

Processo C-427/21**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

14 de julho de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal do Trabalho Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

16 de junho de 2021

Recorrente:

LD

Recorrida:

ALB FILS KLINIKEN GmbH

Objeto do processo principal

As partes estão em desacordo quanto à obrigação de o recorrente executar o seu trabalho contratualmente devido de forma permanente junto de um terceiro, após as suas funções terem sido transferidas para esse terceiro.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

- 1) É aplicável o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário, se – como dispõe o § 4, n.º 3, da TVöD – as funções de um trabalhador forem transferidas para um terceiro e esse trabalhador, mantendo a relação laboral com o seu empregador inicial, deve, por ordem deste

último, executar o seu trabalho contratualmente devido de forma permanente junto do terceiro, a cujas instruções técnicas e organizacionais passa a estar sujeito?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão prejudicial:

É compatível com o objetivo de proteção da Diretiva 2008/104/CE excluir, como dispõe o § 1, n.º 3, ponto 2b, da AÜG, a disponibilização de pessoal na aceção do § 4, n.º 3, da TVöD do âmbito de aplicação das normas nacionais de proteção em matéria de cedência de trabalhadores, de modo que estas normas de proteção não se aplicam à disponibilização de pessoal?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa ao trabalho temporário, especialmente o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, o artigo 2.º e o artigo 3.º, n.º 1, alíneas a) a e)

Disposições de direito nacional invocadas

Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (Convenção coletiva de trabalho para a função pública, a seguir «TVöD») no âmbito da Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (Associação das Organizações de Empregadores Municipais, a seguir «VKA») – parte geral – de 13 de setembro de 2005, especialmente o § 4, n.º 3, e a declaração relativa a esta disposição

O § 4, n.º 3, primeiro período, da TVöD tem a seguinte redação:

«Quando as tarefas dos trabalhadores forem transferidas para terceiros, a pedido do empregador, a prestação de trabalho contratualmente devida deve ser efetuada junto do terceiro enquanto a relação laboral continuar a existir (disponibilização de pessoal).»

A declaração relativa a esta disposição tem o seguinte teor:

«A disponibilização de pessoal – mantendo a relação laboral existente – é o emprego permanente junto de um terceiro. [...]»

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz) (Lei sobre o regime da cedência de trabalhadores, a seguir «AÜG»), de 7 de agosto de 1972 na versão publicada em de 3 de fevereiro de 1995 (BGBl. I, p. 158), com a última redação que lhe foi dada pela Lei de 13 de março de 2020 (BGBl. I, p. 493), especialmente o § 1, n.º 3, ponto 2b, que dispõe:

«A presente lei [...] não se aplica à cedência de trabalhadores

[...]

2b. entre empregadores, quando as funções de um trabalhador são transferidas do empregador inicial para outro empregador e, com base numa convenção coletiva de trabalho para a função pública

a) a relação laboral com o empregador inicial se mantém e

b) a prestação de trabalho passa a ser realizada para o outro empregador,

[...]»

Apresentação sucinta dos factos e do processo

- 1 O recorrente trabalha para a recorrida desde abril de 2000. A recorrida, sociedade de direito privado, explora um hospital. O seu titular e único acionista é o *Landkreis G*, uma pessoa coletiva de direito público. A recorrida não é titular de uma autorização de cedência de trabalhadores exigida pelo direito nacional. A relação laboral entre as partes rege-se pela Convenção coletiva de trabalho para a função pública na versão aplicável aos empregadores municipais (TVöD).
- 2 Em junho de 2018, a recorrida subcontratou vários departamentos, incluindo o local de trabalho do recorrente, à *A Service GmbH*, recentemente criada. Esta empresa é uma filial detida a cem por cento pela recorrida. O recorrente fez uso da possibilidade prevista pelo direito nacional de se opor à transferência da sua relação de trabalho para a *A Service GmbH*.
- 3 Como resultado desta oposição, a relação laboral acordada entre o recorrente e a recorrida subsiste com o conteúdo inicial. Contudo, desde junho de 2018, o recorrente executa o trabalho contratualmente devido para a *A Service GmbH*, que dispõe do direito de emitir instruções técnicas e organizacionais ao recorrente. A base legal é uma disponibilização do pessoal nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD. A afetação do recorrente à *A Service GmbH* tem carácter permanente.
- 4 O recorrente solicita a declaração de que não está obrigado a fornecer à *A Service GmbH* a sua prestação laboral contratualmente devida no âmbito de uma disponibilização de pessoal, nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD. Alega que a sua afetação à *A Service GmbH* é contrária ao direito da União. Afirma que a disponibilização de pessoal, na aceção do § 4, n.º 3, da TVöD, é uma cedência de trabalhadores permanente e, por conseguinte, é ilegal à luz da Diretiva 2008/104.
- 5 As instâncias anteriores negaram provimento ao recurso. O órgão jurisdicional de reenvio decidirá sobre a «Revision» do recorrente.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 6 Nos termos do direito nacional, é autorizada uma disponibilização de pessoal. Por força do § 1, n.º 3, ponto 2b, da AÜG, está excluída do âmbito de aplicação da Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, que transpõe a Diretiva 2008/104. A solução do litígio depende essencialmente da questão de saber se uma disponibilização de pessoal nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD constitui efetivamente uma cedência de trabalhadores na aceção da Diretiva 2008/104 e, em caso de resposta afirmativa por parte do Tribunal de Justiça, se a exclusão da disponibilização de pessoal do âmbito de aplicação da Arbeitnehmerüberlassungsgesetz pelo § 1, n.º 3, ponto 2b, da AÜG é compatível com o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, e com o artigo 2.º desta diretiva.

Quanto à primeira questão

- 7 Quanto à questão de saber se, no caso em apreço, é aplicável a Diretiva 2008/104, o órgão jurisdicional de reenvio salienta, em primeiro lugar, que, segundo os requisitos da Diretiva 2008/104, é verdade que, conceitualmente, a disponibilização de pessoal nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD pode constituir uma cedência de trabalhadores. Todavia, é igualmente concebível que, devido às suas especificidades e ao objetivo que prossegue, de assegurar o conteúdo e a continuidade da relação laboral do trabalhador afetado por uma transferência permanente de funções, incluindo as regras existentes em matéria de trabalho e convenções coletivas, a disponibilização de pessoal se afaste de forma tão significativa do modelo do trabalho temporário subjacente à Diretiva 2008/104 que não seja abrangida pelo seu âmbito de aplicação.
- 8 O instrumento de disponibilização de pessoal previsto no § 4, n.º 3, da TVöD dá ao trabalhador a possibilidade de continuar a relação laboral com o seu empregador contratual, mantendo-se inalterado o conteúdo do contrato e as condições de trabalho anteriores. Assim, a disponibilização de pessoal, na aceção do § 4, n.º 3, da TVöD, aplica-se exclusivamente aos trabalhadores com contratos de trabalho permanentes cujas funções são transferidas para um terceiro e visa garantir a continuação permanente da sua relação laboral e garantir as suas condições de trabalho.
- 9 A aplicabilidade da Diretiva 2008/104 à disponibilização de pessoal nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD pode também ser contestada, do ponto de vista do órgão jurisdicional de reenvio, pelo facto de os trabalhadores afetados por uma disponibilização de pessoal terem sido inicialmente contratados para desempenhar funções próprias do empregador e – como mostra o caso do recorrente – podem ter desempenhado essas funções durante anos. A relação laboral não foi, portanto, celebrada, como prevê o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2008/104, com o objetivo de ceder o trabalhador a uma empresa utilizadora.
- 10 O facto de a disponibilização de pessoal na aceção do § 4, n.º 3, da TVöD ser, pela sua própria natureza, permanente, sugere também que não é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/104. Destina-se a assegurar a proteção e

segurança ao trabalhador afetado pela cessação permanente das suas funções com o seu empregador contratual, evitando o risco de perder o seu emprego ou de mudar de empregador e as possíveis desvantagens daí resultantes. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a cedência de um trabalhador a uma empresa utilizadora na aceção da Diretiva 2008/104 tem, por natureza, carácter temporário e os Estados-Membros são obrigados a assegurar que o trabalho temporário com a mesma empresa utilizadora não se torne numa situação permanente para o trabalhador temporário [Acórdão de 14 de outubro de 2020, KG (cedências sucessivas no âmbito do trabalho temporário), C-681/18, EU:C:2020:823]. A forma da disponibilização de pessoal pode evitar o risco de se contornar a diretiva através da utilização de sucessivas cedências e, por conseguinte, o risco de abusos. A este respeito, contrariamente ao que está previsto para o trabalho temporário na aceção da Diretiva 2008/104, pode não ser necessária a limitação da duração da disponibilização de pessoal a fim de evitar o comportamento abusivo do empregador em detrimento do trabalhador destacado. Equivaleria, pelo contrário, a desvalorizar a proteção visada pela disponibilização de pessoal.

- 11 Por último, não é claro se a disponibilização de pessoal, nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD, preenche a característica da «atividade económica» do empregador contratual exigida pelo artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2008/104. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, atividade económica na aceção do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2008/104, é qualquer atividade que consista na oferta de bens ou de serviços num determinado mercado (Acórdãos de 17 de novembro de 2016, Betriebsrat der Ruhrländische Kliniken, C-216/15, EU:C:2016:883, n.º 44, de 23 de fevereiro de 2016, Comissão/Hungria, C-179/14, EU:C:2016:108, n.º 149, e de 1 de julho de 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 22). É certo que, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2008/104, a não prossecução de fins lucrativos pela empresa cedente não impede que exista uma atividade económica, o que pode militar a favor da extensão da Diretiva 2008/104 à disponibilização de pessoal. Além disso, no âmbito da disponibilização de pessoal, uma remuneração é paga periodicamente pelo terceiro, que inclui, em qualquer caso, as despesas de pessoal e as despesas administrativas (sobre esta característica, v. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2016, Betriebsrat der Ruhrländische Kliniken, C-216/15, EU:C:2016:883, n.º 45). Ora, não é claro que a disponibilização de pessoal constitua uma atividade do empregador contratual que consiste na oferta de bens ou serviços num determinado mercado.

Quanto à segunda questão

- 12 No caso de o Tribunal de Justiça responder afirmativamente à primeira questão prejudicial e a disponibilização de pessoal nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD ser, em princípio, abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/104, o órgão jurisdicional de reenvio considera que há que determinar se a exclusão da disponibilização de pessoal do âmbito da aplicação da Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ao abrigo do § 1, n.º 3, ponto 2b, da AÜG é

conforme com o objetivo de proteção da diretiva, tendo em conta o objetivo que prossegue de salvaguarda dos postos de trabalho e do emprego.

- 13 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio salienta, por um lado, que a exclusão da disponibilização de pessoal na aceção do § 4, n.º 3, da TVöD do âmbito de aplicação da Arbeitnehmerüberlassungsgesetz visa, segundo a opinião do legislador nacional, ter em conta o facto de a disponibilização de pessoal dever ser considerada uma forma especial de transferência de funções e no interesse dos trabalhadores por ela afetados. O legislador nacional considerou que no caso da disponibilização não há necessidade de proteção dos trabalhadores pela Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, uma vez que as condições de trabalho anteriores continuam a aplicar-se e não existem os riscos típicos da cedência de trabalhadores, nomeadamente o elevado grau de insegurança no emprego e da afetação em locais que mudam constantemente, mas o trabalhador destacado mantém o seu empregador anterior.
- 14 Por outro lado, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não é claro se o § 1, n.º 3, ponto 2b, da AÜG impede a realização do objetivo de proteção prosseguido pela Diretiva 2008/104. Nos termos do considerando 12 da Diretiva 2008/104 deve ser estabelecido um quadro de proteção para os trabalhadores temporários que se caracteriza pela não discriminação, pela transparência e proporcionalidade, respeitando simultaneamente a diversidade dos mercados de trabalho e das relações laborais. De acordo com este objetivo de proteção, poderia ser compatível com os requisitos da Diretiva 2008/104 excluir os trabalhadores destacados junto de terceiros, nos termos do § 4, n.º 3, da TVöD, das disposições de proteção da Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, uma vez que esta forma de cedência de pessoal já serve, ela própria, a proteção e segurança das relações laborais, bem como das suas condições e os requisitos rigorosos de aplicação desta disposição contrariam o risco de abusos em detrimento dos trabalhadores. Pelo contrário, as consequências jurídicas previstas pela Arbeitnehmerüberlassungsgesetz para a proteção dos trabalhadores temporários (como, por exemplo, o estabelecimento de uma relação laboral com o utilizador) podem opor-se aos interesses dos trabalhadores colocados à disposição no âmbito de uma disponibilização de pessoal. A necessidade de proteção destes últimos em caso de transferência das suas funções não resulta precisamente de uma relação laboral precária, mas do risco da sua relação laboral com o empregador contratual. É por esta razão que a disponibilização de pessoal assegura a continuidade da relação laboral nas condições anteriores da convenção coletiva, com a continuação simultânea da atividade no domínio já conhecido.