

**Processo C-134/24 [Tomann]<sup>i</sup>**

**Complemento ao pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

26 de fevereiro de 2024

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal do Trabalho Federal,  
Alemanha)

**Data de decisão de reenvio:**

1 de fevereiro de 2024

**Demandado, recorrente e recorrente em *Revision*:**

UR, na qualidade de administrador da insolvência da V GmbH

**Demandante, recorrido e recorrido em *Revision*:**

DF

---

**BUNDESARBEITSGERICHT**

6 AZR 157/22 (B)

[OMISSIS]

Proferido em

14 de dezembro de 2023

**DESPACHO**

[OMISSIS]

Nos processos

[UR, na qualidade de administrador da insolvência da V GmbH],

<sup>i</sup> O nome do presente processo é um nome fictício. Não corresponde ao nome verdadeiro de nenhuma das partes no processo.

demandado, recorrente e recorrente em *Revision*,

[contra]

[DF],

demandante, recorrido e recorrido em *Revision*,

a Sexta Secção do Bundesarbeitsgericht (Supremo Tribunal do Trabalho Federal, Alemanha) decidiu, por deliberação de 14 de dezembro de 2023 [OMISSIS]:

- I. Submeter à apreciação da Segunda Secção do Bundesarbeitsgericht, ao abrigo do § 45, n.º 3, primeiro período, da Arbeitsgerichtsgesetz (Lei relativa aos Tribunais do Trabalho, a seguir «ArbGG»), a seguinte questão:

«Deve manter-se o entendimento jurídico adotado desde o Acórdão de 22 de novembro de 2012 (2 AZR 371/11), segundo o qual uma rescisão do contrato de trabalho, enquanto ato jurídico, viola uma proibição legal, na aceção do § 134 do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, a seguir “BGB”), o que determina a nulidade da rescisão, se, aquando dessa rescisão, não se tiver procedido a nenhuma notificação válida ao abrigo do § 17, n.º 1, ponto 3, da Kündigungsschutzgesetz (Lei relativa à Proteção Contra o Despedimento)?»

- II. A instância é suspensa.

### **Fundamentos**

#### **A. Matéria de facto**

As partes estão ainda em litígio a respeito da questão de saber se a rescisão do contrato por motivos ligados à empresa é nulo devido ao facto de o demandado não ter procedido à notificação necessária do despedimento coletivo.

O demandante trabalhava desde 1994 na V Handelsgesellschaft mbH (a seguir «devedora»), que não dispunha de um conselho de empresa. Em 1 de dezembro de 2020, foi instaurado um processo de insolvência contra a devedora e o demandado foi designado administrador da insolvência. Entre 12 de novembro de 2020 e 29 de dezembro de 2020, este pôs termo à totalidade das 22 relações laborais da devedora, ainda em vigor em outubro de 2020, através de rescisões ou da resolução de contratos. O demandado rescindiu a relação de trabalho d demandante, com efeitos a partir de 31 de março de 2021, por carta de 2 de dezembro de 2020, que este recebeu em 8 de dezembro de 2020. No período de 30 dias, o demandado despediu mais de cinco trabalhadores. O demandado não procedeu previamente à notificação do despedimento coletivo em conformidade

com o § 17.º, n.º 1, da KSchG. A relação laboral do demandante terminou na sequência de uma rescisão posterior com efeitos a partir de 31 de julho de 2021.

Através da sua ação de proteção contra a rescisão, atempadamente intentada, o demandante alega – na parte ainda pertinente neste momento – que a rescisão de 2 de dezembro de 2020 é nula, uma vez que o demandado não procedeu à notificação do despedimento coletivo exigida previamente.

Até este momento, o demandante concluiu pedindo que:

1. fosse declarado que a relação laboral não cessou com a rescisão de 2 de dezembro de 2020, pelo que continua em vigor;
2. o demandado fosse condenado a mantê-lo empregado [OMISSIS] até que o processo de proteção contra a rescisão esteja legalmente concluído.

O demandado sustentou, para fundamentar o seu pedido de improcedência da ação, que, no momento da abertura do processo de insolvência, a devedora empregava apenas 19 trabalhadores, pelo que o limiar previsto no § 17, n.º 1, da KSchG não tinha sido ultrapassado e este não era obrigado a proceder a uma notificação do despedimento coletivo.

Por Despacho de 11 de maio de 2023, a Secção reconheceu que, no momento da rescisão, a exploração da devedora empregava, «em princípio», mais de 20 trabalhadores e que o demandado deveria, portanto, ter procedido à notificação do despedimento coletivo antes de declarar a rescisão controvertida. Em virtude da decisão relativa à sanção por incumprimento da obrigação prevista no § 17, n.º 1, primeiro período, ponto 1, da KSchG, por ela constatada, a Secção suspendeu a instância até à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferida em 13 de julho de 2023, no âmbito do processo prejudicial – C-134/22.

## **B. Fundamento**

Como já foi declarado pela Secção que se pronuncia sobre o processo, o demandado não cumpriu a obrigação que lhe incumbe por força do § 17, n.º 1, da KSchG, de proceder uma notificação de despedimento coletivo. Segundo a Sexta Secção, a sanção aplicada a este erro, bem como a todos os outros erros possíveis cometidos pelo empregador no procedimento de notificação, não é a nulidade da rescisão segundo o § 134 do BGB. Pelo contrário, a sanção aplicada por tal erro deve ser determinada pelo legislador. Todavia, esta Secção considera-se impedida de tomar tal decisão atendendo à Decisão da Segunda Secção do Bundesarbeitsgericht relativa às consequências da nulidade por erros no procedimento de notificação (*BAG, 22 de novembro 2012 – 2 AZR 371/11 – 144, 47*).

## **I. Procedimento de notificação**

- 1 O § 17 da KSchG transpõe para o direito alemão as obrigações impostas aos Estados-Membros pela Diretiva 98/59/CE relativa aos despedimentos coletivos (a seguir «Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos») [BAG, 27 de janeiro de 2022 - 6 AZR 155/21 (A) – n.º 14; 21 de março de 2012 – 6 AZR 596/10 – n.º 21; BT-Drs. 8/1041 p. 4; BT-Drs. 13/668 p. 8 e segs.]. No entanto, nem a Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos, nem os §§ 17 e segs. da KSchG contêm disposições expressas em matéria de sanções em caso de erro em processos de despedimento coletivo. A proposta da Comissão de incluir na Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos a obrigação de os Estados-Membros declararem «a nulidade absoluta dos despedimentos coletivos» em caso de violação dos requisitos da Diretiva (Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 75/129/CEE, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos despedimentos coletivos, de 13 de novembro de 1991 p. 6, JO CE C 310, de 30 de novembro de 1991, p. 5), não foi aceite pelo legislador da União. Este último limitou-se a impor aos Estados-Membros a obrigação de assegurarem que os representantes dos trabalhadores e/ou os trabalhadores podiam recorrer a procedimentos administrativos e/ou judiciais para fazer cumprir as obrigações instituídas pela presente diretiva (*artigo 6.º da Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos*).

Por conseguinte, as sanções por erros cometidos no âmbito do processo de despedimento coletivo devem ser previstas pelos Estados-Membros no direito nacional. As violações do direito comunitário devem ser punidas segundo regras substantivas e processuais [v., TJUE, 10 de novembro de 2022 – C-385/21 – (*Zenith Media Communications*) n.º 34; 16 de julho de 2009 – C-12/08 – (*Mono Car Styling*) n.º 34 e segs.] análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes. A sanção deve ser efetiva, proporcionada e dissuasiva [*relativamente à Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos*, v., TJUE, 8 de junho de 1994. – C-383/92 – (*Comissão/Reino Unido*) n.º 40; BAG, 22 de novembro de 2012 – 2 AZR 371/11 – n.º 32, BAGE 144, 47]. Por conseguinte, não se devem respeitar apenas os princípios da equivalência e da efetividade – *effet utile* – [BAG, 27 de janeiro de 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – n.º 18; 13 de fevereiro de 2020 – 6 AZR 146/19 – n.º 98, BAGE 169, 362; v., igualmente, TJUE, 17 de março de 2021 – C-652/19 – (*Consulmarketing*) n.º 43]. A sanção também deve ser proporcionada [v., por exemplo, TJUE, 19 de dezembro de 2019 – C-645/18 – (*Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*) n.ºs 29 e jurisprudência referida; *Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR- HdB/Brigola C. I. Grundregeln Stand janeiro de 2019* n.ºs 314 e segs.]. Compete aos órgãos jurisdicionais nacionais determinar se o direito nacional satisfaz estas exigências [TJUE, 29 de outubro de 2009 – C-63/08 – (*Pontin*) n.º 49; 23 de abril de 2009 – C-378/07 a C-380/07 – (*Angelidaki e o.*) n.ºs 163, 158 e segs.]. O mesmo se aplica à questão de saber se e, sendo caso disso, quais as sanções que podem ser deduzidas do direito nacional em conformidade com as regras que aplicáveis a este respeito.

- 2 A Segunda Secção do Bundesarbeitsgericht tem vindo, desde o seu Acórdão de 22 de novembro de 2012 (- 2 AZR 371/11 – n.ºs 31 e segs., BAGE 144, 47) a

considerar que o § 17, n.º 1, em conjugação com o n.º 3 da KSchG é uma lei de proibição na aceção do § 134.º do BGB e que a falta de uma notificação válida do despedimento coletivo implica, em conformidade com o princípio do efeito útil, a nulidade da rescisão. Nos seus Acórdãos de 13 de dezembro de 2012 (v. – 6 AZR 772/11 – n.º 61 e – 6 AZR 752/11 – n.ºs 64, 72), a Sexta Secção do Bundesarbeitsgericht concordou com este ponto de vista sem apresentar qualquer fundamentação independente, tendo-o, posteriormente, confirmado, assim como o fez a 2.ª Secção [BAG, 21 de março de 2013 – 2 AZR 60/12 – n.ºs 42 e segs. e jurisprudência referida, BAGE 144, 366; 20 de fevereiro de 2014 – 2 AZR 346/12 – n.ºs 46 e segs. e jurisprudência referida, BAGE 147, 237; 13 de fevereiro de 2020 – 6 AZR 146/19 – n.ºs 97 e segs. e jurisprudência referida, BAGE 169, 362; 14 de maio de 2020 – 6 AZR 235/19 – n.ºs 134 e seg., BAGE 170, 244; 27 de janeiro de 2022 – 6 AZR 155/21 (A) – n.ºs 19 e segs. e jurisprudência referida; 19 de maio de 2022 – 2 AZR 467/21 – n.º 13].

- 3 O § 17 da KSchG obriga o empregador a conduzir devidamente o processo de despedimento coletivo exigido antes da rescisão. Após reapreciar a situação jurídica, a Sexta Secção do Bundesarbeitsgericht considera que a violação da obrigação prevista no § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG de proceder à devida notificação dos despedimentos coletivos à Agência para o Emprego competente não implica a nulidade da rescisão nos termos do § 134 do BGB. Segundo esta Secção, esta disposição sanciona as violações da obrigação de notificação em consonância com a doutrina, que não foi suficientemente tida em consideração pela anterior jurisprudência relativa às consequências do incumprimento pelo empregador das suas obrigações nos procedimentos de notificação.
- a) É certo que o âmbito de aplicação do § 134 do BGB não está, em geral, fechado a rescisões. Um ato jurídico na aceção do § 134 do BGB pode também ser a rescisão enquanto declaração unilateral de vontade [BAG, 20 de março de 2019 - 7 AZR 237/17- n.º 39, BAGE 166, 202; 19 de dezembro de 2013 – 6 AZR 190/12 – n.ºs 4 e segs., BAGE /43, 62; MüKoBGB/Armbrüster 9.ª ed. § 134 n.º 34; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, n.º 20].
- b) Nos processos de despedimento coletivo o empregador dispõe igualmente da flexibilidade legal necessária para aplicar o § 134 do BGB [a este respeito, Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 n.ºs 10 e seg.; MüKoBGB/Armbrüster 9.ª ed. § 134 n.ºs 9 e segs.]. O § 17 da KSchG não limita a possibilidade de rescisão enquanto tal, não afetando a liberdade de escolha do empregador e, portanto, a sua liberdade de moldar um negócio jurídico (v., relativamente ao § 17, n.º 2, da KSchG, BAG, 8 de novembro de 2022 – 6 AZR 16/22 – n.º 47). Do mesmo modo, o § 17 da KSchG não impõe qualquer forma de rescisão, como é o caso, por exemplo, do § 623 do BGB, que exige a forma escrita. O § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG limita-se a impor ao empregador que, antes da rescisão, este remeta à Administração do trabalho as informações que lhe permitam procurar eficazmente, no prazo fixado no § 18 da KSchG, soluções para os problemas causados pelos despedimentos coletivos assim previstos (v., BAG,

13 de junho de 2019 – 6 AZR 459/18 – n.º 31, BAGE 167, 102; BT-Drs. 8/1041 p. 5).

c) No entanto, segundo a Sexta Secção, o § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG não cumpre as exigências de uma lei de proibição. Falta, a este respeito, o **caráter proibitivo** exigido às obrigações do empregador no âmbito do procedimento de notificação.

aa) O § 134 do BGB reflete os princípios subjacentes ao Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil) relativos à relação entre os regimes legal e contratual. Esta disposição tem por objeto regular as consequências jurídicas decorrentes da validade dos atos jurídicos no caso de proibições que não sejam conclusivas quanto às consequências de direito civil resultantes da sua violação. Esta disposição visa concretizar tais proibições transformando apreciações que relevam de outros domínios do direito no direito aplicável em matéria de atos jurídicos. Esta disposição tem caráter complementar a este respeito [v. *MüKoBGB/Armbrüster* 9.<sup>a</sup> ed. § 134 n.º 1; *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021) § 134 n.º 1].

bb) Com base neste objetivo do § 134 do BGB, uma lei tem caráter proibitivo quando pretende proibir quer o **conteúdo** de determinados atos jurídicos quer a **realização** destes em determinadas circunstâncias contrárias à proibição e, por conseguinte, procura impedir esse ato [v. *BGH*, 1 de junho de 1966 – VIII ZR 65/64 – relativamente ao ponto 1 2 dos fundamentos, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (Coletânea da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão em Matéria Civil, a seguir «BGHZ») 46, 24; *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021) § 134 n.º 3 e segs., 49]. A questão de saber se esta é a situação do caso em preço deve ser determinada por via de interpretação e à luz da finalidade da norma. O fator determinante consiste em saber se o legislador desaprova o conteúdo do ato jurídico no interesse de terceiros ou do público em geral e impede, portanto, a sua existência, ou pretende privar os atos jurídicos, praticados em violação da lei, do seu resultado (*Soergel/Meier* 14.<sup>a</sup> ed. § 134 n.ºs 25 e segs., 32 e segs.). Em última análise, é fundamental saber se o legislador pretende negar ao ato jurídico contrário à proibição o resultado por ele pretendido [v. *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021) § 134 n.ºs 3, 5, 49; v., igualmente, *MüKoBGB/Armbrüster* 9.<sup>a</sup> ed. § 134 n.ºs 58 e segs., 66].

cc) Segundo a vontade do legislador da Lei de Proteção contra o Despedimento, o efeito jurídico da rescisão não deve ser afetado mesmo em caso de incumprimento da obrigação de notificação prevista no § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG. O sucesso jurídico da rescisão não deve ser posto em causa, mas a relação de trabalho cessar no termo do prazo de pré-aviso, independentemente da existência desse incumprimento. No procedimento de notificação, o empregador apenas está sujeito a obrigações administrativo-processuais externas ao contrato de trabalho, as quais, segundo a Sexta Secção, já não podem nem devem ter incidência na validade da rescisão, mesmo em caso de má execução, excluindo assim, desde

logo, a qualificação do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG como lei de proibição [v. *Moll RdA 2021, 49, 55 seg.*; *Sagan anot. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2023, 859, 862*].

(1) É certo que o procedimento de notificação deve ser iniciado mesmo antes da rescisão com a apresentação da notificação. Todavia, este procedimento já não tem por objetivo impedir a rescisão, uma vez que a Administração do Trabalho não pode nem deve influenciar o processo de tomada de decisão do empregador (v. *BAG, 13 de junho de 2019 – 6 AZR 459/18 – n.º 28, BAGE 167, 102*). Pelo contrário, a sua atuação tem por base essa tomada de decisão (*BAG, 13 de fevereiro de 2020 -6 AZR 146/19- n.º 71, BAGE 169, 362*; v. *também n.º 13*) e pressupõe precisamente uma rescisão efetiva. A notificação tem por objetivo permitir à Administração do Trabalho antecipar os encargos socioeconómicos no mercado de trabalho local resultantes da rescisão efetiva de um elevado número de trabalhadores. A notificação prossegue, assim, um objetivo unicamente de política do mercado de trabalho (*BAG, 11 de março de 2023 – 6 AZR 267/22 – n.º 40; BT-Drs. 8/1041 p. 5*).

(2) Desta conceção legislativa resulta ao mesmo tempo, segundo a vontade inequívoca do legislador nacional, que não é passível de interpretação, que a notificação de um despedimento coletivo não visa proteger o trabalhador individual afetado por um despedimento coletivo. A notificação não substitui os esforços individuais de colocação e nem sequer os prepara em termos concretos. É apenas uma «medida de antecipação» (*Schubert/Schmitt JbArbR vol. 599 pp. 81, 102*). Neste contexto, é certo que a notificação tem também indiretamente um efeito de proteção individual (*BAG, 13 de fevereiro de 2020 – 6 AZR 146/19 – n.º 103, BAGE 169, 362*). No entanto, este efeito é apenas um reflexo e não o objetivo do procedimento de notificação [*Gulbins SPA 2023, 93; Boemke jurisPR-ArbR 25/2013 anot. 2 ponto C III 3; Holler Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2019, 291, 292*]. A colocação dos diferentes trabalhadores afetados pelo despedimento coletivo deve ser efetuada pela agência de residência, independentemente do procedimento de notificação. Os dois procedimentos decorrem em estruturas diferentes e podem terminar em momentos diferentes.

d) Ainda que o § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG possa ser qualificado como lei de proibição, a Sexta Secção entende que o § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG, tendo em conta a sua finalidade, não exige a nulidade das rescisões efetuadas em violação das obrigações que incumbem ao empregador no âmbito do procedimento de notificação. Pelo contrário, este objetivo opõe-se à nulidade imposta no § 134 do BGB.

aa) O § 134 do BGB contém apenas uma regra de interpretação no que respeita às consequências das sanções em caso de violação das leis de proibição. Por conseguinte, há que analisar, caso a caso, se a lei de proibição visa sancionar, sem exceção, violações da sua finalidade através da nulidade do ato jurídico ou se não exige a nulidade do ato jurídico a este respeito, sendo suficiente outra sanção [v., *BGH, 24 de setembro de 2014 – VIII ZR 350/13 – n.º 14; 4 de abril de 1966 – VIII*

ZR 20/64 – relativamente ao ponto 4 dos fundamentos, BGHZ 45, 322; v., quanto às relações contratuais a longo prazo BGH, 7 de dezembro de 2010 – KZR 71/08 – n.º 57; Mugdan Die gesamten Materialien zum BGB vol. I p. 969; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 n.º 88; MüKoBGB/Armbrüster 9.ª ed. § 134 n.º 177].

bb) O § 17, n.ºs 1e 3, da KSchG não pretende influenciar a possibilidade de rescisão enquanto tal, nem a decisão do empregador sobre quantos trabalhadores despedir e em que momento, nem mesmo proibir rescisões sujeitas à obrigação de notificação. Pelo contrário, como já foi referido, esta disposição diz apenas respeito às obrigações do empregador ao abrigo da legislação relativa à **promoção** do emprego e não às obrigações que lhe incumbem por força do direito do trabalho. Trata-se de uma disposição com uma função puramente reguladora que considera que a rescisão, enquanto ato jurídico, não suscita preocupações e que apenas estabelece obrigações processuais em matéria de política do mercado de trabalho no período que antecede o mesmo. Assim, no entender da Sexta Secção, esta disposição não impõe, a título de sanção em caso de incumprimento das obrigações nela previstas, a nulidade da rescisão, não afetado por esta categoria de obrigações, enquanto tal, mas apenas uma **sanção por força da legislação relativa à promoção do emprego** [v., quanto às disposições regulamentares, BAG, 9 de julho de 1986 – 5 AZR 385/83 – relativamente ao ponto III 1 dos fundamentos; BGH, 30 de abril de 1992 – III ZR 151/91 – relativamente ao ponto II 3 a dos fundamentos, BGHZ 118, 142; 27 de setembro de 1989 – VIII ZR 57/89 – relativamente ao ponto II 2 c dos fundamentos, BGHZ 108, 364; BeckOK BGB/Wendtland § 134 situação em 1 de novembro de 2023, n.º 13; Soergel/Meier 14.ª ed. § 134 n.º 39; MüKoBGB/Armbrüster 9.ª ed. § 134, n.ºs 58 e seg.; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134 n.ºs 109 e seg.]. A nulidade da rescisão, até agora aceite pelo Bundesarbeitsgericht como sanção, implica, em contrapartida, uma ingerência na liberdade de escolha do empregador, desrespeitando a finalidade do artigo 17.º da KSchG. Tal ingerência excede o necessário para atingir o objetivo do procedimento de notificação que consiste em atenuar os efeitos socioeconómicos dos despedimentos coletivos. Por conseguinte, na opinião da 6.ª Secção, contrariamente ao seu anterior entendimento, não é possível aceitar a **sanção em matéria de direito do trabalho** da nulidade da rescisão declarado em violação das obrigações, previstas no § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG (v., relativamente ao § 17, n.º 3, quinto período, da KSchG, BAG, 19 de maio de 2022 -2 AZR 467/21 – n.º 17), que fazem parte da legislação relativa à promoção do emprego.

- 4 No entendimento da Sexta Secção, a nulidade da rescisão em consequência do incumprimento das obrigações que incumbem ao empregador por força do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG não pode tão-pouco deduzir-se do § 18, n.º 1, da KSchG. É certo que, segundo esta disposição, os despedimentos efetuados antes do termo do prazo de suspensão do despedimento só se tornam «efetivos» com o acordo da Administração do trabalho. No entanto, não há aqui qualquer exigência de autorização administrativa.



a) Se o legislador estipular que um ato jurídico unilateral requer uma autorização, esta última passa, então, a ser uma condição legal para a sua eficácia. Sem «dispensa» da proibição existente, o ato jurídico não é autorizado e, em princípio, é nulo, se, mesmo assim, for realizado. O recurso ao § 134 do BGB não é necessário para esta consequência jurídica [v. *BGH*, 28 de outubro de 1953 – VI ZR 217/52 – *relativamente ao ponto IV 1 dos fundamentos*, BGHZ 11, 27; *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger* (2021) § 134 n.º 195; *MüKoBGB/Armbrüster* 9.ª ed. § 134 n.º 14; *Soergel/Meier* 14.ª ed. § 134 n.º 79; *BeckOK BGB/Wendtland* § 134 situação em 1 de novembro de 2023 n.º 14].

b) Os despedimentos coletivos, ao contrário, por exemplo, dos despedimentos de pessoas com deficiência grave ou de mulheres grávidas, não estão sujeitos a autorização estatal, apesar da formulação ambígua do § 18, n.º 1, da KSchG. O procedimento de notificação não regula o «se», mas apenas o «como» das rescisões. O procedimento de notificação exige apenas o respeito de um procedimento específico e não a obtenção de uma autorização da rescisão por parte da Administração do Trabalho. A decisão relativa ao prazo de suspensão do despedimento não é uma declaração de aprovação das rescisões que, aliás, devem ter ocorrido há muito tempo nesse momento. Por conseguinte, a Administração do trabalho não decide, através da decisão relativa ao prazo de suspensão do despedimento, se as rescisões abrangidas pelo § 17 da KSchG são válidas do ponto de vista da legislação em matéria de despedimentos coletivos (*neste sentido, porém, Moll, anot. AP KSchG 1969 § 17 n.º 40, v. ponto II 2 a*), nem confirma, assim, a validade da cessação da relação de trabalho (*neste sentido, porém, Moll RdA 2021, 49, 57*). A Administração do Trabalho limita-se a decidir sobre a duração do período de suspensão, mas não sobre a validade da notificação de despedimento coletivo e, *a fortiori*, sobre a validade da rescisão (v., *BAG*, 28 de junho de 2012 – 6 AZR 780/10 – n.ºs 73, 75, *BAGE* 142, 202).

5 Segundo a Sexta Secção, não é necessária, nem possível uma interpretação em conformidade com o direito da União do § 18 da KSchG do no sentido de que a rescisão é nula se não se tiver procedido à notificação adequada do despedimento coletivo (v., neste sentido, porém, *Moll RDA 2021, 49, 56 e segs.*).

a) Em primeiro lugar, como já foi referido (n.º 8), a Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos não impõe precisamente a sanção da nulidade das rescisões efetuadas em violação das regras processuais do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG.

b) Em segundo lugar, é verdade que também o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos prevê que os despedimentos coletivos previstos não podem «produzir efeitos» antes de decorridos 30 dias sobre a notificação do despedimento coletivo. No entanto, é evidente que, no sentido da doutrina do *acte éclairé*, não é possível, em caso algum, deduzir uma sanção a partir do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos. Em conformidade com a sua génese, a Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos

abstém-se de impor uma sanção. Esta deve ser estipulada unicamente pelos Estados-Membros.

c) Em terceiro lugar – e, do ponto de vista da Sexta Secção, fundamental para a decisão do litígio –, a nulidade da rescisão como consequência jurídica de erros no procedimento de notificação, independentemente da questão de saber se esta é a única sanção no direito nacional que respeita o princípio do *effet utile*, viola o **princípio da proporcionalidade**, que também deve ser respeitado pelos Estados-Membros na fixação das sanções. Por conseguinte, na opinião da Sexta Secção, a sanção da «nulidade da rescisão» não pode tão-pouco ser deduzida de nenhuma outra disposição do direito alemão através de uma interpretação conforme com o direito da União. Todavia, nem a Sexta Secção, nem a Segunda Secção do Bundesarbeitsgericht tiveram suficientemente em conta, na sua jurisprudência anterior, a exigência de proporcionalidade, tendo-se centrado exclusivamente na exigência do *effet utile*.

aa) É certo que, ao contrário, por exemplo, do artigo 12.º, n.º 6, e do artigo 20.º da Diretiva 2014/67/UE (*JO 2014, L 159, p. 11*), a exigência de proporcionalidade para a fixação de sanções pelos Estados-Membros não se encontra expressamente consagrada na Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos [*quanto à exigência de proporcionalidade da sanção em caso de violação da diretiva antes da entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), v. TJUE, 8 de junho de 1994 – C-383/92 – (Comissão/Reino Unido) n.º 40*]. Não obstante, este princípio geral, enunciado no artigo 52.º, n.º 1, segundo período, da Carta, é igualmente pertinente na aplicação da Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos e na fixação das sanções a estipular em caso de incumprimento das obrigações que dele decorrem [*v., relativamente à liberdade de estabelecimento garantida pelos artigos 49.º e 63.º TFUE, TJUE, 21 de dezembro de 2016 – C-201/15 – (AGET Iraklis) n.º 70; Schubert/Schmitt Jahrbuch des Arbeitsrechts (a seguir «JbArbR») vol. 59 pp. 81, 83 e segs.*]. Tal decorre do artigo 51.º, n.º 1, primeiro período, da Carta. Os Estados-Membros estão vinculados pela Carta aquando da transposição das diretivas [*TJUE, 17 de abril de 2018 – C-414/16 – (Egenberger) n.º 49*]. Por conseguinte, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros também devem respeitar a Carta quando interpretam e aplicam o direito da União e o direito nacional, que transpõe o direito da União [*relativamente à aplicação de um regulamento, v. TJUE, 25 de maio de 2016 – C-559/14 – (Meroni) n.º 44*], mesmo quando se dispõe de um poder discricionário a este respeito [*TJUE, 9 de março de 2017 – C-406/15 – (Milkova) n.ºs 51 e segs.; Lenaerts/Rüth RdA 2022, 273, 277*]. O mesmo se aplica à fixação de sanções em caso de incumprimento das obrigações no âmbito do processo de despedimento coletivo. Cumpre-se, assim, uma obrigação decorrente do direito da União, o que abre o âmbito de aplicação da Carta e, portanto, do seu artigo 52.º, n.º 1, segundo período [*v. TJUE, 19 de novembro de 2019 – C-609/17 e o. – (TSN) n.ºs 50 e segs.; Lenaerts/Rüth loc. cit.*].

bb) Por conseguinte, as sanções a fixar pelo legislador alemão ou, em razão da sua inação, pelos tribunais do trabalho por erros cometidos pelo empregador no

processo de despedimento coletivo devem ser adequadas e necessárias para alcançar os objetivos prosseguidos pela disposição de transposição e não devem ser desproporcionadas em relação a estes. A sanção não é necessária quando o seu rigor deixa de ser adequado à gravidade da infração que visa sancionar [v. *TJUE*, 19 de dezembro de 2019 – C-645/18 – [*Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*] n.ºs 30 e segs.; 12 de setembro de 2019 – C-64/18 e o. – (*Maksimovic*) n.º 39 e jurisprudência referida].

cc) Segundo a Sexta Secção, a nulidade da rescisão **não é uma sanção adequada** em caso de violação das obrigações do empregador nos termos do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG, uma vez que esta sanção não consegue promover o objetivo prosseguido pela obrigação de apresentar de uma notificação de despedimento coletivo. Esta sanção mistura o plano individual dos contratos de trabalho com o plano da política do mercado de trabalho e da promoção do emprego.

(1) A legislação alemã em matéria de proteção contra o despedimento apenas sanciona, em princípio, os erros que, se fossem colmatados, deveriam e poderiam ter impedido a rescisão concretamente declarada. Tal aplica-se, nomeadamente, aos despedimentos abusivos e à proteção específica contra o despedimento. Por conseguinte, as rescisões são válidas, por exemplo, se tiverem sido cometidos erros de seleção social que não afetaram, porém, o resultado da seleção, ou seja, o erro de seleção não se tornou causal (*jurisprudência constante, recentemente - BAG, 8 de dezembro de 2022 - 6 AZR 31/22 - n.º 71*). As rescisões também não são inválidas quando, por exemplo, a gestão da integração profissional exigida pelo § 167, n.º 2, do SGB IX não foi implementada, mas a entidade patronal está em condições de demonstrar que este processo teria sido objetivamente inútil (v., *BAG, 15 de dezembro de 2022 - 2 AZR 162/22 - n.º 20*).

As obrigações, que incumbem à entidade patronal face à Administração do trabalho no âmbito do procedimento de notificação, não se destinam a impedir as rescisões. Pelo contrário, tais obrigações visam precisamente atenuar os efeitos socioeconómicos no mercado de trabalho local que resultam – inevitavelmente – das rescisões (efetivas) previstas (v. n.º 18). Todavia, este objetivo de política do mercado de trabalho não é encorajado pela sanção da nulidade das rescisões. Uma vez identificado o erro, o empregador está apenas obrigado a declarar novamente os despedimentos necessários à execução da sua decisão empresarial. Tal não reduz os encargos sobre o mercado de trabalho local, apenas os retarda.

(2) Além disso, a sanção da nulidade da rescisão em caso de erros cometidos pelo empregador no procedimento de notificação em matéria, em termos substâncias, da legislação relativa à promoção do emprego e, portanto, de direito social é, desde logo, inadequada pelo facto de ser fixada no plano do contrato individual de trabalho. Verifica-se aqui uma rutura no sistema. Segundo a Sexta Secção, só podem ser sanções adequadas as sanções que possam ser associadas à promoção do emprego.

dd) No entanto, mesmo na hipótese de uma suposta adequação, a 6.<sup>a</sup> Secção considera que a nulidade da rescisão como sanção pelos erros cometidos no procedimento de notificação **não seria adequada** e não seria, portanto, proporcionada em sentido estrito. O encargo que esta sanção representa deixou de ser razoavelmente proporcionado às vantagens que daí decorrem para a realização do objetivo de política do mercado de trabalho das obrigações que incumbem ao empregador nesta fase do processo de despedimento coletivo.

(1) Ao contrário da formulação do § 17 da KSchG (*v. n.º 13*) e da Diretiva relativa ao despedimento coletivo [*TJUE, 21 de dezembro de 2016 – C-201/15 – (AGET Iraklis) n.º 31*], a sanção da nulidade da rescisão desenvolvida pela jurisprudência interfere profundamente na liberdade de escolha do empregador. Em última análise, a entidade patronal está, deste modo, proibida de proceder aos despedimentos previstos na data pretendida, embora não seja esse o objetivo das obrigações que lhe incumbem no âmbito do procedimento de notificação. Assim, no direito alemão de proteção contra o despedimento ilícito, os erros cometidos no procedimento de notificação são sancionados de forma mais severa do que outros erros.

(2) Por outro lado, é certo que a nulidade das rescisões, efetuadas em violação das obrigações decorrentes do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG, elimina o encargo a suportar pelo mercado de trabalho local resultante dos despedimentos coletivos. No entanto, esta situação apenas conduz, em geral, a um adiamento deste encargo, uma vez que o empregador é obrigado a repetir as rescisões necessárias para implementar a sua decisão empresarial (*v. n.º 34*).

(3) Tendo em conta todos os interesses em jogo, os inconvenientes causados aos empregadores afetados pela anulação da rescisão deixaram de ser proporcionais às vantagens assim obtidas para a realização dos objetivos de política do mercado de trabalho prosseguidos pelo legislador com a obrigação de notificação. A severidade desta sanção deixou de corresponder à gravidade da infração a sancionar e é, portanto, desproporcionada, na opinião da Sexta Secção (*v. Schubert/Schmitt JbArbR vol. 59 pp. 81, 96, embora com uma opinião divergente no caso de omissão total da notificação*).

ee) Segundo a 6.º Secção, contra este critério de ponderação não se pode objetar que, em conformidade com a atual jurisprudência das Sexta e Segunda Secções do Bundesarbeitsgericht, nem todas as violações das obrigações decorrentes do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG conduzem à nulidade da rescisão. Pelo contrário, esta jurisprudência revela, ela própria, uma incoerência na consequência jurídica da nulidade da rescisão no caso de erros no procedimento de notificação, uma vez que as diferenciações encontradas não são rigorosas. No entendimento da Sexta Secção, o rigor necessário só pode ser alcançado se todos os eventuais erros cometidos no quadro do procedimento de notificação não conduzirem à nulidade da rescisão.

(1) No entanto, as Sexta e Segunda Secções criaram um **sistema** muito diferenciado de **consequências jurídicas e de sanções** no que diz respeito a eventuais erros cometidos no quadro do procedimento de notificação.

(a) A **falta total de notificação do despedimento** coletivo implica sempre a nulidade da rescisão (*BAG, 19 de maio de 2022 - 2 AZR 467/21 - n.º 13; 20 de janeiro de 2016 - 6 AZR 601/14 - n.º 18, BAGE 154, 53*).

(b) Se a entidade patronal cometer erros relacionados com a participação do conselho de empresa no procedimento de notificação prevista no § 17, n.º **3, segundo e terceiro períodos**, da KSchG, a rescisão é igualmente nula (*BAG, 14 de maio de 2020-6 AZR 235/19 - n.ºs 135 e segs., BAGE 170, 244; 22 de novembro de 2012 - 2 AZR 371/11 - n.ºs 42 e segs., BAGE 144, 47*).

(c) Também os erros cometidos no quadro das chamadas informações obrigatórias na aceção do § 17, n.º **3, quarto período**, da KSchG implicam a nulidade da rescisão (*v., recentemente, BAG, 13 de fevereiro de 2020 - 6 AZR 146/19 - n.ºs 92 e segs., BAGE 169, 362*).

(d) Em contrapartida, os erros cometidos no quadro das chamadas informações adicionais na aceção do § 17, n.º **3, quinto período**, da KSchG, não têm por consequência a nulidade da rescisão. Tal é válido tanto no caso da sua ausência total (*BAG, 19 de maio de 2022 - 2 AZR 467/21 - n.º 12 e segs.; 19 de maio de 2022 - 2 AZR 424/21 - n.ºs 11 e segs.*), como no caso de informações incorretas ou insuficientes em termos de conteúdo (*BAG, 11 de maio de 2023 - 6 AZR 267/22 - n.º 41*).

(e) Se, em violação do § 17, n.º **3, sexto período**, da KSchG, a entidade patronal não transmitir ao conselho de empresa uma cópia das notificações feitas à Agência para o Emprego, tal não afeta a validade da rescisão (*BAG, 8 de novembro de 2022 - 6 AZR 15/22 - n.ºs 79 e segs.; 8 de novembro de 2022 - 6 AZR 16/22 - n.ºs 74 e segs.*).

(f) Ficam por esclarecer as consequências da violação da obrigação do empregador, que lhe incumbe por força do § 17.º, n.º 3, primeiro período, da KSchG, de remeter à Agência para o Emprego, juntamente com a notificação, uma cópia da comunicação enviada ao conselho de empresa [*Despacho de reenvio, BAG, 27 de janeiro de 2022 - 6 AZR 155/21 (A) -; v., a este respeito, Acórdão do TJUE, de 13 de julho de 2023 - C-134/22 - (G GmbH)*].

(2) No entanto, na opinião da Sexta Secção, este sistema de sanções desenvolvido pela jurisprudência não se enquadra, de forma coerente, no objetivo da política do mercado de trabalho do procedimento de notificação (*n.ºs 18 e segs.*).

(a) A Sexta Secção considera que a diferença de tratamento entre os erros cometidos no quadro de informações obrigatória e de informações adicionais não é rigorosa. Não se vislumbra por que razão, por um lado, segundo a vontade do

legislador identificada pela Segunda Secção, os erros cometidos no quadro de informações adicionais não implicam a nulidade da rescisão, embora estas informações revistam precisamente uma importância crucial para a preparação da Administração do trabalho face aos encargos socioeconómicos no mercado de trabalho local resultantes dos despedimentos coletivos previstos, mas, por outro lado, os erros cometidos no quadro de informações obrigatórias implicam sempre a nulidade da rescisão, embora as informações previstas no § 17.º, n.º 2, primeiro período, ponto 1 (motivos da rescisão), ponto 5 (critérios de seleção) e ponto 6 (cálculo da indemnização), da KSchG não sejam, em todo o caso, pertinentes para as tarefas da Administração do trabalho. Não se afigura tão-pouco plausível que as informações adicionais sobre o sexo, a idade e a profissão sejam menos pertinentes para efeitos da política do mercado de trabalho no âmbito do procedimento de notificação do que, por exemplo, as informações obrigatórias previstas no § 17, n.º 3, quarto período, da KSchG.

(b) Também não é coerente que a comunicação insuficiente, quando muito subsidiária, do parecer do conselho de empresa sobre a necessidade dos despedimentos coletivos anunciados, para conhecimento pela Administração do trabalho dos encargos socioeconómicos prováveis no mercado de trabalho e da forma como os enfrentar, tenha como consequência, em razão da qualificação pelas 6.ª e 2.ª Secções do § 17, n.º 3, segundo e terceiro períodos, da KSchG como lei de proibição, a nulidade da rescisão, ao passo que um conhecimento insuficiente das informações adicionais pertinentes a este respeito não tem qualquer incidência sobre a validade da rescisão.

## II. Procedimento de consulta

A título cautelar, a Sexta Secção observa que, não obstante as preocupações acima expostas relativamente ao atual regime de sanções por erros cometidos pelo empregador no procedimento de notificação, não vislumbra qualquer razão para pôr em causa a sanção de erros cometidos no quadro do procedimento de consulta, imposta pela jurisprudência do Bundesarbeitsgericht.

1. Em conformidade com a jurisprudência concordante das Sexta Secção (*v., recentemente, BAG, 13 de junho de 2019 - 6 AZR 459/18- n.º 39, BAGE /67, /02*) e Segunda Secção (*desde, BAG, 21 de março de 2013 – 2 AZR 60/12 – n.ºs 19 e segs., BAGE 144, 366*) do Bundesarbeitsgericht, os erros cometidos no quadro do procedimento de consulta resultam na nulidade da rescisão por força do § 134 do BGB.

2. Esta sanção satisfaz manifestamente o princípio da efetividade e é exigida, na opinião da Sexta Secção, pelo princípio da equivalência. O procedimento de consulta regula um direito coletivo à informação e destina-se, nomeadamente, a permitir que o conselho de empresa apresente à entidade patronal propostas construtivas com vista a impedir ou limitar os despedimentos coletivos [*BAG, 13 de junho de 2019 – 6 AZR 459//8 – n.º 27, BAGE 167, 102; v., quanto à Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos, TJUE, 13 de julho de 2023 – C-134/22 –*

(*G GmbH*) n.ºs 37 e seg.; 10 de setembro de 2009 – C-44/08 – (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK e o.*) n.ºs 51, 64]. Diferentemente do procedimento de notificação, o conselho de empresa pretende, à semelhança do disposto no § 102 da Betriebsverfassungsgesetz (Lei sobre a Organização das Empresas, a seguir «BetrVG»), influenciar a formação da vontade da entidade patronal. Por conseguinte, a sanção por erros cometidos no quadro do procedimento de consulta não pode ficar aquém da sanção de nulidade da rescisão prevista no § 102, n.º 1, terceiro período, da BetrVG. Do ponto de vista da Sexta Secção, o § 102, n.º 1, terceiro período, da BetrVG exige uma coerência entre as sanções. Não obstante a sua consagração no direito relativo à proteção contra o despedimento, o § 17, n.º 2, da KSchG é, do ponto de vista material, um procedimento marcado pela lei sobre a organização das empresas (*BAG*, 22 de setembro de 2016 – 2 AZR 276/16 – n.º 37, *BAGE* 157, 1). De qualquer modo, os objetivos dos direitos de participação previstos pela legislação sobre a organização das empresas incluem, segundo os princípios gerais, igualmente a proteção dos trabalhadores, pelo que o procedimento de consulta, tal como a consulta do conselho de empresa nos termos do § 102 da BetrVG têm uma função de proteção individual (*Moll/Katerndahl* anot. AP KSchG /969 § 17 n.º 48 no ponto I 1 b e jurisprudência referida; com outra opinião, *Schubert/Schmitt JbArbR* vol. 59 pp. 81, 88 e segs.).

3. Segundo a Sexta Secção, a consequência da nulidade em caso de erros no procedimento de consulta é igualmente conforme com o princípio da proporcionalidade. Esta consequência promove o objetivo prosseguido pelo procedimento de consulta e está em conformidade com o princípio segundo o qual os erros na execução dos procedimentos de participação que protegem os indivíduos antes da decisão de rescisão e apresentam uma relação causal com uma decisão de seleção implicam, pelo menos potencialmente, a nulidade da rescisão.

4. Resulta igualmente do que precede que, diferentemente do § 17, n.ºs 1 e 3, da KSchG, o § 17, n.º 2, da KSchG constitui uma lei de proibição na aceção do § 134 do BGB (*v., a este respeito, n.ºs 15 e segs.*). É evidente que, atendendo à intenção do legislador, as rescisões efetuadas, pretende-se evitar as rescisões que não têm em conta a influência legalmente prevista do conselho de empresa na formação da vontade do empregador. Violações do § 17, n.º 2, da KSchG afetam o círculo de obrigações do empregador em matéria de direito do trabalho. Por conseguinte, esta disposição também não tem uma mera função reguladora (*v., a este respeito, n.º 22*). Pelo contrário, esta exige, com a nulidade da rescisão, uma sanção nos termos do direito do trabalho.

### III. Pertinência para a resolução do litígio

Com base nas considerações acima expostas, a Sexta Secção do Bundesarbeitsgericht pretende alterar a sua jurisprudência relativa às consequências jurídicas dos erros cometidos no quadro do procedimento de notificação. A Diretiva relativa aos Despedimentos Coletivos não proíbe essa alteração das sanções pelos Estados-Membros [*TJUE*, 17 de março de 2021 – C-652/19 – (*Consulmarketing*) n.ºs 44 e segs.]. Ao decidir que a falta de

notificação do despedimento coletivo não implica a nulidade do despedimento coletivo, esta Secção afastou-se, todavia, de forma determinante da decisão da Segunda Secção do Bundesarbeitsgericht, de 22 de novembro de 2012 (- 2 AZR 371/11 – BAGE 144, p. 47), segundo a qual o facto de não existir uma notificação de despedimento coletivo válida no momento da sua concretização (*n.os 37, 42 e segs., 48*) implica a nulidade da rescisão. Por conseguinte, nos termos do § 45, n.º 3, primeiro período, da ArbGG, é necessário perguntar à Segunda Secção se mantém a posição jurídica acima mencionada. [OMISSIS]

[OMISSIS]

DOCUMENTO DE TRABALHO