sitivo que comience a partir de 1 de enero de 2007, es decir, que las sociedades en las que su ejercicio social coincida con el año natural, deberán adoptar el acuerdo *antes del 30 de junio de 2007*. Asimismo, todos los actos necesarios hasta la cancelación registral de la sociedad deberán ejecutarse en los seis meses siguientes a la adopción del acuerdo de disolución.

IRATXE CELAYA ACORDARREMENTERIA *

PORTUGAL

PERSPECTIVA LABORAL DA TRANSMISSÃO DE ESTABELECIMENTO

Introdução

As questões relacionadas com a transmissão de empresa, estabelecimento ou negócio assumem actualmente uma importância considerável, tendo em conta a frequência com que ocorrem tais situações e a crescente variedade e complexidade de modelos de transacções existentes. Vive-se ainda um ambiente de promoção da externalização de serviços e especialização de actividades, situação que frequentemente se defronta com o regime laboral da transmissão de estabelecimento, não sendo clara a fronteira entre as duas realidades.

Com efeito, é comum verificar-se a existência de uma fronteira ténue entre situações de mera sucessão na actividade e uma verdadeira transmissão de um negócio. Do ponto de vista do adquirente do negócio, esta situação tem frequentemente associado o «*perigo*» de receber um conjunto de trabalhadores, cujo vínculo por vezes não é desejado. Sem ter a pretensão, nem a veleidade de criar uma fórmula perfeita para delimitar tal fronteira, iremos tentar adiantar os critérios que permitam traçar a linha a partir da qual é sustentável a aplicação do regime laboral da transmissão de estabelecimento.

Existe, por vezes, alguma resistência em reconhecer a aplicação deste regime, na medida em que pode implicar a imposição de relações jurídicas não aceite, nem pretendida por uma das partes envolvidas no negócio. Para compreender esta matéria, há que, antes de mais, ter em conta que o desenvolvimento do conceito de relação de trabalho ocorreu historicamente em duas perspectivas: «*ou em conexão com a figura do contrato de trabalho, como fonte da relação laboral, ou de forma autónoma relativamente ao contrato, cuja importância é secundarizada ou mesmo excluída em favor de outro acto constitutivo da relação — a incorporação do trabalhador na organização do credor e a prestação efectiva do trabalho.*» (*Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, M. R. Palma Ramalho, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 110). Porém, hoje em dia, é unanimemente aceite o contrato de trabalho como forma de vinculação dos sujeitos, assumindo a dimensão comunitária uma importância acessória na definição dos direitos e obrigações das partes. É precisamente esta função acessória que assume preponderância nos casos de transmissão de estabelecimento, em que se faz apelo à «teoria da empresa» e se entende que o contrato de trabalho acompanha o estabelecimento e não o empregador.

Assim, o instituto da transmissão de estabelecimento surge com uma dupla missão: (i) preservar a unidade produtiva numa situação de transferência e (ii) proteger o trabalhador, quer da eventualidade de despedimento no caso de separação entre o empregador e a unidade produtiva, quer da possível perda de condições e garantias na transição para outro empregador.

É, assim, neste contexto que deve entendida a perspectiva laboral da transmissão de estabelecimento.

Breve Enquadramento

A matéria relativa à transmissão da empresa ou estabelecimento vem, actualmente, regulada nos artigos 318.º a 321.º do Código do Trabalho, cujas disposições normativas visaram transpor para o nosso ordenamento jurídico a 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 ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (Directiva 2001/23).

Convém, no entanto, fazer uma pequena retrospectiva da evolução legislativa. Em Portugal, esta matéria começou por vir regulada no artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969 (Lei do Contrato de Trabalho). Na altura tra-

* Abogado del Área del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Bilbao).

tava-se de uma norma inovadora e durante alguns anos foi mesmo entendida como sendo mais progressista do que o regime constante na Directiva que se debruçou inicialmente sobre esta matéria, a Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977 (Directiva 77/187).

Entretanto, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) foi afirmando um conceito de transmissão de estabelecimento dificilmente previsível à luz do texto da Directiva 77/187. De tal forma que as soluções interpretativas do TJCE nesta matéria vieram depois a ser consolidadas na Directiva 98/50/CE, do Conselho de 29 de Junho de 1998 (Directiva 98/50) e, posteriormente, na Directiva 2001/23. Com efeito, esta última não representou um corte com o passado em relação ao texto da Directiva 77/187, mas antes um esclarecimento que, conforme expressamente vem referido no seu Considerando Prévio n.º 8, «*não alterou o âmbito da Directiva 77/187/CEE, tal como é interpretado pelo Tribunal de Justiça*».

De facto, esta contribuição do TJCE na construção do actual conceito de transmissão de estabelecimento é expressamente sublinhado na parte inicial do mencionado Considerando Prévio n.º 8, onde se diz que «*por motivos de segurança e transparência jurídicas, foi conveniente esclarecer o conceito jurídico de transferência à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*». Repare-se, ainda que no Considerando Prévio n.º 7 é expressamente reconhecido que a Directiva 77/187/CEE foi posteriormente alterada (pela Directiva 98/50) «*tendo em conta* [...] *a jurisprudência do*» TJCE, entre outros motivos.

Assim, a recente alteração legislativa prevista no Código do Trabalho impunha-se pela necessidade de transpor a Directiva 2001/23. Com efeito, apesar de as Directivas não transpostas não serem directamente aplicáveis nas relações entre os cidadãos, «*as jurisdições nacionais estão obrigadas: a interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade da directiva, por forma a que seja alcançado o resultado pretendido; e a excluir, por força do princípio da primazia do Direito Comunitário, a aplicação das normas internas contrárias ao dispositivo da directiva.*» (*Manuel de Direito Comunitário*, J. Mota de Campos, , 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 326).

Desta forma, para uma análise do conceito de transmissão de estabelecimento numa perspectiva laboral, é incontornável uma abordagem sobre a Jurisprudência, em especial, do TJCE.

A importância da Jurisprudência na evolução do conceito em análise

Há diversas decisões do TJCE e dos Tribunais nacionais que são paradigmáticas do que tem sido a evolução do conceito de transmissão de estabelecimento para efeitos laborais. Vamos referir brevemente apenas algumas, começando pelo TJCE.

No Processo 24/85 (Spijkers), os factos trazidos perante o TJCE foram os seguintes: o Sr. Spijkers trabalhava para a empresa C, a qual operava um matadouro. Em Dezembro de 1982 o matadouro, com os diferentes espaços e salas, o terreno e outros bens foram vendidos à empresa B. A partir de Fevereiro de 1983, B passou a explorar o referido matadouro, sendo que todos os trabalhadores de C foram reassumidos por B, com excepção do Sr. Spijkers e de um outro trabalhador. A empresa C veio a ser declarada falida em Março de 1983, altura em que todas as suas actividades negociais tinham cessado e em que já não existia qualquer aviamento relativamente a ela. A questão que se suscitou foi a de saber se se poderia falar da transmissão de um estabelecimento como unidade económica numa situação em que, por um lado, não tinha havido transmissão de clientela ou aviamento e, por outro lado, se verificara um hiato temporal entre o encerramento e o recomeço da actividade.

O TJCE considerou que decisivo para saber se existiu uma transmissão relevante no contexto da Directiva é determinar se o estabelecimento conservou a sua identidade. Uma transmissão de estabelecimento (ou de parte) não tem lugar apenas porque alguns elementos deste são transferidos; é necessário verificar se o estabelecimento continua a operar, o que se afere, nomeadamente, pelo facto de que a sua exploração foi continuada ou recomeçada pelo novo empregador com a mesma actividade ou actividade similar. Para o efeito, é imprescindível considerar todas as circunstâncias do caso, incluindo o tipo de estabelecimento, se os seus bens corpóreos foram transferidos, o valor dos bens incorpóreos no momento da transferência, se a maioria dos trabalhadores foram ou não reassumidos pelo novo empregador, se os clientes foram ou não transferidos, bem como o grau de similaridade entre as actividades levadas a cabo antes e depois da transferência e ainda o eventual período, se este existiu, em que tais actividades foram suspensas. Concluiu, então, o Tribunal que existiu uma transmissão do estabelecimento à luz da Directiva.

No Processo 101/87 (Bork), a questão de facto consistia, essencialmente, no seguinte: em Abril de

1980, a sociedade PBI arrendou uma fábrica da propriedade de OTF, assumindo todo o pessoal desta. No Outono de 1981 a sociedade PBI denunciou o contrato de exploração de fábrica com efeitos a 22 de Dezembro de 1981 e despediu todo o pessoal. Em 31 de Dezembro de 1981, a Sociedade JI comprou a fábrica em questão à OTF e a 4 de Janeiro de 1982 retomou a laboração, tendo admitido mais de metade dos trabalhadores da PBI. A questão que se suscitou foi a de saber se a directiva se poderia aplicar numa situação em que o proprietário do estabelecimento, depois de ter concedido a sua exploração temporária a outrem, retoma a posse dessa propriedade uma vez terminada a referida concessão e, posteriormente, transmite o estabelecimento a um terceiro que, pouco tempo depois, recomeça a mencionada exploração, sem que exista qualquer acordo entre o concessionário primitivo e o terceiro adquirente ou entre este último e o proprietário quanto à sorte dos contratos de trabalho.

O TJCE sublinhou ser irrelevante a circunstância de a transferência operar em duas fases. Quanto ao facto de os contratos de trabalho terem cessado antes da data da transferência, entendeu que o encerramento temporário do estabelecimento e a consequente inexistência de contratos de trabalho no momento da transferência, não impediam necessariamente que se considerasse existir uma genuína transmissão de estabelecimento. O Tribunal reconheceu, no entanto, que o facto de o estabelecimento estar encerrado no momento da transferência constitui um dos factores a atender para aferir da existência de uma transmissão, importando, no entanto, não descurar as restantes circunstâncias do caso, mormente quando o encerramento é curto. Concluiu, uma vez mais, pela verificação de uma verdadeira transmissão de estabelecimento.

No Processo C-340/01 (Carlito Abler) estava em causa a seguinte situação: um Hospital resolveu o contrato de prestação de serviços de restauração que mantinha com a empresa A. De seguida, contratou a empresa B a fim de prestar os mesmo serviços, não tendo esta admitido quaisquer dos trabalhadores da empresa A, nem beneficiado de quaisquer informações sobre a actividade. Todo o equipamento era propriedade e fornecido pelo Hospital.

O TJCE pronunciou-se no sentido de se verificar a existência de uma transmissão neste caso, tendo destacado que a restauração colectiva não pode ser considerada como uma actividade que se baseie essencialmente na mão-de-obra, na medida em que exige equipamentos importantes. Para o TJCE, os locais e equipamentos colocados à disposição pelo Hospital saõ indispensávis à preparação e distribuição das refeições pelo que a sua utilização pela nova entidade bastará para caracterizar a transmissão da entidade económica, tendo ainda destacado que a nova empresa retomou o essencial da clientela da anterior, isto é, o hospital. Neste caso, o TJCE levou um pouco mais longe a aplicação do método indiciário para verificar se existia a manutenção da identidade económica, entendendo que o peso relativo de cada um dos inícios teria que ser ponderado, tendo em conta as características da própria natureza do negócio.

No que diz respeito à Jurisprudência nacional, também se tem registado uma evolução significativa ao longo das últimas três décadas.

Com efeito, o artigo 37.º da LCT falava apenas em transmissão «por qualquer título» de um «estabelecimento». Durante as décadas de 70 e 80, a Jurisprudência nacional foi fazendo uma interpretação restritiva desta norma, considerando que se aplicava somente a situações de trespasse, ou figuras muito próximas.

Os ecos da Jurisprudência do TJCE sobre a interpretação da Directiva apenas se começaram a sentir a partir da década de 90. Só a partir desta altura é que se começam a registar nos Tribunais superiores decisões que defendem a existência de um conceito amplo de «transmissão» e de «estabelecimento». Aos poucos foi-se consolidando a ideia de que a figura de transmissão de estabelecimento englobava outras formas de sucessão, tais como a fusão, a cisão de sociedades, a aquisição de uma empresa privada por uma pessoa colectiva de direito público, a nacionalização, e até mesmo casos de transmissão inválida, arrematação em hasta pública, a cessão e a reversão da cessão de exploração. Por sua vez, em relação ao conceito de estabelecimento, a Jurisprudência foi mantendo um entendimento restritivo, formal e ainda muito ligado ao conceito do direito comercial.

Com a actual redacção do artigo n.º 318.º do Código do Trabalho fica claro que o conceito de empresa ou estabelecimento é obtido através de um critério indiciário e ponderado. Porém, continua a ser uma tarefa difícil a de identificar no concreto quais os indícios que devem ser considerados mais relevantes.

A este propósito é de salientar o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Abril de

2006 referente ao seguinte caso. Entre duas empresas encontrava-se em negociação a celebração de um contrato de trespasse relativo a uma loja situada num Centro Comercial. Foram afixados anúncios e explicada aos trabalhadores a futura passagem para a outra entidade. Entretanto, o negócio não se concretizou devido a uma situação de falência da empresa mãe da sociedade cedente. A empresa titular do estabelecimento deixou de cumprir as suas obrigações para com o Centro Comercial e este rescindiu o contrato de ocupação de loja. O mesmo espaço veio a ser entregue alguns meses mais tarde, devoluto de pessoas e bens, à outra empresa que nesse espaço abriu uma loja destinada ao comércio do mesmo tipo de artigos.

Neste caso, o Tribunal da Relação do Porto considerou não existir uma situação de transmissão de estabelecimento, valorizando o facto de o adquirente ter recebido um espaço em bruto e não ter existido transmissão de clientela. Entendeu o Tribunal que é discutível a existência de uma clientela pertencente a uma loja integrada num Centro Comercial, já que, em geral, as pessoas escolhem o Centro Comercial pelo conjunto de serviços oferecidos. Parece-nos que este aresto revela uma visão equilibrada do conceito de transmissão de estabelecimento, sendo fiel à ideia da unidade e da identidade do negócio, em contraposição à mera sucessão de uma actividade semelhante.

A manutenção da identidade da entidade económica

Com a entrada em vigor do Código do Trabalho, em Dezembro de 2003, foi substancialmente alargado o regime consagrado no artigo 37.º da LCT, tendo ficado claro que o regime de transmissão de empresa ou estabelecimento abrange: (i) parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica e (ii) todos casos de transmissão, por qualquer título, incluindo cessão ou reversão da exploração.

Por sua vez, em relação à Directiva 2001/23, o esclarecimento a que alude o Considerando prévio n.º 8 a que acima fizemos expressa referência, encontra-se previsto nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 1.º, cuja redacção foi inicialmente introduzida pela Directiva 98/50, não constando de forma alguma na versão original da Directiva 77/187. Dispõe, então, a mencionada alínea *b)* que «*Sob reserva do disposto na alínea a) e das disposições seguintes do presente artigo, é considerada transferência, na acepção da presente directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória*», prevendo, por sua vez, a alínea c) que «*a presente directiva é aplicável a todas as empresas, públicas ou privadas, que exercem uma actividade económica, com ou sem fins lucrativos.* [...]».

A acepção consagrada pela mencionada alínea b) representa, pois, a consolidação de uma série de soluções e interpretações que foram sendo encontradas pelo TJCE nos diversos casos submetidos à sua apreciação, conforme se poderá retirar da breve amostra que acima referimos.

Fundamental, assim, para aferir se determinada situação configurou uma transmissão de estabelecimento nos termos da Directiva (e obviamente da legislação portuguesa que a transpôs), é saber se a entidade económica se manteve a mesma após a transmissão, seja qual for a forma que esta revista, tarefa essa que nem sempre se afigurará linear.

Ora, a enfatização do critério da manutenção da identidade da entidade económica para aferir da existência de uma transmissão traz como consequência a desvalorização da questão relacionada com a inexistência de uma relação jurídica, e em concreto, de uma relação negocial e/ou de um vínculo contratual entre os sucessivos responsáveis pela exploração de um estabelecimento. Isto é, a aplicação da directiva não pressupõe necessariamente a existência de um vínculo contratual entre o cedente e o cessionário, o que, para muitos operadores do comércio jurídico, nem sempre será fácil de interiorizar.

Pelo exposto, já não existirá hoje dúvida de que para efeitos de aplicação do regime de transmissão de estabelecimento ou empresa, o critério determinante é o de manutenção da identidade da entidade económica.

Para avaliação se num caso concreto existe a manutenção de uma unidade económica teremos que nos socorrer do método indiciário. É necessário, pois, analisar de uma forma unitária e global se existe a manutenção dos vários elementos que compõem um estabelecimento comercial, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, nomeadamente, instalações, equipamentos, stocks, clientela, *know how*, licenças, marcas ou insígnias, bem como a duração de uma eventual interrupção da actividade.

Tal análise terá ainda de ter em conta as características próprias do negócio e os indícios que são mais relevantes na vida desse negócio. Torna-se, assim, necessário atender ao contexto do caso concreto, à natureza da actividade desenvolvida, para aferir da relevância de cada um daqueles elementos no âmbi-

to da transmissão, pois nem todos os elementos apontados terão o mesmo grau de importância. De facto, enquanto que numa empresa cuja actividade seja essencialmente industrial, a transmissão das instalações e equipamentos terá uma importância relevante, o mesmo já não sucederá no caso de uma empresa cuja actividade se centre na prestação de serviços técnicos em *outsourcing* em que relevará essencialmente o *know-how*. Já numa actividade sujeita a licenciamento e, sobretudo, quando este for escasso, a transmissão da licença também poderá ser a pedra de toque.

No que diz respeito à transferência do *know-how*, há que ter em conta que se trata simultaneamente de um elemento indiciário e de uma consequência da transmissão de estabelecimento. Quer isto dizer que, se a identidade do negócio estiver dependente da manutenção do *know how* e efectivamente passarem alguns trabalhadores para o novo responsável pelo negócio, nesse caso pode ser entendido que deverá verificar-se uma transferência automática de todos os trabalhadores. Fica, assim, dificultada a realização do chamado «*sherry picking*» por parte do adquirente em relação a determinados trabalhadores, sobretudo quando a característica do negócio está precisamente no conhecimento técnico desses mesmos trabalhadores. Sublinha-se, pois, que tudo dependerá do peso de cada elemento no conjunto organizado de meios que compõem a entidade económica e que constituem a sua identidade.

Em suma, podemos então dizer que sempre que se verifique que uma entidade económica transferida manteve a sua identidade, automaticamente se transmitiu «*para o adquirente a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores*» (artigo 318.º, n.º 1 do Código do Trabalho), isto é, que «*os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência*» foram «*por esse facto transferidos para o cessionário*» (artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 2001/23). Trata-se, pois, de uma consequência automática, revestindo ainda carácter imperativo.

Acresce que, no regime actual, como aliás no anterior, para que a transmissão de estabelecimento seja válida, não é necessário o acordo dos trabalhadores. No entanto, existe alguma doutrina que defende um direito de oposição do trabalhador na passagem do seu contrato de trabalho. O TJCE tem-se mostrado sensível a esta ideia, mas nunca considerou que tal resultasse da Directiva, deixando para as jurisdições nacionais a resolução dessa questão. Na Jurisprudência nacional também não há registo de decisões relevantes que sustentem a existência deste direito, se bem que o Supremo Tribunal de Justiça já admitiu em abstracto essa possibilidade, sem, no entanto, esclarecer como deveria ser exercida e quais as suas repercussões.

Conclusão

Não obstante ser de realçar a bondade da interpretação seguida pelo TJCE, no sentido de esclarecer as situações em que se está perante uma mera sucessão de actividade ou uma transmissão de estabelecimento e o seu importante contributo nesse sentido, a verdade é que se mantém uma certa indefinição na apreciação dos próprios conceitos de manutenção de identidade e de entidade económica, aliado ao facto de o método indiciário ponderado tender para uma perspectiva demasiado casuísta. Mantem-se, pois, frequentemente a difícil tarefa de identificar as situações em que existe uma unidade económica num negócio.

Acnesce que, existe por vezes a tentação de tentar aplicar este regime a todas as situações de mera sucessão de uma actividade. No entanto, isso seria desastroso em termos de segurança do tráfego do comércio jurídico, obrigando os operadores do mercado a redobrar as suas cautelas de assumir riscos indesejados. Além disso, seria um enorme desincentivo ao recurso a situações de *outsourcing* de serviços especializados, actividades essas que frequentemente conferem uma enorme mais-valia às empresas.

Resta-nos esperar que impere o bom senso e que, como refere Júlio Gomes, não tenha sido aberta a Caixa de Pandora (*Comentário de Urgência ao Acordão do TJCE, de 20 de Novembro de 2003, Processo n.º C-340/01*, J. Gomes, , RDES, pp.213 a 219).

José Pedro Anacoreta y José Amorim Magalhães *

A NOVA LEI DAS FINANÇAS LOCAIS: ANÁLISE E COMENTÁRIO

Introdução

Com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro, a qual aprovou a nova Lei das Finanças Locais, estabeleceu-se o novo regime financeiro dos

* Abogados de las Áreas de Fiscal y Laboral (Lisboa y Oporto respectivamente), de Uría Menéndez.