

Best Corporate and Commercial Team in Portugal
World Finance Legal Awards 2008

Portuguese Tax Firm of the Year - 2007
International Tax Review European Awards

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter Laboral

Português English

Sumário

- I. Legislação Nacional e Comunicados do Conselho de Ministros
- II. Regulamentos de Extensão
- III. Obrigações
- IV. Legislação e Actos Comunitários
- V. Jurisprudência Nacional e Comunitária

I. Legislação Nacional e Comunicados do Conselho de Ministros

Legislação Nacional

Declaração n.º 292/2008, D.R. n.º 171, Série II de 2008-09-04

Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social - Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I. P.

Alteração do Orçamento da Segurança Social

Lei n.º 58/2008, D.R. n.º 174, Série I de 2008-09-09 Assembleia da República

Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas (Este tema será tratado de forma desenvolvida na próxima Newsletter)

Lei n.º 59/2008, D.R. n.º 176, Série I de 2008-09-11 Assembleia da República

Aprova o Regime do Contrato de Trabalho em

Funções Públicas (Este tema será tratado de forma desenvolvida na próxima Newsletter)

II. Regulamentos de Extensão

Não foram publicados Regulamentos de Extensão no mês de Setembro.

III. Obrigações

Comunicação da celebração e cessação de contratos a termo à Autoridade para as Condições de Trabalho

Nos termos do disposto no artigo 133.º do Código do Trabalho, o empregador deve comunicar trimestralmente à Autoridade para as Condições de Trabalho a celebração (com indicação dos respectivos fundamentos legais) e a cessação dos contratos a termo.

IV. Legislação e Actos Comunitários

Comité Económico e Social Europeu 2008/C 224/05

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Superar o estigma do insucesso empresarial - Por uma política de segunda oportunidade - Implementar a Parceria de Lisboa para o Crescimento e o Emprego» COM(2007) 584 final JOUE, C 224 30 de Agosto de 2008.

Comité Económico e Social Europeu 2008/C 224/22

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o «Destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços - Maximizar os benefícios e potencialidades e simultaneamente garantir a protecção dos trabalhadores» COM(2007) 304 final JOUE, C 224 30 de Agosto de 2008.

V. Jurisprudência Nacional e Comunitária

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2008

I. Embora o Decreto-Lei nº 358/89, de 17 de Outubro (com as alterações introduzidas pelas Leis nº 39/96, de 31 de Agosto, e 146/99, de 1 de Setembro) não contenha a noção de cedência ocasional de trabalhadores, tem-se entendido tal figura jurídica como o acordo negocial mediante o qual uma empresa cede a outra, provisoriamente, um trabalhador, mantendo-se, porém, o vínculo jurídico-laboral entre o cedente e o trabalhador.

II. Assim, o trabalhador cedido passa a prestar o seu labor na empresa a que é cedido, muito embora continue a fazer parte dos quadros da empresa cedente, relativamente à qual mantém o seu vínculo, dessa sorte sobre ela repousando os poderes de direcção, conformação da relação laboral e de disciplina; já no que se prende com o desenvolvimento da prestação de trabalho na empresa cessionária, os respectivos ordenamento e imposição de condições é levado a efeito pela mesma, sendo a retribuição do trabalhador assegurada pela empresa cedente.

III. Ao abrigo do referido regime jurídico, a cedência de trabalhadores só é permitida nos

apertados termos aí previstos quanto à forma como a admissão se deve processar e os termos do respectivo desenvolvimento.

IV. É ilícita a cedência de trabalhadores a uma empresa se da factualidade apurada resulta que na sequência dessa cedência de trabalhadores de diversas empresas, os quais a estas se encontravam vinculados formalmente por contratos de trabalho, aquela empresa passou a exercer os poderes característicos da entidade empregadora no que tange ao exercício de autoridade, direcção, fiscalização e conformação do trabalho.

No caso em apreço discute-se a questão de saber se os sucessivos contratos celebrados por termo incerto para concretizar o objecto de um contrato de prestação de serviços celebrado entre duas sociedades, configura uma situação real de prestação de serviços, ou se pelo contrário consiste num caso de cedência de trabalhadores.

A cedência ocasional de trabalhadores tem como características a transferência, de trabalhadores do quadro de pessoal próprio de uma empresa, portanto ligados a esta por um contrato de trabalho, para utilização de terceiros que sobre esses trabalhadores exerçam os poderes de autoridade e direcção próprios da entidade empregadora. É precisamente esta a situação que se verifica no caso.

O regime de cedência de trabalhadores constava dos arts. 26.º a 30.º do Decreto-Lei nº 358/89, de 17 de Outubro. Aqueles preceitos foram revogados pelo art. 21.º da Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto, lei que aprovou o Código de Trabalho. Todavia é perante aquele diploma que a questão tem que ser apreciada - arts. 3.º e 8.º nº 1, 2ª parte, da citada lei.

Verifica-se esta figura jurídica quando um trabalhador de determinada empresa passa a desenvolver a sua actividade noutra empresa, sob a direcção desta, mantendo a relação contratual com a primeira empresa, que continua a ser a sua entidade empregadora. Finda a cedência ocasional, o trabalhador volta a prestar a sua actividade junto da empresa cedente (o empregador). Esta noção corresponde, no essencial, à que consta do art. 322.º do Cód. Trab. Embora o trabalhador cedido continue a pertencer ao quadro da empresa cedente, a qual mantém a titularidade exclusiva do poder disciplinar, o poder de direcção e de conformação da prestação laboral cabe à empresa cessionária e o trabalho

prestado desenvolve-se sob a direcção desta e demais condições nela existentes - art. 20.º, nºs 6 e 1 do Decreto-Lei nº 358/89, ex vi art. 29.º.

O recurso ilícito à cedência ocasional de trabalhadores bem como a irregularidade ou inexistência de documento escrito, determinam a possibilidade de o trabalhador optar pelo direito à reintegração no activo da empresa cessionário.

O Tribunal concluiu assim pela existência de um artifício utilizado para impedir a celebração directa de contratos de trabalho, o que configura uma cedência ocasional de trabalhadores ilícita, na medida em que os trabalhadores já se encontravam vinculados formalmente a outras sociedades, prestando no entanto a sua actividade a uma terceira sociedade que sobre eles exercia os poderes da entidade empregadora.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de Julho de 2008

Processo C-303/06: Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de Julho de 2008 (pedido de decisão prejudicial do Employment Tribunal - Reino Unido) - S. Coleman/Attridge Law, Steve Law (Política social - Directiva 2000/78/CE - Igualdade de tratamento em matéria de emprego e na actividade profissional - Artigos 1.º e 2.º, n.os 1, 2, alínea a), e 3, e 3.º, n.o 1, alínea c) - Discriminação directa em razão de deficiência - Assédio ligado à deficiência - Despedimento de um funcionário não deficiente, mas que tem um filho deficiente - Inclusão - Ónus da prova)

Este caso tem por base a aplicação da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000 ("Directiva"), que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. O Tribunal de Justiça teve essencialmente que indagar sobre se a Directiva deve ser interpretada como proibindo a discriminação directa com base em incapacidade apenas nos casos em que o próprio trabalhador sofre de incapacidade, ou também nos casos em que não sofrendo o trabalhador em causa de nenhuma incapacidade, tem no entanto um filho portador de uma deficiência, sendo o principal responsável pela assistência ao mesmo.

Com efeito a Directiva prevê a proibição de discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em

prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento. No artigo 2.º considera-se existir discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos supra referidos, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.

Apesar de existirem disposições na Directiva endereçadas directamente a trabalhadores com deficiência, na medida em que consistem em medidas de discriminação positiva que os empregadores devem ter em conta para criarem condições físicas como por exemplo de acessibilidade para os trabalhadores com deficiência, o objectivo da Directiva é combater todas as formas de discriminação com base em incapacidade por deficiência. Esta interpretação decorre do artigo 13.º do Tratado das Comunidades Europeias (TCE) que constituiu a base legal para tomar as medidas necessárias para o combate à discriminação.

A trabalhadora em causa foi despedida após lhe ter sido recusado voltar ao trabalho quando regressou da licença de maternidade. Foi-lhe também recusada a possibilidade de prestar o seu trabalho ao abrigo de um regime de flexibilidade de horário igual ao concedido a trabalhadores pais de crianças sem deficiência. Quando a trabalhadora chegava atrasada devido a problemas do filho, era ameaçada de despedimento, o que configurava uma situação de intolerância que não se verificava em relação aos outros trabalhadores.

Perante estes factos e tendo em conta os objectivos da Directiva invocados, o Tribunal de Justiça considerou que esta não se aplica exclusivamente a trabalhadores com deficiência, mas engloba os casos de discriminação em que o empregador trata o trabalhador de forma menos favorável que outro, pelo facto daquele ser o principal responsável pelo seu filho portador de deficiência. Acrescenta o Tribunal de Justiça que o caso em apreço configura também uma situação de assédio, pelo que o empregador não conseguiu provar que a conduta para com a trabalhadora não era abusiva. Efectivamente, nestes casos e de acordo com o artigo 10.º da Directiva, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

A presente Newsletter foi elaborada pela Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados com fins exclusivamente informativos, não devendo ser entendida como forma de publicidade. A informação disponibilizada bem como as opiniões aqui expressas são de carácter geral e não substituem, em caso algum, o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos, não assumindo a Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados qualquer responsabilidade por danos que possam decorrer da utilização da referida informação. O acesso ao conteúdo desta newsletter não implica a constituição de qualquer tipo de vínculo ou relação entre advogado e cliente ou a constituição de qualquer tipo de relação jurídica. A presente newsletter é gratuita e a sua distribuição é de carácter reservado, encontrando-se vedada a sua reprodução ou circulação não expressamente autorizadas.

directa ou indirecta, incumba à parte requerida provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

Concluiu o Tribunal de Justiça que nem a proibição de discriminação nem a proibição de assédio se

reportam exclusivamente a trabalhadores com deficiência, aplicando-se também nos termos da Directiva, aos casos em que o trabalhador é vítima de discriminação e/ou assédio com base na deficiência do seu filho pelo qual é o principal responsável.

Contactos

LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) • 1250-160 Lisboa
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

PORTO

Avenida da Boavista, 3265-3.3 • 4100-137 Porto
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO & ASSOCIADOS, RL Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

Best Corporate and Commercial Team in Portugal
World Finance Legal Awards 2008

Portuguese Tax Firm of the Year - 2007
International Tax Review European Awards

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter Employment

Português English

Contents

I. National Legislation and
Announcements of the Council
of Ministers

II. Extension Regulations

III. Obligations

IV. Community Acts and
Legislation

V. National and European
Community Case-Law

I. National Legislation and Announcements of the Council of Ministers

National Legislation

Declaration no. 292/2008, *D.R.* (Portuguese official
gazette) no. 171, Series II of 2008-09-04
**Ministry of Labour and Social Solidarity -
Institute for Financial Management of Social
Security (public institute)**

Amending the Budget of the Social Security

Law no. 58/2008, *D.R.* (Portuguese official gazette)
no. 174, Series I of 2008-09-09
Parliament

Disciplinary Statute of Employees with Public
Functions (This topic will be dealt with in-depth
in the next Newsletter)

Law no. 59/2008, *D.R.* no. 176, Series I of 2008-09-11
Parliament

Adopting the Legal Framework of Employment

Contract for Public Functions (This topic will be
dealt with in-depth in the next Newsletter)

II. Extension Regulations

No Extension Regulations were published in
September.

III. Obligations

Report of the execution and termination of term
employment contracts to *Autoridade para as
Condições de Trabalho* (Labour Authority)

In accordance with Article 133 of the Labour Code,
the employer must quarterly report to *Autoridade
para as Condições de Trabalho* (Labour Authority)
the execution (stating the relevant legal grounds)
and termination of term employment contracts.

IV. Community Acts and Legislation

European Economic and Social Committee 2008/C 224/05

Opinion of the European Economic and Social Committee on the «Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - overcoming the stigma of business failure - for a second chance policy - implementing the Lisbon Partnership for Growth and Jobs» COM(2007) 584 final OJEU, C 224 30 August 2008.

European Economic and Social Committee 2008/C 224/22

Opinion of the European Economic and Social Committee on the «Posting of workers in the framework of the provision of services - Maximising its benefits and potential while guaranteeing the protection of workers » COM(2007) 304 final OJEU, C 224 30 August 2008.

V. National and Community Case-Law

Judgment of the Supreme Court of Justice of 10 September 2008

I. Although Decree-Law no. 358/89 of 17 October (as amended by Law no 39/96 of 31 August and 146/99 of 1 September) does not set out the notion of temporary assignment of employees, it has been understood that this is the agreement under which a company temporarily assigns an employee to another company, while the employment relation between the former company and the employee does not change.

II. In this situation, the employee in question works for the company to which he or she was reassigned, although he or she continues to be on the payroll of the company that reassigned him or her and to which he or she continues to be bound, which retains the powers to instruct the employee and establish the conditions of his or her employment relation as well as the disciplinary power; however, the manner in which the work is to be performed at the company to which the employee was reassigned, the power

of direction and the imposition of rules rests with the latter company, while the employee is paid by the company that assigned him or her.

III. In accordance with this legal framework, the assignment of employees may only take place in accordance with the stringent conditions legally set out concerning the manner in which the admission of the employee and terms of development of such relation.

IV. The assignment of employees to a company is unlawful where the facts proven indicate that following the assignment of employees of different companies, which were formally bound to these companies by employment contracts, this company began to exercise powers that are typically the employer's powers, in terms of authority and the power to direct, oversee and organize the employee's work.

In this case, the question is whether the various non-fixed term contracts concluded to carry out the subject of a service agreement entered into between the two companies, amounts to an actual service agreement or if, on the contrary, it is a case of assignment of employees.

The characteristic features of the temporary assignment of employees is the transfer of employees who are on the payroll of a company, and bound to that company under employment contracts, to be used by third parties who exercise powers of authority and direction, which are typically the employer's powers. And this is precisely what happens in this case.

The legal framework of the assignment of employees was set out in Articles 26 to 30 of Decree-Law no. 358/89 of 17 October. These provisions were repealed by Article 21 of Law no. 99/2003 of 27 August which adopted the Labour Code. However, in accordance with Articles 3 and 8 number 1, second part of the said Law, the question must be analysed on the basis of the above mentioned Decree-Law.

A situation of assignment of employees arises when the employee of a given company starts working for another company under the direction of this other company, but retains his or her employment relation with the former, which continues to be the employer. At the end of the temporary assignment, the employee goes back to the company that assigned him or her (the employer). Essentially, this idea corresponds to the one set out in Article 322 of the Labour Code.

Although the employee continues to be on the payroll of the company that assigned him or her, which also continues to hold disciplinary power, the power to direct and organize his or her work rests with the company to which he or she was assigned and the work is performed under the direction of the latter company and in accordance with the rules in force at the same - Article 20 (6) and (1) of Decree-Law no. 358/89, by virtue of Article 29.

The unlawful use of the temporary assignment of employees and the irregularity or non-existence of a written document, entitles the employee to be included in the payroll of the company to which he or she was temporarily reassigned.

Therefore, the court concluded that a subterfuge had been used to prevent the direct execution of an employment contract, which amounts to an unlawful temporary assignment of employees, inasmuch as the employees already had a formal employment relation with other companies but worked for third companies which exercised over those employees the powers of the employer.

Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) 17 July 2008

Case C-303/06: Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 17 July 2008 (reference for a preliminary ruling from the Employment Tribunal - United Kingdom) - S. Coleman/Attridge Law, Steve Law (Social policy - Directive 2000/78/EC - Equal treatment in employment and occupation - Articles 1, 2 (1), (2) (a) and 3 (1) (c)- Direct discrimination on grounds of disability - Harassment related to disability - Dismissal of an employee who is not himself disabled but whose child is disabled- Included - Burden of proof)

This case is based on the application of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 ("Directive"), establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. Essentially, the Court had to analyse whether the Directive should be interpreted as meaning that it prohibits direct discrimination on grounds of disability only in those cases where the employee is him or herself disabled or also in cases where the employee in question is not him or herself disabled but has a disabled child whose care is provided primarily by that employee.

As a matter of fact, the Directive prohibits discrimination based on religion or belief, disability, age or sexual orientation, in employment and

occupation, with a view to putting into effect in the Member-States the principles of equal treatment. In accordance with Article 2, direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1.

Despite the fact that certain provisions of the Directive relate specifically to employees in that they are positive discrimination measures that employers must take into consideration to create physical conditions such as accessibility conditions for disabled employees, the goal of the Directive is to combat all forms of discrimination on the grounds of disability. This interpretation arises from Article 13 of the EC Treaty, which is the legal basis of the measures adopted to combat discrimination.

The employee in question was dismissed after her employer refused to allow her to return to her existing job on her return from maternity leave. She was also refused the same flexibility system concerning working hours as that of her colleagues who were parents of non-disabled children. Every time she was late in order to care for her child, she was threatened with dismissal, which is a situation of intolerance that did not occur with other employees.

In light of the above, and considering the above mentioned goals of the Directive, the Court of Justice considered that the same does not exclusively apply to employees who are themselves disabled but also to cases of discrimination where an employee is treated by the employer less favourably than another based on the disability of his or her child, whose care is provided primarily by that employee. Furthermore, the Court also considered that the case in question was one of harassment, since the employer failed to prove that the employer's behaviour towards the employee was not abusive. In fact, in these cases, in accordance with Article 10 of the Directive, Member States should take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial system, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them, establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment.

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

This Newsletter was prepared by Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados for information purposes only and should not be understood as a form of advertising. The information provided and the opinions herein expressed are of a general nature and should not, under any circumstances, be a replacement for adequate legal advice for the resolution of specific cases. Therefore Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados is not liable for any possible damages caused by its use. The access to the information provided in this newsletter does not imply the establishment of a lawyerclient relation or of any other sort of legal relationship. This Newsletter is complimentary and the copy or circulation of the same without previous formal authorization is prohibited.

The Court concluded that neither the prohibition of discrimination nor the prohibition of harassment relate directly to disabled employees; rather, in accordance with the Directive, they apply also to

cases where the employee is the victim of discrimination and/or harassment on the grounds of the disability of his or her child, for whom he or she is the primary provider of care.

Contact

LISBON

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) • 1250-160 Lisbon
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

OPORTO

Avenida da Boavista, 3265-3.3 • 4100-137 Oporto
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO & ASSOCIADOS, RL Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada