CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 3 de Outubro de 2002 [1]

1. No âmbito da aplicação da Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador [2] (a seguir «directiva»), o Oberster Gerichtshof (Áustria) submete ao Tribunal de Justiça uma série de questões relativas à possibilidade de os Estados-Membros tomarem medidas com vista a evitar abusos.

2. O problema consiste, no essencial, em saber se a autoridade competente de um Estado-Membro pode recusar pagar os salários em dívida ao trabalhador de uma empresa falida quando este detém 25% do capital da empresa e não reclamou o pagamento destes salários durante mais de 60 dias após ter tomado conhecimento da incapacidade da empresa recorrer ao crédito.

3. O artigo 1.º da directiva dispõe:

«1. A presente directiva aplica-se aos créditos dos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho existentes em relação aos empregadores que se encontrem em estado de insolvência na acepção do n.º 1 do artigo 2.º

2. Os Estados-Membros podem, a título excepcional, excluir do âmbito de aplicação da presente directiva os créditos de certas categorias de trabalhadores assalariados em razão da natureza especial do contrato de trabalho ou da relação de trabalho ou em razão da existência de outras formas de garantia que assegurem aos trabalhadores assalariados uma protecção equivalente à que resulte da presente directiva. A lista dos trabalhadores assalariados referidos no n.º 1 consta de anexo.

[...]»

4. No momento da sua adesão à União Europeia, a República da Áustria utilizou a faculdade de excluir do âmbito de aplicação da directiva certas categorias de assalariados, concretamente, os membros da

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 283, p. 23; EE 05 F2 p. 219.

direcção de uma pessoa colectiva responsáveis pela sua representação legal e os sócios com influência dominante na pessoa colectiva, mesmo que esta influência assente numa delegação de poderes [3].

5. O artigo 2.° da directiva enuncia:

«1. Para efeito do disposto na presente directiva, considera-se que um empregador se encontra em estado de insolvência:

a) Quando tenha sido instaurado um processo previsto pelas disposições legislativas, regulamentares e administrativas do Estado-Membro interessado que incida sobre o património do empregador tendo por objectivo satisfazer colectivamente os seus credores e que permita a tomada em consideração dos créditos referidos no n.° 1 do artigo 1.°

e

b) Que a autoridade que é competente por força das referidas disposições legislativas, regulamentares e administrativas tenha:

— ou decidido a instauração do processo;

— ou verificado o encerramento definitivo da empresa ou do estabelecimento do empregador, bem como a insuficiência do activo disponível para justificar a instauração do processo.

2. A presente directiva não prejudica o direito nacional no que se refere à definição dos termos 'trabalhador assalariado', 'empregador', 'remuneração', 'direito adquirido' e 'direito em vias de aquisição'.»

6. Nos termos do artigo 3.° da directiva:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que seja assegurado por instituições de garantia, sem prejuízo do disposto no artigo 4.°, o pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho e tendo por objecto a remuneração referente ao período situado antes de determinada data.

3 — V. anexo I do acto de adesão, Política Social, D, Legislação do trabalho.

2. A data indicada no n.º 1 será, por escolha dos Estados-Membros:

— ou a da superveniência de insolvência do empregador,

— ou a do aviso prévio de despedimento dado ao trabalhador em causa por força da insolvência do empregador,

— ou a da superveniência da insolvência do empregador ou a da cessação do contrato de trabalho ou da relação de trabalho do trabalhador em causa, ocorrida por força da insolvência do empregador.»

7. O artigo 4.º da directiva dispõe, no que toca ao alcance da obrigação de pagamento das instituições de garantia:

«1. Os Estados-Membros têm a faculdade de limitar a obrigação de pagamento das instituições de garantia previstas no artigo 3.º

2. Quando os Estados-Membros fizerem uso da faculdade prevista no n.º 1 devem:

— no caso previsto no n.º 2, primeiro travessão, do artigo 3.º, assegurar o pagamento dos créditos em dívida relativos à remuneração referente aos três últimos meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho compreendidos no período dos seis meses anteriores à data da superveniência da insolvência do empregador;

— no caso previsto no n.º 2, segundo travessão, do artigo 3.º, assegurar o pagamento dos créditos em dívida relativos à remuneração referente aos três últimos meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho, anteriores à data do aviso prévio de despedimento dado ao trabalhador assalariado por força da insolvência do empregador;

[...]

3. Contudo, os Estados-Membros podem fixar um limite para a garantia de pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados, a fim de evitar o pagamento das importâncias que excedam a finalidade social da presente directiva. Quando os Estados-Membros fizerem uso desta faculdade, devem comunicar à

Comissão os métodos pelos quais fixaram o limite.»

8. Nos termos das suas disposições gerais e finais, a directiva precisa, no seu artigo 10.°, que:

«A presente directiva não prejudicará a faculdade de os Estados-Membros:

a) Tomarem as medidas necessárias para evitar abusos;

b) Recusarem ou reduzirem a obrigação de pagamento prevista no artigo 3.° ou a obrigação de garantia prevista no artigo 7.° no caso da execução da obrigação não se justificar por força de existência de laços particulares entre o trabalhador assalariado e a entidade patronal e de interesses comuns concretizados por conluio entre eles.»

9. A transposição da directiva no direito austríaco está assegurada pela Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz 1977 (lei sobre a garantia dos salários em caso de insolvência, a seguir «IESG»).

10. O seu § 1.° prevê que:

«1. Têm direito a uma indemnização compensatória pelos créditos garantidos nos termos do n.° 2 os trabalhadores, os trabalhadores domésticos e os seus sobreviventes, bem como os respectivos sucessores *mortis causa* (beneficiários do direito), quando seja instaurado no território nacional o processo de falência sobre o património da entidade patronal (ou do patrão) ou quando a relação de trabalho ou de serviço doméstico tenha cessado. São equiparados à instauração do processo de falência:

[...]

2. Estão garantidos os créditos resultantes das relações de trabalho existentes, não prescritos e não excluídos (n.° 3), mesmo que tenham sido penhorados, embargados ou cedidos; trata-se, mais concretamente, de:

1) direitos à remuneração, designadamente periódica, e créditos derivados da extinção da relação laboral,

2) direitos de indemnização,

3) outros direitos que possam ser invocados perante a entidade patronal, e

4) despesas necessárias para obter esses créditos por via judicial.

[...]

6. Estão excluídos do direito à indemnização compensatória:

[...]

2) os membros da direcção de uma pessoa colectiva, responsáveis pela sua representação legal;

3) os membros da direcção, com excepção das pessoas referidas no n.º 2, que exerçam de forma continuada uma influência dominante na gestão da sociedade;

4) os sócios que exerçam uma influência dominante na sociedade mesmo quando esta influência assente total ou parcialmente num acto de disposição fiduciária que tenha por objecto participações de terceiros ou se exerça mediante a transmissão fiduciária de participações na sociedade.»

11. Foi a propósito da aplicação da IESG que surgiu um litígio entre M. Walcher e o Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark. A recorrente esteve empregada no período compreendido entre 2 de Junho de 1997 e 5 de Maio de 1999 numa GmbH (sociedade de responsabilidade limitada, a seguir «sociedade»), cuja gerência era assegurada pelo cônjuge de M. Walcher e na qual os membros do casal detinham cada um 25% do capital.

12. Na sociedade que empregava cerca de trinta trabalhadores assalariados, incluindo aprendizes, a recorrente tinha a seu cargo a contabilidade e a cobrança de créditos, mas não participava nas decisões da gerência. A assembleia geral da sociedade tomava a maior parte das suas decisões por maioria simples, necessitando as outras de uma maioria de três quartos dos votos expressos.

13. Na Primavera de 1998, a sociedade tinha esgotado a linha de crédito de 3 milhões de ATS, que lhe tinha aberto o seu banco, e debatia-se com dificuldades de tesouraria. Estas dificuldades só foram provisoriamente superadas com um crédito

suplementar de 1 milhão de ATS garantido mediante hipoteca sobre a casa de habitação de que a recorrente e o marido eram comproprietários.

14. Contudo, o desafogo foi de curta duração, visto que a partir de Setembro de 1998 a sociedade deixou de poder assegurar o pagamento dos salários.

15. No mês de Novembro seguinte, verificou-se que a sua situação estava comprometida ao ponto de se afigurar inevitável a apresentação à falência.

16. A sociedade entrou em processo de falência a 10 de Fevereiro de 1999 e a recorrente que, como a maioria do pessoal, não tinha abandonado a empresa apesar de não receber o seu salário, foi despedida por decisão do administrador judicial.

17. M. Walcher calculou o montante do seu crédito salarial sobre a sociedade em 114 197 ATS, crédito que invocou tempestivamente no processo de falência.

18. Paralelamente, dirigiu-se ao recorrido para obter o pagamento deste crédito, a título do mecanismo de garantia, a que considerava ter direito.

19. Este pedido foi indeferido porque, de acordo com a jurisprudência austríaca, os créditos salariais dos sócios minoritários que não tenham sido reivindicados no prazo de 60 dias devem ser considerados suprimentos de sócios, equiparados a entradas de capital, e porque o Fundo de Garantia Salarial não podia ser indevidamente sobrecarregado em consequência da não reclamação ao empregador dos créditos salariais em dívida. M. Walcher foi, pois, levada a intentar uma acção contra a instituição de garantia.

20. Na primeira instância, a recorrente obteve satisfação parcial, na medida em que o recorrido foi condenado a assumir a garantia dos salários, mas apenas no que respeita ao período anterior a 30 de Outubro de 1998.

21. Com efeito, o juiz considerou que se devia ter despedido o mais tardar nessa data, porque nesse momento se encontrava em condições de saber que nem o seu salário de Setembro nem o de Outubro seriam pagos, dada a situação financeira da empresa.

22. Na sua análise, o comportamento da recorrente é qualificado de imoral, visto que o prosseguimento da sua actividade na empresa, apesar do não pagamento dos salários e sem uma tentativa séria de recuperação das quantias em dívida, fazia presumir a sua intenção de recorrer ao fundo de garantia, o que o recorrido

designa, utilizando outros termos, como uma transferência ilícita do risco empresarial para o fundo de garantia.

23. O órgão jurisdicional de segunda instância mostrou-se ainda mais severo com a recorrente, visto que negou integralmente provimento aos seus pedidos.

24. Considerou que o facto de um trabalhador da sociedade que é, ao mesmo tempo, sócio não reclamar o seu crédito salarial deve ser equiparado a uma entrada de capital num caso, como o vertente, em que a participação no capital social atingia 25% e em que o sócio estava perfeitamente em condições de conhecer o estado de cessação de pagamentos por parte da sociedade.

25. Mas, contrariamente ao órgão jurisdicional de primeira instância, o órgão jurisdicional para o qual foi interposto o recurso considerou que não era possível distinguir dois períodos, um anterior e outro posterior à data-limite em que a interessada se deveria ter despedido, devendo os preceitos do direito das sociedades prevalecer sobre as eventuais pretensões assentes no direito do trabalho.

26. O Oberster Gerichtshof, que conhece do litígio no âmbito de um recurso extraordinário, subscreve a análise do órgão jurisdicional de segunda instância no que respeita à interpretação a dar à IESG.

27. Também ele entende que o pedido de indemnização dirigido ao fundo de garantia pode ser imoral em certas circunstâncias específicas, como o conhecimento da situação financeira da empresa e a relação estreita com o empresário, aliada à intenção de permitir o prosseguimento da actividade, protelando assim a cessação da relação laboral.

28. Vistos os dados factuais do caso em apreço, o Oberster Gerichtshof não pretende de forma alguma negar a M. Walcher a qualidade de trabalhadora assalariada, mas considera que, não tendo reclamado à sociedade o pagamento dos salários em dívida, fez a esta última um suprimento de sócio, equiparado a uma entrada de capital, cujo reembolso directo ou indirecto não pode ser obtido antes de a situação da sociedade estar estavelmente sanada.

29. Reconhece que a jurisprudência austríaca confere ao sócio assalariado um prazo de reflexão com uma duração razoável, que em todo o caso não pode exceder 60 dias, contados a partir do momento em que podia tomar conhecimento da crise, para decidir se prescinde do auxílio concedido à sociedade ou se precipita a sua falência, retirando os seus fundos, mas considera que tal não pode conduzir a uma cisão entre os direitos decorrentes de uma relação laboral única numa parte em que o assalariado, na qualidade de sócio, terá concedido à sociedade insolvente, pelo não recebimento dos salários, um supri-

mento de sócio equiparado a uma entrada de capital, e numa outra parte, em que, na qualidade de assalariado, ficticiamente desempregado, terá adoptado o mesmo comportamento que um terceiro.

30. Observa ainda, por um lado, que não é compatível com a finalidade de protecção da garantia torná-la extensiva a direitos cujo pagamento não foi reclamado durante um longo período e que já não têm, por isso, qualquer relação com a cobertura das necessidades correntes e, por outro, que se o fundo de garantia estiver obrigado a intervir numa hipótese como esta, teriam sido para ele transferidos direitos sobre a massa falida sem qualquer valor, pois tratar-se-ão de direitos decorrentes de um suprimento de um sócio, equiparado a uma entrada de capital.

31. Vistos estes diferentes elementos, o Oberster Gerichtshof considerou que foi abusivamente que a recorrente invocou as suas pretensões contra o fundo de garantia.

32. Mas, tendo em conta que os órgãos jurisdicionais nacionais não podem, na apreciação do exercício de um direito decorrente, como no caso vertente, de uma disposição do direito comunitário, modificar o alcance dessa disposição ou comprometer os objectivos que esta se propõe atingir, o Oberster Gerichtshof entende que está obrigado a solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre a interpretação da directiva.

33. Por despacho de 26 de Abril de 2001, registado na Secretaria do Tribunal de Justiça com o número C-201/01, colocou, portanto, as duas questões prejudiciais seguintes:

«1) É contrário aos objectivos da Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, que um sócio sem influência dominante na sociedade perca o seu direito à indemnização do Fundo de Garantia Salarial, em aplicação dos princípios relativos aos suprimentos dos sócios equiparados a entradas de capital, igualmente aplicados pela jurisprudência austríaca, quando este, na sua qualidade de assalariado da sociedade e após ter tomado consciência da incapacidade da empresa recorrer ao crédito, se abstenha de reclamar durante mais de 60 dias a remuneração periódica que deixou de receber ou de abandonar prematuramente as suas funções em razão do não pagamento da sua remuneração?

2) A perda deste direito é extensiva a todos os créditos não satisfeitos decorrentes da relação laboral ou refere-se apenas aos nascidos após a data fictícia em que um assalariado não sócio teria deixado de assumir as suas funções em razão do não pagamento da sua remuneração?»

34. Estas duas questões, apesar de formalmente distintas, afiguram-se-nos, contudo, dificilmente dissociáveis, na medida em que a primeira diz respeito ao próprio princípio da tomada em consideração da situação particular do trabalhador que é ao mesmo tempo sócio da sociedade que o emprega para apenas lhe reconhecer, relativamente à instituição de garantia, direitos mais limitados do que os reconhecidos aos outros trabalhadores, ao passo que a segunda diz respeito às modalidades concretas segundo as quais se pode efectivar essa limitação. Assim, examinarei, em primeiro lugar, a admissibilidade de uma limitação dos direitos do sócio assalariado face às disposições da directiva, para, num segundo momento, me debruçar sobre as modalidades que poderá revestir.

Quanto à admissibilidade de uma limitação dos direitos do sócio assalariado

35. No que toca à primeira questão à qual é necessário responder, começo por recordar que o órgão jurisdicional de reenvio considera que a recorrente, apesar de deter 25% do capital da sociedade que a emprega, tem incontestavelmente a qualidade de trabalhadora assalariada, estando abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva.

36. Na verdade, por um lado, à recorrente deve ser reconhecida incontestavelmente a qualidade de trabalhadora assalariada ao abrigo do direito nacional, ao qual, nos termos do artigo 2.°, n.° 2, da directiva, compete a definição de trabalhador assalariado. Por outro lado, não está abrangida por qualquer das categorias excluídas pela República da Áustria quando fez uso da faculdade que lhe é reconhecida pelo artigo 1.°, n.° 2, da directiva.

37. A questão que se coloca é, portanto, a de saber se, nas circunstâncias em que nasceu o crédito salarial que a recorrente invoca, a directiva autoriza o recorrido, como faz o direito nacional, a tratar M. Walcher de maneira diferente dos trabalhadores não sócios.

38. Não estando o caso vertente expressamente previsto na directiva, esta questão equivale a interrogarmo-nos se é abrangido pelo seu artigo 10.° que autoriza, recordemo-lo,

a) os Estados-Membros a tomarem medidas para «evitar abusos» e

b) a recusarem ou reduzirem a obrigação de garantia quando a execução desta não se justificar por força de existência de laços particulares entre o trabalhador assalariado e a entidade patronal e de interesses comuns concretizados por conluio entre eles.

39. Comecemos por examinar a hipótese de um abuso.

40. A este respeito, importa, por um lado, recordar que decorre de uma jurisprudência constante que «a directiva tem em vista garantir aos trabalhadores assalariados um mínimo comunitário de protecção em caso de insolvência do empregador, sem prejuízo das disposições mais favoráveis existentes nos Estados-Membros. Com esta finalidade prevê, designadamente, garantias específicas para o pagamento das remunerações em dívida» [4].

41. No seu acórdão Regeling [5], o Tribunal de Justiça concluiu, além disso, que, em princípio, de acordo com o n.º 1 do artigo 3.º da directiva, as instituições de garantia estão obrigadas a assegurar o pagamento dos créditos em dívida tendo por objecto a remuneração referente ao período situado antes de determinada data. Só por via de excepção podem os Estados-Membros, por força do n.º 1 do artigo 4.º, limitar tal obrigação de pagamento a determinado período, fixado de acordo com as modalidades previstas no n.º 2 do artigo 4.º Como sublinhou o advogado-geral G. Cosmas no n.º 45 das conclusões apresentadas no referido processo, «esta disposição deve ser interpretada de forma restritiva e conforme com o objectivo social da directiva, que é de assegurar um *mínimo de protecção a todos* os trabalhadores» [6].

42. Mesmo dizendo esta conclusão respeito a outra disposição da directiva e não à que aqui está em causa, pode-se, contudo, generalizá-la, afirmando que todas as excepções aos princípios de base da directiva, e portanto também a relativa aos abusos, devem ser interpretadas restritivamente.

43. Todavia e por outro lado, também não será conforme com a finalidade social da directiva que o mecanismo de garantia dos créditos salariais por si previsto seja, por um qualquer meio, desviado do seu objectivo de protecção dos trabalhadores.

44. Tal mecanismo não pode, em particular, ser desviado da sua finalidade para permitir que empresas permanentemente em dificuldade se mantenham em actividade, aliviando-se dos custos salariais, que seriam transferidos para um fundo de garantia.

45. A impossibilidade reiterada de pagar as remunerações em dívida deve, em aplicação

4 — Acórdãos de 10 de Julho de 1997, Bonifaci e o. e Berto e o. (C-94/95 e C-95/95, Colect., p. I-3969, n.º 3); Maso e o. (C-373/95, Colect., p. I-4051, n.º 3); de 17 de Setembro de 1997, Mosbaek (C-117/96, Colect., p. I-5017, n.º 17); e de 16 de Dezembro de 1999, Everson e Barrass (C-198/98, Colect., p. I-8903, n.º 20).

5 — Acórdão de 14 de Julho de 1998 (C-125/97, Colect., p. I-4493, n.º 20).

6 — Sublinhado nosso.

do direito comercial, conduzir à apresentação à falência da empresa, visto que se encontra objectivamente em estado de cessação de pagamentos, não podendo os créditos salariais, no que toca à solvibilidade de uma empresa, serem tratados de modo diferente dos demais.

46. O que o legislador comunitário pretendeu evitar, é que os trabalhadores que, salvo em caso de recuperação da empresa ou da sua aquisição com o seu pessoal, perderam o seu emprego e se vêem, portanto, obrigados durante um período mais ou menos longo a subsistir, eles e as suas famílias, com as prestações pagas pelo Fundo de Desemprego, fiquem, além disso, privados da remuneração do trabalho que efectivamente prestaram à empresa.

47. Mesmo devendo os trabalhadores saber, após o não pagamento por duas ou três vezes dos salários devidos, que a solvibilidade da sua empresa é mais do que duvidosa, deles não se pode esperar que se despeçam imediatamente, sem que tenham qualquer garantia quanto à obtenção de um emprego noutra empresa e sem poderem invocar o direito a uma indemnização por despedimento.

48. É por isso que nunca se pôs a questão de os criticar, em semelhantes casos, por aceitarem o diferimento do pagamento dos seus salários, ou seja e efectivamente, por concederem crédito ao seu empregador confrontado com problemas de tesouraria.

49. Pelo contrário, eu tenderia mais a elogiar a solidariedade que podem, assim e em certos casos, demonstrar os trabalhadores relativamente à sua empresa e a criticar o comportamento oposto, que consiste em recorrer imediatamente a todas as vias legais disponíveis para obter o pagamento integral dos salários em dívida, mesmo com o risco de precipitar o fim da empresa.

50. Seja como for, não poderá estar em causa decidir-se que o trabalhador que não tenha exigido o seu salário dentro do período em que o podia fazer se despoja voluntariamente da sua qualidade de trabalhador para revestir a de empresário e partilhar o risco económico com o seu empregador.

51. Na verdade, o trabalhador que aceita que o seu salário não lhe seja pago tempestivamente, comporta-se ainda como um trabalhador, porque, ao fazê-lo, tenta actuar no sentido da preservação do seu próprio emprego, fazendo, para este efeito, um sacrifício que se insere na confiança que mantém na capacidade do seu empregador retomar o controlo da situação da empresa.

52. Claro está que se este sacrifício se renovar, de vencimento em vencimento, encontramo-nos de novo na situação que anteriormente evoquei, em que uma empresa pretende, contra todas as regras

de uma sã concorrência, funcionar com assalariados sem assumir quaisquer encargos salariais, o que é inaceitável.

53. E é precisamente por esta razão que a directiva prevê expressamente, no seu artigo 4.°, que a garantia dos salários pode ser sujeita a limitações temporais.

54. Diferente é a situação do trabalhador que é simultaneamente comproprietário da empresa. Com efeito, nesse caso, a renúncia ao recebimento dos salários devidos na data normal do seu pagamento não resultará unicamente das considerações antes tecidas, mas corresponderá igualmente à vontade de não provocar a falência da empresa e de não perder parcial ou, na generalidade dos casos, totalmente o capital investido.

55. Para o detentor de participações numa sociedade, a confiança na capacidade que esta última terá para ultrapassar um momento difícil, pode frequentemente ser analisada como traduzindo a sua recusa a se render à evidência, ou seja, a reconhecer que foi efectuado um investimento pouco judicioso, conduzindo esta própria recusa a que o interessado manifeste o que, no domínio da medicina, se designa por obstinação terapêutica.

56. Evidentemente que não se trata de impor como princípio que a qualquer trabalhador que detenha uma qualquer participação na empresa que o emprega e a qual se encontre na situação de não poder assumir as suas obrigações deverá ser oposta, quando se dirija à instituição de garantia, a qualidade de empresário que lhe conferirá essa participação.

57. Com efeito, não há qualquer semelhança entre o trabalhador que detém algumas acções de uma sociedade anónima cujo capital está dividido em vários milhões de acções e o sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada (a seguir «L.^{da}») que, como é o caso da recorrente, detém um quarto do seu capital. O primeiro é um simples aforrador que detém acções da sociedade como podia deter obrigações do Tesouro Público e que, ainda que exerça o seu direito de voto nas assembleias gerais de accionistas, não tem a mínima influência na gestão e no futuro da sociedade, ao passo que o segundo, mesmo não exercendo pessoalmente a gestão da L.^{da}, participa numa verdadeira actividade empresarial, completamente diferente do simples investimento prudente das suas economias.

58. Aliás, note-se que se não quiséssemos, face às instituições de garantia, colocar em pé de igualdade com o trabalhador não accionista aquele que detém uma qualquer participação na empresa, comprometeríamos certamente o desenvolvimento da participação accionista dos assalariados, que é, de resto, fortemente encorajada na maior parte dos Estados-Membros.

59. É, com efeito, claro que se o trabalhador ao qual seja proposto tornar-se sócio, bem entendido, com uma parte muito modesta, da sociedade que o emprega, estiver simultaneamente informado de que, ao aceitar esta proposta, se sujeita a deixar de beneficiar, no futuro, da garantia ou de uma parte da garantia relativa ao pagamento dos seus salários em caso de insolvência da empresa, recusará o que lhe parecerá, não sem razão, ser um presente envenenado. O que, evidentemente, não poderá ser o que se pretende.

60. Regressando agora à situação da recorrente, creio que, no seu caso, o facto de deixar acumular os salários em dívida para seguidamente pedir o seu pagamento ao fundo de garantia, pode, tendo em conta a importância da participação detida na sociedade, ser considerado pelos órgãos jurisdicionais competentes como inserindo-se nas hipóteses de abuso contra as quais o artigo 10.°, alínea a), da directiva autoriza os Estados-Membros a precaver-se.

61. Efectivamente, M. Walcher, para além do facto de deter 25% do capital da sociedade e de ser a esposa do gerente, que também detém ele próprio 25% do capital, não podia, em razão das tarefas de contabilidade que assegurava na empresa, ignorar até que ponto a situação desta estava comprometida.

62. A sua vontade de salvar a empresa a todo o custo é, aliás, demonstrada pelo facto de ter aceite, quando surgiram as primeiras dificuldades, que fosse feita uma hipoteca sobre um imóvel de que é comproprietária com o seu cônjuge para possibilitar que a sociedade obtivesse novos financiamentos bancários.

63. O abuso reside no facto de, ao deixar acumular os salários em dívida, a recorrente ter aumentado os custos a suportar pelo fundo de garantia, que é alimentado pela colectividade, e que, tendo sido criado para vir em socorro dos assalariados, se encontraria, de facto, na situação de um banqueiro face a uma empresa falida, o que não é, manifestamente, a sua vocação.

64. Que, para se opor a este abuso, a jurisprudência austríaca recorra à teoria dos suprimentos de sócios equiparados a entradas de capital, parece-me aceitável.

65. O facto de alguém colocado na posição da recorrente não reclamar na data do seu vencimento o pagamento dos salários que lhe são devidos pode, em minha opinião, ser efectivamente analisado como um financiamento que um detentor de uma quota numa L.^{da} concede à sociedade para que esta possa prosseguir a sua actividade, comprometida por uma situação de tesouraria que não lhe permite fazer face aos seus compromissos.

66. Note-se igualmente que, como é salientado pelo órgão jurisdicional de reenvio, o facto de a aplicação do direito das sociedades conduzir a se considerar estarmos na presença de uma forma equivalente a uma entrada de capital constitui uma razão suplementar para se recusar a intervenção do fundo, dado que, no âmbito da regulamentação da falência, uma entrada de capital não tem praticamente qualquer hipótese de ser recuperada. O fundo de garantia que, nesse âmbito, pode invocar os créditos que lhe foram transferidos por aqueles que indemnizou, não pode esperar recuperar, ainda que parcialmente, os fundos que lhes adiantou.

67. Que o recurso aos princípios do direito das sociedades conduza a conceder ao sócio assalariado um prazo suplementar de 60 dias, a partir do momento em que tomou consciência da incapacidade da sociedade recorrer ao crédito, para actuar no sentido de receber os seus salários em dívida ou deixar o seu emprego, afigura-se-me igualmente razoável.

68. Efectivamente, deve admitir-se que o sócio assalariado se encontra, como qualquer outro trabalhador da empresa, perante uma decisão difícil e que deve ponderar cuidadosamente as vantagens e os inconvenientes das opções de que dispõe, pelo que a sua inacção não pode ser interpretada como correspondendo à sua vontade de fazer prevalecer a sua qualidade de sócio sobre a de assalariado antes de decorrido um prazo de 60 dias.

69. Até agora a minha análise situou-se no âmbito do artigo 10.°, alínea a), da directiva, ou seja, admiti que o sócio assalariado agiu, porventura mal, mas, em todo o caso, de boa fé. Mas, como salienta a Comissão, é evidente que é perfeitamente possível que, em certos casos, estejamos perante o conluio entre o trabalhador e o empregador a que se refere o artigo 10.°, alínea b), da directiva, hipótese em que se afigura mais do que justificada não apenas a limitação mas mesmo, eventualmente, a perda pelo trabalhador do direito à garantia dos salários, quando não tenham sido reclamados decorridos 60 dias após a tomada de conhecimento da insolvência da sociedade.

70. Consequentemente, considero que há que responder à primeira questão que a directiva deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional por força da qual um sócio assalariado que não exerce uma influência dominante na sociedade não beneficia, em caso de insolvência do seu empregador, de uma protecção em tudo idêntica à concedida ao trabalhador não sócio, quando, na sua qualidade de trabalhador da empresa e após ter tomado consciência da incapacidade desta recorrer ao crédito, se abstenha de reclamar durante mais de 60 dias a remuneração periódica que deixou de receber ou não abandone prematuramente as suas funções em razão do não pagamento da sua remuneração.

Quanto às modalidades admissíveis da limitação da protecção concedida ao sócio assalariado

71. Tendo, pois, admitido o princípio de uma limitação dos direitos do sócio assalariado, passo agora a debruçar-me sobre as suas modalidades admissíveis e, em particular, sobre as modalidades encaradas pelo órgão jurisdicional nacional na sua segunda questão. Recordemos que, através desta segunda questão, o Oberster Gerichtshof pretende saber se a perda dos direitos do sócio assalariado, sobre a qual interrogava o Tribunal de Justiça na sua primeira questão, é extensiva a todos os direitos que o trabalhador pode invocar perante o seu empregador ou somente aos nascidos após a data fictícia em que um assalariado não sócio teria abandonado a empresa em razão do não pagamento da sua remuneração.

72. Para o órgão jurisdicional nacional, esta perda deverá ser total, em aplicação dos princípios do direito comercial e tendo em conta que é difícil cindir os direitos decorrentes de uma relação laboral única em duas partes, uma correspondente ao período durante o qual o sócio assalariado beneficiará da protecção assegurada a qualquer trabalhador e outra ao período durante o qual a sua qualidade de assalariado cederá perante a de sócio.

73. Por outras palavras, o direito comercial deverá prevalecer sobre o direito do trabalho.

74. Antes de procurar responder à questão assim suscitada, gostaria de fazer uma observação sobre a expressão «data fictícia em que um assalariado não sócio teria abandonado a empresa» utilizada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

75. Se bem compreendi, o órgão jurisdicional de reenvio é do entendimento de que existe um momento em que um trabalhador normal de uma empresa em dificuldade deve razoavelmente despedir-se.

76. Já abordei este problema nas recentes conclusões de 2 de Julho de 2002 que apresentei no processo Mau [7], que respeita a certas modalidades de aplicação da directiva na República Federal da Alemanha. Este Estado-Membro limita o pagamento dos salários em dívida dos trabalhadores às remunerações referentes a um período de três meses e o Governo alemão alega que os trabalhadores têm todo o interesse em se despedirem antes do decurso desse prazo.

77. Pelo contrário, eu sustentei que normalmente um trabalhador só se despede após ter encontrado um novo emprego, o que pode levar tempo, e que pode também alimentar a esperança (justificada ou não) de que a situação da sua empresa seja recuperada. Em certos casos, o adminis-

7 — C-160/01, acórdão de 15 de Maio de 2003, Colect., p. I-4791, p. I-4793, n.os 32 a 37.

trador judicial da falência esforçar-se-á por manter em actividade, pelo menos, uma parte da empresa ou por a recuperar financeiramente na sua totalidade, o que não poderá fazer se, entretanto, a maior parte dos trabalhadores se tiverem despedido.

78. A fraca tendência que têm os trabalhadores para se despedirem é confirmada pelo facto de, no caso da empresa onde trabalhava M. Walcher, apenas cinco dos trinta trabalhadores ou aprendizes se terem despedido antes da data em que a sociedade foi sujeita a liquidação judicial.

79. Por todas estas razões, entendo que não é possível optar como critério pela fixação de uma «data fictícia em que um trabalhador assalariado não sócio teria abandonado a empresa».

80. A recorrente no processo principal propõe um outro. Alega que as medidas destinadas a combater os abusos devem limitar-se ao estritamente indispensável à realização desse objectivo. Assim, os sócios assalariados que não reclamem o pagamento da sua remuneração e não exerçam uma influência dominante devem, segundo ela, beneficiar da garantia mínima que é devida a qualquer trabalhador assalariado, ou seja, a remuneração relativa aos três últimos meses anteriores à superveniência da insolvência do empregador (artigo 4.°, n.° 2, da directiva). Considera que um combate legítimo aos abusos só pode penalizar as vantagens que vão além desta protecção mínima.

81. Esta abordagem também não me parece convincente. Na verdade, a directiva prevê simultaneamente que os Estados-Membros podem

— limitar a garantia dos salários a três meses e

— tomar as medidas necessárias para evitar abusos.

82. Portanto, é forçoso concluir que mesmo os Estados-Membros que limitam a referida garantia a três meses conservam, em princípio, a possibilidade de a reduzir a um período ainda mais curto quando se trate de evitar um risco sério de abuso.

83. Recordemos que decorre do anexo da directiva que a Irlanda e os Países Baixos foram ao ponto de excluírem totalmente do seu âmbito de aplicação os cônjuges da entidade patronal. Mas uma exclusão total

deste tipo não pode ser efectuada por vias indirectas. Assim, o acórdão Wagner Miret [8] precisou que não é admissível que um Estado-Membro, que qualifica o pessoal da direcção de uma empresa como trabalhadores assalariados e não os faz constar da secção I do anexo da directiva, os exclua do seu âmbito de aplicação.

84. De igual modo, os sócios que não exerçam uma influência determinante na sociedade [9] não podem, por via indirecta, serem totalmente excluídos da protecção prevista pela directiva.

85. É certo que a jurisprudência austríaca não adopta uma posição assim tão radical. Retira, contudo, aos sócios assalariados o seu direito à garantia dos salários quando se abstenham, após terem tomado consciência da incapacidade da empresa recorrer ao crédito, de reclamar durante mais de 60 dias a remuneração periódica que deixaram de receber.

86. Concordo com a Comissão quando afirma que mesmo esta posição é incompatível com o objectivo e o efeito útil da directiva. Com efeito, é com inteira razão que esta salienta que o artigo 10.° introduz uma excepção, uma derrogação, relativamente à protecção que a directiva pretende ver assegurada em benefício de todos os trabalhadores abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, e que, como tal, deve ser objecto de interpretação restritiva, de forma a não ficar comprometido o efeito útil da directiva.

87. É ainda acertadamente que a Comissão observa que o artigo 10.°, alínea a), da directiva refere as medidas «necessárias» para evitar os abusos, impondo por isso mesmo a aplicação do princípio da proporcionalidade.

88. Ora, retirar inteiramente ao sócio assalariado os direitos que poderia invocar perante a instituição de garantia significa negar totalmente o facto de ter efectuado as prestações que lhe conferiram o direito à remuneração. Além disso, na medida em que a garantia está limitada a 60 dias, os interesses da instituição de garantia estão suficientemente salvaguardados e a sobrevivência artificial de empresas condenadas à falência não é encorajada.

89. Em todo o caso, não se vê por que razão será totalmente artificial distinguir dois períodos no âmbito da relação laboral, precisamente a partir do momento em que se fixou este prazo de 60 dias.

8 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1993 (C-334/92, Colect., p. I-6911).

9 — A República da Áustria excluiu expressamente os sócios que exerçam uma influência determinante.

90. Por último, não é possível discernir qual será o princípio superior por força do qual o direito comercial deverá prevalecer sobre o direito do trabalho. Creio que, pelo contrário, a tendência actual nos Estados-Membros vai, por razões compreensíveis, no sentido inverso e recordo que o direito do trabalho foi precisamente desenvolvido como um ramo distinto do direito, com normas diversas das do direito civil e do direito comercial, para distinguir as relações laborais das relações comerciais e para garantir os direitos do trabalhador enquanto indivíduo colocado numa situação de dependência.

91. Como é, aliás, muito justamente salientado pela Comissão, é apenas a partir do momento em que já não é possível presumir que o sócio assalariado se comportará como um trabalhador normal que importará privilegiar a protecção do fundo de garantia e dos credores da sociedade.

92. De resto, recordo-o, foi esta a solução a que, de facto, chegou o órgão jurisdicional de primeira instância. Portanto, entendo que a perda total do direito à garantia só pode ocorrer após a expiração do prazo de 60 dias. Por outras palavras, no que toca ao período anterior à expiração do prazo que lhe é dado para se despedir ou fazer valer sem ambiguidade os seus direitos de trabalhador, dirigindo-se às instâncias competentes para obter o pagamento dos salários em dívida, o sócio assalariado deve ter o mesmo tratamento que qualquer outro trabalhador vítima da insolvência do seu empregador.

93. Resta, claro está, o caso a que se refere o artigo 10.°, alínea b), da directiva. Nesse caso, a fim de prevenir as tentativas de fraude, deve-se, em meu entender e no da Comissão, afirmar o princípio de que *um conluio, cuja prova compete à instituição de garantia*, pode exonerá-la de todas as suas obrigações perante o sócio assalariado. Efectivamente, não se pode considerar que a instituição de garantia tem a obrigação de socorrer um trabalhador que invoca esta qualidade quando se trata de dela tirar partido, mas cujo comportamento demonstra no seu conjunto que só tem em vista a defesa do património que investiu na sociedade e cuja ruína vai conduzir à perda. Em qualquer batalha é preciso escolher o seu campo e, uma vez consumada a derrota, já não há tempo para trocar.

94. À luz destas considerações, entendo que a perda dos direitos que podia invocar perante a instituição de garantia dos créditos salariais detidos sobre as empresas em situação de insolvência, que pode impor uma legislação nacional, só pode aplicar-se ao sócio assalariado após a expiração do prazo que lhe é conferido por esta mesma legislação para decidir se quer ou não preservar a totalidade dos seus direitos perante a referida instituição de garantia, despedindo-se ou reclamando o pagamento dos seus salários em dívida, sem prejuízo do caso de conluio, em que essa perda poderá ser total.

Conclusão

95. Tendo chegado ao termo da minha análise e recapitulando as conclusões parciais a que cheguei, proponho que o Tribunal de Justiça declare que:

— A Directiva 80/987/CEE, do Conselho, de 20 e Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional por força da qual a um sócio que não exerça uma influência dominante na sociedade é limitado, tendo em conta os princípios relativos aos suprimentos de sócios equiparados a entradas de capital, o respectivo direito à garantia dos salários em dívida por causa de insolvência, quando, na sua qualidade de trabalhador da empresa e após ter tomado consciência da incapacidade desta recorrer ao crédito, se abstenha de reclamar durante mais de 60 dias a remuneração periódica que deixou de receber ou não abandone prematuramente as suas funções em razão do não pagamento da sua remuneração.

— O artigo 10.° da Directiva 80/987 deve ser interpretado no sentido de que, quando, em aplicação dos princípios relativos aos suprimentos equiparados a entradas de capital de um sócio assalariado que não exerce uma influência determinante na sociedade, possa este último ser sujeito à perda dos seus direitos, esta perda só pode respeitar aos direitos referentes ao período decorrido após a expiração do prazo de 60 dias antes referido, a menos que se demonstre a existência de um conluio entre o empregador e o trabalhador em prejuízo dos credores, na acepção do artigo 10.°, alínea b), da directiva. Nesse caso, a perda pode incluir todos os direitos não satisfeitos do sócio assalariado.