

Manuel Ramirez Fernandes

O (novo) procedimento de transmissão de estabelecimento no Direito do Trabalho

Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados

maio de 2018

Índice

I – Enquadramento;

II – Fases do (novo) procedimento de transmissão de estabelecimento;

III – Novo regime sancionatório.

I - Enquadramento

- A Diretiva n.º 2001/23/CE, que revogou as anteriores diretivas sobre esta temática, foi transposta para o direito português através do Código do Trabalho de 2003.
- A referida diretiva assenta, fundamentalmente, em três pilares:

I - Enquadramento

- 1º - Face à liberdade de iniciativa económica do empresário nos negócios que celebra com respeito à sua empresa, constata a inevitabilidade da transferência de empresas como consequência normal da atividade económica;

I - Enquadramento

- 2º- Necessidade de proteger os trabalhadores, procurando evitar que estes sejam afetados na sua posição contratual, mas sobretudo protegendo-os contra o despedimento;

I - Enquadramento

- 3º- Instituição de deveres de informação e consulta do transmitente e transmissário relativamente aos representantes dos trabalhadores ou aos próprios trabalhadores.

I - Enquadramento

- Para os efeitos da presente comunicação, interessa-nos, essencialmente, este 3º pilar, porque incorporante dos procedimentos legais a que devem obedecer transmitente e transmissário de um estabelecimento.

I - Enquadramento

- É também importante referir dois fatores relativos ao regime anterior que julgo terem marcado a reforma legislativa:

I - Enquadramento

- 1º - Era consensual que o regime anterior padecia de uma fraqueza sancionatória, uma vez que apenas considerava uma contraordenação leve o incumprimento dos deveres de informação e consulta (anterior formulação do n.º 6 do art.º 286.º do CT).

I - Enquadramento

- 2º - Era também consensual que a violação dos deveres de informação e consulta não afetavam a validade da transmissão, já que tais deveres não constituíam requisitos de validade.

I - Enquadramento

- A conjugação destes dois fatores não permitia que o sistema dissuadisse ou prevenisse o incumprimento destes deveres de informação e consulta.

I - Enquadramento

- Com a publicação da Lei n.º 14/2018, de 10/03, o legislador teve intenção de criar um procedimento:
 - a)- Mais complexo;
 - b)- Mais garantístico dos trabalhadores envolvidos numa transmissão de estabelecimento;
 - c)- Mais dissuasor do incumprimento dos deveres de informação e consulta.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

FASES

- 1^a- Comunicação escrita da decisão de transmissão de estabelecimento;
- 2^a- Consulta e (eventual) negociação com os representantes dos trabalhadores;
- 3^a- Execução da transmissão.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- O procedimento inicia-se com uma comunicação escrita a enviar aos representantes dos trabalhadores, ou aos próprios trabalhadores, casos não existam representantes com precedência na legitimidade representativa, e deve conter (art.º 286.º/1 do CT):

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- a)- A data da transmissão;
- b)- Os motivos da transmissão;
- c)- As suas consequências jurídicas, económicas ou sociais para os trabalhadores;
- d)- As medidas projetadas relativamente aos trabalhadores;
- e)- O conteúdo do contrato entre transmitente e adquirente.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- **QUESTÃO:** Na hipótese de não existir qualquer contrato entre transmitente e transmissário de um estabelecimento, ou nem sequer qualquer contacto entre eles (uma vez que muitos estabelecimentos e respetivos locais de trabalho se situam em instalações de clientes que subcontratam determinada atividade, substituindo prestadores de serviços), como é que o transmitente e o adquirente cumprem esta obrigação?

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1^a – Comunicação inicial.

- **A data da transmissão.**

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Não é linear para a entidade empregadora transmitente a tomada de decisão quanto à data em que pretende executar a transmissão de estabelecimento.
- Temos de analisar o regime em toda a sua extensão e identificar os aspetos que podem influenciar ou condicionar esse momento.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Entre o envio desta comunicação inicial e a fase seguinte, de informações e negociação, o legislador obriga a que exista uma distância temporal mínima de 10 dias úteis (n.º 3 do art.º 286.º do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Por sua vez, o prazo relativo à eventual constituição de uma comissão representativa pelos trabalhadores, na falta de outros representantes de trabalhadores com precedência representativa, é de cinco dias úteis contados da receção da comunicação inicial (n.º 6 do art.º 286.º do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Finalmente, a transmissão só pode ter lugar decorridos 7 dias úteis após o termo do prazo para a designação da comissão representativa, se esta não tiver sido constituída, ou após o acordo ou o termo da consulta (n.º 7 do art.º 285.º do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1^a– Comunicação inicial.

- **Em conclusão:**
- Entre a data em que deve ser enviada a comunicação inicial da projetada transmissão de estabelecimento e a data em que transmitente e adquirente podem executá-la devem mediar, pelo menos e por regra, 17 dias úteis.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Esse prazo poderá ser reduzido para 12 dias úteis se, não havendo outros representantes dos trabalhadores com precedência representativa, os trabalhadores não usarem a faculdade de designar uma comissão representativa “ad hoc” nos 5 dias úteis após a recepção da comunicação inicial.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1^a– Comunicação inicial.

- Parece-nos, assim, que a comunicação inicial deve ser adaptada ao caso concreto, ou abarcar essas duas possibilidades de data de transmissão.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1^a– Comunicação inicial.

- **O conteúdo do contrato entre transmitente e adquirente.**

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- A comunicação do conteúdo do contrato entre transmitente e adquirente e a obrigação de proceder a consultas com os representantes dos trabalhadores está sujeita:
 - (i) Às regras de confidencialidade aplicáveis a ERCT (art.º 412.º, por remissão dos n.ºs 1 e 2 do art.º 286.º, ambos do CT); e
 - (ii) Às regras de justificação e controlo judicial em matéria de confidencialidade de informação (art.º 413.º do CT e arts. 186.º-A a 186.º-C do CPT, por remissão dos n.ºs 1 e 2 do art.º 286.º do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Desde logo, nos termos do art.º 412.º do CT, devemos distinguir dois tipos de confidencialidade das informações relativas ao contrato estabelecido entre transmissário e adquirente:

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- a)- Informações confidenciais cuja natureza não seja suscetível de afetar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento . Estas informações são transmitidas aos representantes dos trabalhadores, que ficam sujeitos ao dever de confidencialidade (art.º 412.º/1 e 2 do CT);

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- b)- Informações confidenciais que, pelo facto de serem suscetíveis de afetar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento, excepcionalmente podem nem sequer ser reveladas pelos transmitente e transmissário (art.º 412.º/3 do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1^a– Comunicação inicial.

- **QUESTÃO:** Não havendo representantes dos trabalhadores, esta obrigação de informação e dever de confidencialidade estende-se aos trabalhadores designados na comissão representativa “ad hoc”?

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Assim, transmitente e transmissário não são obrigados a prestar informações ou a proceder a consultas que recaiam sobre matérias que, mesmo ao nível meramente potencial, possam colocar em causa a empresa, afetar gravemente o seu funcionamento ou do estabelecimento projetado ser transmitido.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Esta recusa em prestar informação ou não realizar consulta sobre determinadas matérias consideradas confidenciais deve ser fundamentada, por escrito, com base em critérios objetivos, assentes em exigências de gestão (art.º 413.º/1 do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Em caso de dúvida os representantes dos trabalhadores poderão solicitar a apreciação judicial do comportamento de transmitente e adquirente do estabelecimento através do processo especial de impugnação da confidencialidade de informações ou da recusa da sua prestação ou da realização de consultas, previstos nos arts. 186.º-A a 186.º-C do CPT.
- Processo especial introduzido no CPT pelo DL n.º 295/2009, de 13/10, aplicável aos processos iniciados após 01/01/2010.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- O art.º 413.º/2 do CT só confere legitimidade às ERCT (estruturas de representação coletiva dos trabalhadores) para acionar este processo especial.
- Assim, a comissão representativa “ad hoc”, não está sujeita aos deveres de confidencialidade dos arts. 411.º a 414.º do CT, e, como tal, é nossa opinião que a entidade patronal pode escusar-se a fornecer-lhes informações confidenciais.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- **QUESTÃO:** Na hipótese de não existir qualquer contrato entre transmitente e transmissário de um estabelecimento, ou nem sequer qualquer contacto entre eles (uma vez que muitos estabelecimentos e respetivos locais de trabalho se situam em instalações de clientes que subcontratam determinada atividade, substituindo prestadores de serviços), existe alguma obrigação de dar informações sobre o contrato existente com esse cliente?

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1^a – Comunicação inicial.

- **Representantes dos trabalhadores.**

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Consideram-se representantes dos trabalhadores, por esta ordem de procedência (art.º 286.º/7 do CT):
-
- 1º- Comissões de Trabalhadores;
- 2º- Associações sindicais;
- 3º- Comissões intersindicais;
- 4º- Comissões sindicais;
- 5º- Delegados sindicais;
- 6º- Comissão representativa designada pelos trabalhadores 5 dias úteis após a receção da comunicação inicial, na falta de representantes de trabalhadores com procedência de legitimidade representativa.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- Atento o número reduzido de comissões de trabalhadores, comissões sindicais ou intersindicais que existe nas empresas portuguesas, é expectável que esta função seja maioritariamente assegurada pelas associações sindicais, ultrapassando as dificuldades que a este nível se sentem, por exemplo, no procedimento de despedimento coletivo (art.º 360.º/1 do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

1ª – Comunicação inicial.

- **QUESTÃO:** Caso a maioria dos trabalhadores envolvidos na transmissão não seja sindicalizada, ou seja sindicalizada em diversas associações sindicais, qual será a entidade para a qual se envia a comunicação inicial, na ausência de comissão de trabalhadores?

2º FASE

- **CONSULTA E NEGOCIAÇÃO COM OS REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES**

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª– Consulta e negociação.

- Como acima foi referido, decorrido o prazo mínimo de dez dias úteis após a comunicação anterior, transmitente e transmissário devem promover a fase de consulta com os representantes dos trabalhadores.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

2^a– Consulta e negociação.

- Se a projetada transmissão envolver eventuais medidas que afetem os trabalhadores, esta fase também poderá evoluir para uma negociação quanto a essas medidas que o transmissário pretende aplicar aos trabalhadores na sequência da transmissão, tendo em vista alcançar um acordo quanto a tais medidas.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª – Consulta e negociação.

- Nesta fase poderá qualquer das partes solicitar a participação da DGERT (“... *serviço competente do ministério responsável pela área laboral ...*”) na reunião de consulta e negociação (art.º 286.º/5 do CT).
- DGERT – Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª – Consulta e negociação.

- Com vista a promover:
 - (i) a regularidade da instrução substantiva e procedimental;
 - (ii) a conciliação dos interesses das partes; e
 - (iii) o respeito dos direitos dos trabalhadores.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª – Consulta e negociação.

- Tal como no despedimento coletivo, esta intervenção pretende reforçar a regularidade do procedimento e impedir que este mecanismo possa ser usado para promover os chamados “despedimentos coletivos fraudulentos”.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª – Consulta e negociação.

- Caso não tenha havido intervenção da comissão representativa “ad hoc”, o empregador transmitente deve informar imediatamente os trabalhadores abrangidos pela transmissão do conteúdo do acordo ou do termo da consulta (art.º 286.º/8 do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª– Consulta e negociação.

- O empregador transmitente deve aproveitar esta comunicação para confirmar junto dos trabalhadores abrangidos pela transmissão de qual a data concreta em que a esta vai ter lugar.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento
2ª – Consulta e negociação.

- Destes contactos consultivos e negociais deve resultar uma ata (art.º 362.º/2 por remissão do art.º 286.º/5, ambos do CT).

3ª FASE
EXECUÇÃO DA TRANSMISSÃO

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3^a– Execução da transmissão.

- Decorridos sete dias úteis após o termo do prazo para a designação da comissão representativa “ad hoc”, se esta não tiver sido constituída, ou após o acordo ou o termo da consulta anterior, a transmissão pode ter lugar (art.º 285.º/7 do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- No caso de média ou grande empresa (50 ou mais trabalhadores - art.º 100.º do CT), o transmitente deve informar a Autoridade Para as Condições do Trabalho - ACT (art.º 285.º/9, 1ª parte, do CT):
 - (i) Do conteúdo do contrato entre transmitente e adquirente do estabelecimento;
 - (ii) Havendo transmissão de unidade económica, de todos os elementos que a constituem.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- Esta obrigação de informação da ACT só existirá no caso de micro ou pequena empresa (até 49 trabalhadores - art.º 100.º do CT) se tal for solicitado pela ACT (art.º 285.º/9, 2ª parte, do CT).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- **QUESTÃO:** Na hipótese de não existir qualquer contrato entre transmitente e transmissário de um estabelecimento, ou nem sequer qualquer contacto entre eles (uma vez que muitos estabelecimentos e respetivos locais de trabalho se situam em instalações de clientes que subcontratam determinada atividade, substituindo prestadores de serviços), existe alguma obrigação de dar informações à ACT sobre o contrato existente com esse cliente?

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- No que respeita aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, o art.º 498º n.º 2 do CT – na redação dada pela Lei n.º 14/2018, de 19 de Março – determina: se após o decurso do prazo de vigência do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que vincula o transmitente ou, no mínimo, durante 12 meses a contar da transmissão, não for aplicável ao adquirente outro instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, manter-se-ão os efeitos já produzidos nos contratos pelo instrumento que vincula o transmitente, relativamente às seguintes matérias:

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- a)- Retribuição do trabalhador;
- b)- Categoria e respetiva definição;
- c)- Duração do tempo de trabalho;
- d)- Regimes de proteção social cujos benefícios sejam substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social ou com protocolo de substituição do Serviço Nacional de Saúde.

(art.º 501.º/8, por remissão do art.º 498.º/2, ambos do CT)

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- As reflexões e debates, na doutrina e jurisprudência, que existiram sobre a temática das relações coletivas de trabalho na hipótese de transmissão de unidade económica marcaram, esta alteração legislativa (art.º 498.º/2 do CT).
 - Ac. Scattolon (reconhecimento da antiguidade no transmitente);
 - Ac. do TJUE (Grande Secção), de 6 de setembro de 2011;
 - Ac. Werhof (Cláusulas de remissão);

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- A transmissão dos da posição de empregador nos contratos de trabalho (relações individuais) já estava consagrada no regime anterior.
- O regime atual esclarece ainda que os trabalhadores transmitidos ao adquirente mantêm todos os "*direitos contratuais e adquiridos*".

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- O legislador entendeu exemplificar o que se deve entender por “*direitos contratuais e adquiridos*”, referindo expressamente (art.º 285.º/3 do CT):
 - (i) A retribuição;
 - (ii) A antiguidade;
 - (iii) A categoria profissional;
 - (iv) O conteúdo funcional;
 - (v) Os benefícios sociais.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- Relativamente aos “benefícios sociais”, que abrange desde complementos de reforma a seguros de saúde, podem existir muitos que são dificilmente transferíveis, ou mesmo não transferíveis.

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- Ao nível das relações coletivas de trabalho no âmbito de uma transmissão de estabelecimento, vemos alguma dificuldade em aceitar que uma empresa transmissória fique sujeita indefinidamente a uma convenção coletiva que não negociou, não estando filiado na associação de empregadores que a outorgou, nem a ela tendo aderido.

Ofende, de forma substancial, a sua liberdade contratual e de associação.

- Esta possibilidade ofende, de forma substancial:
 - a sua liberdade contratual e de associação;
 - a sua liberdade de iniciativa económica, que lhe permite introduzir alterações ou adaptações na unidade económica transmitida.

- É necessário encontrar um *"justo equilíbrio entre os interesses dos trabalhadores por um lado, e os interesses do cessionário, por outro, e do qual resulta, nomeadamente, que o cessionário deve poder proceder aos ajustamentos e às adaptações necessárias à continuação da sua atividade"* (Ac. do TJUE de 11 de setembro de 2014, processo C-328/13).

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3^a– Execução da transmissão.

- **QUESTÃO:** Como fazer no caso dos benefícios sociais que não são, por natureza, transmissíveis, como concessões de empréstimos bancários se o transmitente não é uma entidade bancária?

Fases do procedimento de transmissão de estabelecimento

3ª – Execução da transmissão.

- **QUESTÃO:** Estas poderão ser uma das “medidas projetadas relativamente aos trabalhadores”, a que se refere a lei relativamente ao dever de informação na comunicação inicial, que poderão ser negociadas com os trabalhadores?

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- Passaram a ser consideradas contraordenações graves (art.º 285.º/12 do CT):
 - a violação do prazo de 7 dias úteis após a reunião de informação e negociação, para a transmissão ter lugar (285.º/7 do CT);
 - a falta de informação da ACT pelas médias ou grandes empresas (285.º/8 do CT);
 - a falta de informação da ACT pelas micro e pequenas empresas, quando a ACO o solicite (285.º/9 do CT);

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- A comunicação, pelo empregador, de uma alegada transmissão de estabelecimento, quando esta não tenha ocorrido, constitui contraordenação muito grave.

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- A não comunicação de uma transmissão de estabelecimento, pelo transmitente ou adquirente, por estes não reconhecerem ter esta ocorrido, constitui uma contraordenação muito grave.

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- Em ambos os casos, esse poder contraordenacional da ACT é complementado com um outro: a declaração de se a posição de empregador nos contratos de trabalho ocorreu, ou não (art.º 285.º/11 do CT).

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- **QUESTÕES:**

- É a ACT que vai determinar quando é que ocorre, ou não, uma transmissão de estabelecimento?

- Estamos a assistir ao nascimento de uma nova forma de regulação administrativa das relações laborais?

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- As últimas alterações às leis do trabalho têm promovido a emergência de um novo modelo administrativo (extrajudicial) de regulação das relações de trabalho.

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- Por exemplo:

- Alguns aspetos da alteração ao regime jurídico de combate ao assédio no local de trabalho (a violação da obrigação de instauração de procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio constitui contraordenação grave – art.º 127.º/7 do CT);

- As competências administrativas e sancionatórias da ACT no âmbito da qualificação do contrato de trabalho (que antecedem a ARECT).

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- A resolução dos problemas laborais mais resilientes é enviada para a “máquina inspetiva e fiscalizadora” do próprio Estado.

III – Novo regime sancionatório ligado aos deveres de consulta e negociação.

- A ACT emerge como uma autêntica “magistratura administrativa laboral”, munida da arma contraordenacional, “*in casu*” com o calibre de contraordenação muito grave.

Lisboa, 23 de maio de 2018

Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos
Advogados