre circulação e à concorrência leal no mercado interno. O consenso de interesses é demonstrado pela comparação da redacção originária da Comissão⁴³ com a que emanou do Conselho. O texto definitivo mostra grande preocupação em conciliar a protecção do trabalhador com o fomento de medidas de reorganização empresarial, o que é patente nos artigos em causa no presente processo. Nos n.ºs 25 a 29 das presentes conclusões, refiro que os direitos do trabalhador, após a transferência, podem subsistir por um período determinado ou indeterminado. A Directiva 2001/23 concede ao cessionário uma margem notável de actuação quando se trata de modificar as condições de trabalho do seu pessoal, mas compensa esta maleabilidade com um conjunto de medidas a favor do trabalhador, entre as quais se salienta a possibilidade de rescisão unilateral. Este resultado acaba por conciliar os interesses de ambas as partes, pois a Directiva 2001/23 acrescenta que a rescisão é imputável ao empregador se, em razão da transferência, a situação laboral do trabalhador se agravar. A própria Comissão, no seu projecto de directiva, já em 1974, confirmava que o artigo 4.º, devido a esta ponderação, se limitava a distribuir culpas, deixando a sua delimitação nas mãos dos direitos nacionais⁴⁴.

40 — Conclusões do advogado-geral G. Cosmas apresentadas em 17 de Outubro de 1995 no processo Spano e o. (C-472/93, Colect. 1995, pp. I-4321, I-4324, n.º 15).

41 — Acórdãos de 17 de Dezembro de 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Colect., p. 5465, n.º 12); Daddy's Dance Hall, já referido, n.º 9; e de 5 de Maio de 1988, Berg e Busschers (144/87 e 145/87, Colect., p. 2559, n.º 13).

42 — Segundo O'Leary, S. — *Employment Law* [...], cit., pp. 242, 243, «[t]he purpose of the Directive was to ensure that the rights of employees, in the event of a change of employer, were safeguarded. However, the Preamble also made clear that one of the principal reasons for the introduction of a minimum level of employment protection at EC level was the fear that disparities in employment protection legislation between Member States might have a deleterious effect on the transfers and mergers which it was the common market's aim to bring about as a result of greater economic integration. Thus, the Directive reflected the dual economic and social aims that characterised much of the Community's Social Action Programme. Like Article 141 EC [...], Directive 77/187 [actual Directiva 2001/23] reflected both the Community's attempts to ameliorate 'the unacceptable by-products of growth' and its intention to eliminate distortions of competition'.

43 — COM(74) 351 final, de 29 de Maio de 1974.

44 — Nos comentários ao seu projecto, a Comissão (p. 8), anuncia que: «if the worker does not wish to continue the employment relationship with the transferee because a merger or takeover has led to some essential change in his terms of employment, it seems only fair, as provided for in article 3, that the worker should be treated as if his dismissal was due to the action of his employer. *The legal consequences involved, such as severance payment, compensation, etc., should again be prescribed by the laws, regulations and administrative provisions of the Member States.*»

51. O ponto de equilíbrio entre a protecção do operário e a flexibilidade empresarial obtém-se confiando ao direito nacional o regime de ressarcimento. A Directiva 2001/23, regulamentação mínima que permite potenciar as suas regras no âmbito nacional, formula uma solução razoável. Por um lado, oferece ao trabalhador a certeza de que o agravamento das suas condições de trabalho será compensado pelo cessionário. Por outro lado, atribui ao direito nacional a tarefa de pormenorizar o conteúdo económico da indemnização. Atendendo à finalidade da Directiva 2001/23, estou convencido de que o seu artigo 4.º, n.º 2, prescreve uma *imputação* e não uma caracterização da responsabilidade em que incorre o empregador.

3. *Taking directives seriously*

52. Ainda há outros motivos a favor de uma interpretação restritiva do referido artigo 4.º, n.º 2, de índole sistemática. A regulamentação social comunitária, no seu conjunto, manifesta a intenção das instituições ao aprovar a Directiva 2001/23, pois, quando quiseram condicionar o regime de indemnização que corresponderia à ora demandante, fizeram-no sem rodeios. *A contrario sensu*, há que

deduzir, por conseguinte, que o artigo 4.º, n.º 2, apenas atribui a responsabilidade ao empregador, mas não a define.

53. A Directiva 2006/54/CE, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional⁴⁵, cujas disposições reformulam a maioria das normas antidiscriminatórias comunitárias, obriga os Estados-Membros, no seu artigo 18.º, a prever mecanismos compensatórios para as pessoas que tenham sofrido discriminação. Em princípio, promove a introdução de medidas «necessárias para garantir a existência de uma real e efectiva indemnização ou reparação [...] de uma forma que seja dissuasiva e proporcional [...]». O cariz do preceito incorpora um elemento de evidente alcance comunitário nas ordens jurídicas nacionais, especialmente no domínio do direito do trabalho e do ressarcimento de danos⁴⁶. Do mesmo modo, a Directiva 2006/54 não só atribui a responsabilidade ao empregador mas

45 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006 (*JO L 204*, p. 23).

46 — Esta disposição sistematiza o anterior artigo 1.º, n.º 5, da Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002 (*JO L 269*, p. 15), que altera o artigo 2.º, n.º 6, da Directiva 76/207. Há que salientar que a redacção final da disposição referida é ainda mais proteccionista para com quem sofre a discriminação. Na proposta da Comissão, não havia nenhuma referência ao carácter real, efectivo e dissuasório da indemnização, excluindo simplesmente a restrição do seu montante e garantindo juros de mora. Não obstante, nos comentários da Comissão ao seu projecto, a intenção de condicionar o conteúdo da responsabilidade parece clara: «no que respeita ao direito das vítimas de discriminação, a compensação que assegure uma protecção jurídica real e eficaz, tenha um verdadeiro efeito dissuasivo sobre o empregador e seja, em todos os casos, adequada em relação aos prejuízos sofridos» [COM(2000) 334 final, p. 12].

também proíbe os limites máximos, a fim de preservar os direitos das vítimas da discriminação⁴⁷. O que é muito diferente do previsto no artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23.

54. A Directiva 2004/113/CE, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento⁴⁸, propõe uma solução semelhante, já que, em termos semelhantes aos utilizados pela Directiva 2006/54, o seu artigo 8.º indica que os Estados-Membros devem adoptar as «medidas necessárias para garantir a existência de uma real e efectiva indemnização ou reparação [...], pelos prejuízos e danos sofridos por uma pessoa lesada em virtude de um acto discriminatório [...], de uma forma dissuasiva e proporcionada em relação aos prejuízos sofridos». A disposição obriga o direito nacional em sentido positivo, mas também negativo, terminando por referir que «[a] fixação prévia de um limite máximo não deve restringir essa indemnização ou reparação».

55. As restantes disposições sociais de harmonização guardam silêncio sobre o dever de ressarcimento inerente aos incumprimentos do empregador. A Directiva

2001/23 é expressiva, mas não tão clara como as Directivas 2004/113 e 2006/54, o que me leva a pensar que o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23 alcança um justo equilíbrio, ao implementar um critério de atribuição da responsabilidade, mas não um regime autónomo sobre essa responsabilidade. Apenas há que acrescentar, tendo em conta o exposto nos n.ºs 25 a 29 das presentes conclusões, que, como aí refiro, os artigos 3.º e 4.º da Directiva 2001/23 operam numa relação de complementaridade, originando, em minha opinião, modulações interpretativas, quando seja necessário aplicá-los.

4. Excepção à regra geral de imputação: um elemento de graduação

56. Defendi que uma rescisão do contrato de trabalho baseada no *cumprimento* do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23 não merece a mesma consideração que a rescisão decorrente de um *incumprimento* da disposição referida. Há uma diferença na conduta do empregador que forçaria, em função das circunstâncias, uma exegese matizada do artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23. Esta consequência deriva da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que exige aos tribunais nacionais um grau de protecção processual e substantivo, conforme aos princípios da efectividade e da equivalência, inclusivamente

47 — Disposição que confere forma legislativa à jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente, aos acórdãos de 10 de Abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 23); de 10 de Abril de 1984, Harz (79/83, Recueil, p. 1921, n.º 26); acórdão de 2 de Agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Colect., p. I-4367, n.º 34); e de 22 de Abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, Colect., p. I-2195, n.º 40). Sobre esta técnica indemnizatória em matéria de igualdade, v. McCrudden, C. — «The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements», in Hepple, B.; Szyzszak, E. — *Discrimination: Limits of Law*, Mansell, Londres, 1992.

48 — Directiva do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004 (JOL 373, p. 37).

em domínios que são objecto de uma harmonização mínima⁴⁹. Assim, quando o artigo 3.º foi respeitado pelo cessionário ao consumir a transferência, mas o contrato de trabalho for rescindido em virtude do artigo 4.º, n.º 2, a responsabilidade permanece sujeita às normas gerais do direito nacional do trabalho. Quando suceda o contrário, entendo que o artigo 4.º, n.º 2, apesar de não definir um regime indemnizatório especial, impõe ao Estado-Membro, também a partir do seu direito interno, um tratamento diferenciado.

concreto, mas preocupa-o que se produzam efeitos jurídicos idênticos em situações nitidamente diferentes⁵⁰. Compete ao órgão jurisdicional encontrar a solução mais adequada para a responsabilidade, sempre que utilize um critério de apreciação baseado no referido artigo 3.º, conjugado com o artigo 4.º, n.º 2, também já referido.

57. O Tribunal de Justiça não deve indicar ao Korkein Oikeus o regime de indemnização mais apropriado para dar resposta aos pedidos de M. Juuri. Mas deve orientá-lo e mostrar-lhe que a Directiva 2001/23 instaura dois níveis de responsabilidade. O direito comunitário não se interessa pelo resultado económico

58. Em suma, há que responder à segunda questão prejudicial, declarando que o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23 deve ser interpretado como uma disposição de atribuição da responsabilidade. O direito comunitário exige, não obstante, a graduação dessa responsabilidade, dependendo da observância do artigo 3.º da Directiva 2001/23. Para esse efeito, o órgão jurisdicional nacional aplica os critérios atenuantes ou agravantes da responsabilidade previstos no seu direito nacional.

49 — Desde o acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 18 a 21), o direito comunitário introduz um parâmetro de protecção processual no âmbito nacional, como fruto do direito fundamental a uma protecção judicial efectiva.

50 — Acórdãos de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 30); de 17 de Julho de 1997, National Farmers' Union e o. (C-354/95, Colect., p. I-4559, n.º 61); e de 2 de Outubro de 2003, Garcia Avello (C-148/02, Colect., p. I-11613, n.º 31).

VIII — Conclusão

59. De acordo com as explicações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais do Korkein Oikeus, declarando que:

- «1. O artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, opõe-se a que as condições de trabalho acordadas mediante uma convenção colectiva se extingam no momento do seu termo, quando a transferência da empresa coincide temporalmente com o referido termo e o cedente e o cessionário ajam em fraude à lei. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional determinar se há um comportamento fraudulento ao fazer-se coincidir a data da transferência com a do termo da convenção colectiva.

2. O artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, deve ser interpretado exclusivamente como uma disposição de atribuição da responsabilidade. O direito comunitário exige, não obstante, a graduação dessa responsabilidade, dependendo da observância do artigo 3.º da Directiva 2001/23. Para esse efeito, o órgão jurisdicional nacional aplica os critérios atenuantes ou agravantes da responsabilidade previstos no seu direito nacional.»