

LA CLAUSE D'EXCLUSIVITE DANS LE CONTRAT À TEMPS PARTIEL *

Alice Catarina de Souza Pires**

O estudo da jornada do trabalho, tema dessa edição da Revista do Tribunal Superior do Trabalho, leva-me a propor uma reflexão sobre a cláusula de exclusividade inserida nos contratos a tempo parcial, assunto da monografia de conclusão do curso de Mestrado em *Droit Social*, pela Universidade Panthéon-Assas (Paris 2), em junho de 2005.

Trata-se de tema cujo tratamento jurídico sofreu uma reviravolta na jurisprudência francesa, em pequeno espaço de tempo e cuja atualidade permanece em face do fenômeno da globalização e das propostas, cada vez mais audaciosas, de flexibilização dos direitos trabalhistas.

A validade da cláusula de exclusividade nos contratos de trabalho a tempo parcial foi examinada no ano 2000 pela Cour de Cassation, que afirmou, em três acórdãos de 11 de julho, tratar-se de cláusula incompatível com essa modalidade de contrato¹. Tal entendimento foi, em seguida, modificado em acórdão proferido em 25 de fevereiro de 2004, que estabeleceu as condições de validade da cláusula de exclusividade, para alcançar também o trabalho a tempo parcial. O conteúdo dessa decisão, porém, não permite considerar esse assunto como encerrado.

A Cour de Cassation substituiu a anterior incompatibilidade de princípio da cláusula de exclusividade nos contratos a tempo parcial por uma validade enquadrada, fundamentando a sua decisão na liberdade de exercício de uma atividade profissional e no caráter excepcional da restrição dessa liberdade².

* Extração de estudo originalmente escrito em francês, sob orientação de Me Corinne Pizzio-Delaporte. Tradução da autora.

** *Juíza do Trabalho da 5ª Região; mestre em Direito Social pela Université Paris-2/Panthéon Assas.*

1 “(...) la clause d'un contrat de travail par laquelle un salarié s'engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle (...)” Cass. soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.143.

2 “La clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d'un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle (...)” Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

Ora, a liberdade de trabalho não tem um valor constitucional seguro, já que nunca foi mencionada em texto dessa natureza, nem evocada pelo Conseil Constitutionnel. De qualquer sorte, a Cour de Cassation já decidiu em várias oportunidades com base no que chama de “principe constitutionnel de la liberté du travail”³.

O legislador também reconhece, implicitamente, é verdade, a existência de um direito à pluriatividade na Lei de 19 de janeiro de 2000, que regulamenta a redução do tempo de trabalho. Essa lei autoriza o trabalhador a tempo parcial a recusar uma mudança no seu horário de trabalho, principalmente quando motivado pelo acúmulo de atividades⁴. O mesmo reconhecimento implícito pode ser observado nos artigos L.223-7 e L.751-3 do Código do Trabalho. O primeiro obriga o empregador a levar em consideração esses eventuais acúmulos para determinar a ordem de concessão de férias. E o segundo prevê a necessidade de prévia autorização do empregador ao VRP (representante comercial) que pretende representar novas empresas.

A pluriatividade, entretanto, não é um direito sem limites. A liberdade que o empregado dispõe além do seu tempo de trabalho pode ser limitada, tanto pela lei, que prevê uma duração máxima de trabalho, quanto pelo próprio contrato firmado entre as partes.

A jurisprudência da Cour d’Appel de Paris também evoca o princípio, ao afirmar que nenhum texto pode impedir um trabalhador de ter vários empregos, desde que o tempo consagrado a cada empregador, nem o seu total, ultrapasse a duração máxima do trabalho⁵.

A regulamentação sobre o acúmulo de empregos visa não apenas ao empregado, mas também ao empregador. O artigo L.324-3 do Código do Trabalho prevê que “Nul ne peut recourir aux services d’une personne qui contrevient aux dispositions des articles L.324-1 et L.324-2”⁶; e o artigo R.362-4 estabelece uma sanção penal para os casos de desrespeito à duração máxima de trabalho, que atinge igualmente os empregados e os empregadores que utilizam os seus serviços.

O Código do Trabalho, entretanto, não esclarece se essa infração acarreta o reconhecimento da nulidade de um dos contratos ou não. A Chambre Sociale

3 Princípio constitucional da liberdade do trabalho. Cass. soc., 18 déc. 1997, n° 99-43.392.

4 Art. L.212-4-3, al. 6, C. trav.

5 CA Paris, 22 sept. 1986, D.1986, flash n° 34.

6 Ninguém pode recorrer aos serviços de uma pessoa que transgredir as disposições dos artigos L.324-1 et L.324-2.

se recusa a reconhecer essa nulidade, pois a violação dos textos invocados resulta da realização do trabalho além da duração autorizada e não da conclusão do segundo contrato. Os dois contratos são incompatíveis, mas não nulos⁷.

Pelo visto, não é no campo das nulidades dos contratos, mas no da ruptura que a limitação da duração do trabalho produzirá seus efeitos. Assim, para não infringir a lei, cabe ao empregado escolher o emprego que pretende conservar e rescindir o outro. A demissão se destina especificamente a por fim à situação ilegal⁸.

Por outro lado, a inércia do empregado não constitui, por si só, a prova de uma vontade clara e inequívoca de rescindir um dos contratos e não autoriza o empregador a tomar a iniciativa da ruptura do contrato por justa causa. Qualquer um dos empregadores deve iniciar o processo normal de licenciamento⁹.

No particular, a jurisprudência estabelece que a despedida fundada na incompatibilidade entre os dois contratos tem uma causa real e séria¹⁰, mas o empregador só pode alegar justa causa se conceder ao empregado oportunidade de escolher um dos contratos¹¹.

As limitações contratuais, por sua vez, são impostas pela própria natureza do vínculo existente entre o trabalhador e a empresa. É este que impõe a obrigação de lealdade, inerente à condição do empregado. O contrato de trabalho, como toda convenção legalmente concluída, deve ser executado de boa-fé. A obrigação de lealdade é reconhecida no artigo L.120-4 do Código do Trabalho, e deve ser observada inclusive na ausência de disposição expressa no contrato. Isso não impede às partes de fazerem previsões expressas nesse sentido. Essas disposições podem, por exemplo, tomar a forma de uma obrigação de discrição, como reconheceu a Cour d'Appel de Paris¹².

O empregado está também sujeito à obrigação de não concorrência, que o proíbe, enquanto durar o contrato, de exercer qualquer outra atividade em detrimento do empregador¹³. Vale ressaltar que o simples fato do empregado

7 Cass. soc., 27 avr. 1989, Bull. civ. V, n° 313; Cass. soc., 27 avr. 1989, Bull. civ. V, n° 313.

8 Cass. soc., 13 mai 1992, Bull. civ. V, n° 299.

9 Cass. soc., 25 oct. 1990, Bull. civ. V, n° 501.

10 Cass. soc., 4 juin 1998, RJS 10/1998, n° 1305.

11 Cass. soc., 7 mai 1997, n° 94-43.169.

12 CA Paris, 18 mai 1993, RJS 6/1994, n° 828.

13 Cass. soc., 13 mai 1978, Cah. prud'h. n° 3-79, p. 3; 28 janv. 1988, Cah. prud'h. 1989, n° 5, p.80.

trabalhar para uma empresa concorrente não constitui automaticamente desrespeito à obrigação de lealdade. Para que a falta exista é preciso que o comportamento do empregado seja efetivamente prejudicial ao empregador¹⁴.

As limitações contratuais se baseiam, igualmente, na presença de eventual cláusula de exclusividade, que é o compromisso do empregado em não exercer qualquer outra atividade profissional. O empregado se vê, então, durante o período de vigência do contrato, obrigado a se dedicar a um único empregador.

A cláusula de exclusividade não se confunde com a cláusula de não concorrência¹⁵. A cláusula de exclusividade não proíbe apenas atividades concorrentes à do empregador, mas toda e qualquer atividade. Além disso, ela se aplica pelo tempo de vigência do contrato, enquanto que a cláusula de não concorrência somente intervém após a ruptura da relação contratual.

A cláusula de exclusividade também não se confunde com a obrigação de lealdade. Enquanto esta é uma consequência natural do contrato, a exclusividade precisa estar expressamente prevista no contrato, ou, eventualmente, em uma norma coletiva. A forma escrita é indispensável, já que a cláusula de exclusividade não pode ser presumida. Daí se conclui que a exigência de autorização prévia do empregador para que o VRP (representante comercial) possa aceitar novas representações não pode ser equiparada a uma cláusula de exclusividade¹⁶.

Não é obrigatório, entretanto, que a cláusula de exclusividade seja absoluta; as partes podem prever condições sob as quais ela possa ser derogada. Assim, uma cláusula pela qual um VRP se engaja a representar uma única sociedade constitui uma cláusula de exclusividade, mesmo se o contrato possibilita à empresa autorizar o VRP a derogá-la. Neste sentido julgou a *Chambre Sociale*, em decisão proferida em 9 de julho de 2003¹⁷.

A inobservância da obrigação de exclusividade constitui uma falta do empregado, passível de sanção disciplinar, desde que para isso a referida cláusula seja válida. Na ausência de texto legislativo relativo à validade da cláusula de exclusividade no direito do trabalho, a questão é regulada pela jurisprudência.

14 CA Versailles, 2 avril 1991, RJS 10/1992, n° 1193.

15 Cass. soc., 7 mai 1997, Cah. prud'h. n° 10-03, p. 137.

16 Art. 751-3, 2 al., C. trav.

17 Cass. soc., 9 juillet 2003, Cah. prud'h. n° 10-03, p. 139.

DOCTRINA

Inicialmente aceita pela *Chambre Sociale*, com base no princípio da liberdade contratual¹⁸, a licitude das cláusulas de exclusividade foi, em seguida, colocada em dúvida. Isso até que a *Cour de Cassation* proferiu três acórdãos muito importantes, que datam de 11 de julho de 2000¹⁹, se pronunciando pela primeira vez acerca da licitude dessa cláusula.

Nessas três decisões, a Alta Jurisdição impõe três exigências relativas à inclusão das cláusulas de exclusividade nos contratos de trabalho. Em se tratando de uma cláusula derivada do direito comum e limitativa da liberdade do trabalho, a *Cour de Cassation* decidiu que uma cláusula de exclusividade só pode ser válida se respeitadas certas condições objetivas. Essas condições visam a proteger os legítimos interesses da empresa, respondendo também às exigências impostas pelo art. L.120-2 do Código do Trabalho. Elas derivam do princípio geral da proporcionalidade e coincidem com as condições de validade das outras cláusulas limitativas da liberdade do trabalho.

A validade de uma cláusula de exclusividade, eventualmente inserida em um contrato de trabalho a tempo completo, seja ela a prazo ou por tempo indeterminado, fica então submetida a três condições cumulativas: ela deve ser indispensável à proteção dos interesses legítimos da empresa, justificada pela natureza do serviço e proporcional ao objetivo do contrato.

Resta, entretanto, saber se a cláusula de exclusividade tem validade em se tratando de contratos a tempo parcial²⁰. A resposta a esta questão foi trazida, mais uma vez, não pela lei, mas pela jurisprudência da *Cour de Cassation*, pelos mesmos acórdãos de 11 de julho de 2000. Nesses três julgamentos a *Cour de Cassation* deduz das condições anunciadas que a exclusividade é incompatível com a atividade assalariada exercida a tempo parcial: “la clause par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle”²¹.

Levando em consideração unicamente o princípio da liberdade do trabalho, a *Cour de Cassation* declara que as cláusulas de exclusividade não podem ser impostas aos trabalhadores a tempo parcial. Esta Corte esclarece, ainda, que a cláusula de exclusividade inserida no contrato a tempo parcial

18 Cass. soc., 27 mai 1992, n° 88-42.877; Cass. soc., 7 mai 1997, Cah. prud’h. n° 10-03, p. 137.

19 Cass. soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.143/ n° 98-43.945/ n° 98-43.240.

20 Le travailleur à temps partiel est celui qui répond aux exigences énoncées dans l’article L.212-4-2 du Code du travail.

21 Attendu commun des trois arrêts du 11 juil. 2000.

atenta contra o princípio constitucional da liberdade do trabalho a tempo completo: “(...) la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle”²².

Como impedir um empregado a tempo parcial de trabalhar para uma outra empresa, considerando que seu principal empregador não lhe assegura uma remuneração e um trabalho a tempo completo? Como um empregador poderia exigir de um trabalhador que consagre sua atividade profissional exclusivamente a seu serviço sem assegurar-lhe um contrato a tempo completo? Um empregado contratado a tempo parcial deve poder trabalhar para outro empregador a fim de completar a sua remuneração. Seria socialmente justo impedir trabalhadores de ganharem normalmente sua vida através do trabalho? A liberdade de trabalho se articula, pois, à liberdade de ganhar a vida.

Para decidir pela incompatibilidade da cláusula de exclusividade com o trabalho a tempo parcial, a Chambre Sociale de la Cour de Cassation se apoia na doutrina existente sobre a matéria, que sempre privilegiou a liberdade do trabalho. O professor A. Mazeaud lembra assim que “l’exclusivité ne saurait justifier l’obligation de n’avoir aucune autre activité professionnelle, même réduite. Elle serait contraire à la fois à la liberté du travail et aux droits de la personnalité”²³. M. J-E Ray acrescenta que essas cláusulas “portent atteinte à la liberté du travail et, négociées à l’embauche, font penser à l’abus de position dominante si le nombre d’heures proposées ne permet pas au salarié de vivre décemment”²⁴.

Apesar do princípio da incompatibilidade ter sido estabelecido nos citados acórdãos de 11 de julho de 2000, a propósito de uma única categoria profissional, a dos VRP, o entendimento, pela sua generalidade, alcança todos os empregados a tempo parcial.

À ocasião de um *revirement* de jurisprudência, que data de 25 de fevereiro de 2004²⁵, porém, a incompatibilidade da cláusula de exclusividade com o contrato a tempo parcial foi abandonada. Nesse processo, uma caixa de

22 Cass. soc., 28 fév. 2001, Cah. prud’h. n° 10-03, p. 141.

23 “A exclusividade não poderia justificar a obrigação de não exercer nenhuma outra atividade profissional, mesmo reduzida. Ela seria contrária tanto à liberdade do trabalho, quanto aos direitos da personalidade”. Rép. Dalloz, Contrat de travail – exécution, n° 54, janvier 1993.

24 “Ofendem a liberdade do trabalho e, negociadas na admissão, fazem pensar no abuso de posição dominante se o número de horas propostas não permite ao empregado viver decentemente”. RAY, J-E, “Fidélité et exécution du contrat de travail” In Dr. soc. 1991, 376.

25 Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

supermercado foi contratada a tempo parcial e o seu contrato continha uma cláusula que a proibia de exercer qualquer outra atividade profissional. Aqui, reafirmando que esse tipo de cláusula não pode ser empregada de maneira aleatória, a Cour de Cassation revê o seu posicionamento²⁶.

Assim, a incompatibilidade da cláusula de exclusividade com os contratos a tempo parcial pertence ao passado. Agora, a obrigação de exclusividade pode ser imposta tanto aos trabalhadores com jornada integral, quanto aos que trabalham a tempo parcial. A Cour de Cassation procede em dois tempos. Primeiro enuncia quais as condições de validade de uma cláusula de exclusividade inserida em um contrato a tempo parcial (Parte I). Em seguida, determina as consequências de uma cláusula ilícita (Parte II).

PARTE I – CONDIÇÕES DE VALIDADE

Pelo visto, agora a cláusula de exclusividade nos contratos a tempo parcial não é necessariamente proibida, desde que preenchidas as exigências definidas pela jurisprudência. Esses critérios são os mesmos exigidos para a validade da cláusula de não concorrência (Capítulo 1), com exceção apenas da contraprestação financeira (Capítulo 2).

CAPÍTULO 1 – EXIGÊNCIAS PARA A LICITUDE DA CLÁUSULA

Assim, segundo esse novo entendimento da Cour de Cassation, a cláusula de exclusividade inserida em um contrato a tempo parcial “n’est dès lors valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché”²⁷.

A primeira condição imposta ao empregador para que possa restringir a liberdade do trabalho do empregado é a existência de um interesse legítimo, tendo os juízes o dever de investigar se essa restrição ao livre exercício da atividade profissional do empregado corresponde a uma imperiosa necessidade da empresa.

26 “(...) la clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d’un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d’une activité professionnelle et n’est dès lors valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché; que si la nullité d’une telle clause n’a pas pour effet d’entraîner la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, elle permet toutefois au salarié d’obtenir réparation du préjudice ayant résulté pour lui de cette clause illicite.”

27 Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

E para verificar a legitimidade dos interesses da empresa, a jurisprudência fixa vários critérios, dentre os quais, o contato com a clientela, o acesso a informações importantes ou o conhecimento de um *savoir-faire* próprio à empresa.

Reconhecida a legitimidade do interesse da empresa, deve o juiz controlar o momento em que a cláusula foi imposta ao empregado, para se certificar de que a exclusividade era realmente indispensável e não apenas útil à proteção dos interesses da empresa.

A segunda condição diz respeito à natureza do serviço. Assim, a cláusula só é legítima se o empregador tiver razões concretas para temer um prejuízo que o empregado possa causar à empresa. Isso, levando em consideração a função exercida pelo trabalhador e o seu nível de responsabilidade e não a maior ou menor competência pessoal do empregado do ponto de vista técnico. Foi exatamente esse critério que levou a Cour de Cassation a se decidir pela nulidade da cláusula de exclusividade inserida no contrato de uma caixa que prestava serviços em um centro comercial²⁸.

Essa condição não conhece exceções. Mesmo no caso do VRP, em que foi a própria lei que instituiu a possibilidade de se exigir a exclusividade dos serviços, a empresa deve, ainda assim, demonstrar que a cláusula se justifica pela natureza da atividade a ser realizada.

O terceiro princípio diretor do controle judiciário é a proporcionalidade ao objeto do contrato, permitindo-se instaurar uma relação de adequação entre a medida tomada pelo empregador e o objetivo do contrato. Esse princípio permite que sejam evitadas investidas exageradas contra a liberdade do trabalho.

A cláusula de exclusividade pode ser considerada excessiva se ela impede o empregado a tempo parcial de ganhar normalmente a sua vida completando a sua remuneração por um outro emprego. O critério da proporcionalidade é, pois, a garantia dada ao empregado de ter uma outra atividade e conservar seus meios de existência.

Como lembra M. Thézé, “Il s’agit de trouver un point d’équilibre entre les droits et libertés du salarié et les pouvoirs de l’employeur. Usage raisonnable ou usage abusif? Telle est la question que l’employeur doit se poser avant d’agir ou de réagir”²⁹.

28 Cass. soc., 25 fév. 2004, n° 01-43.392.

29 Deve-se achar um ponto de equilíbrio entre os direitos e liberdades do empregado e os poderes do empregador. Uso razoável ou abusivo? Essa é a questão que o empregador deve se fazer antes de agir ou reagir. THEZE, M., “Les potentialités de l’article L.120-2 du Code du travail”, In Semaine Soc. Lamy, 2002, In <<http://www.lamylinereflex.fr>>.

Os magistrados devem analisar cada caso concreto e verificar qual a efetiva consequência para o empregado dessa proibição de exercer qualquer outra atividade. As condições de validade enunciadas pela jurisprudência são cumulativas, elas se adicionam; na ausência de apenas uma delas, a cláusula será ilícita.

Com essas exigências, a Cour de Cassation procurou demonstrar o caráter excepcional da cláusula de exclusividade: ela não é uma disposição inofensiva, que pode ser integrada a qualquer contrato. Os magistrados tentam colocar dessa forma um ponto final no uso dessa cláusula como uma simples fórmula de estilo.

CAPÍTULO 2 – NÃO EXIGÊNCIA DE CONTRAPARTIDA FINANCEIRA

Até o momento, entretanto, a validade das cláusulas de exclusividade não depende de uma contrapartida financeira, contrariamente, por exemplo, ao que acontece com a cláusula de não concorrência. Sobre a questão, as opiniões se dividem: enquanto alguns são a favor da inserção de mais essa exigência para garantir a validade da cláusula de exclusividade, outros são contrários a tal condição.

São três os principais argumentos dos que militam a favor da imposição de uma contrapartida financeira.

O primeiro é no sentido de que esse pagamento seria uma resposta ao princípio da equidade e da reciprocidade das obrigações. Ele seria a causa da obrigação, já que em todo contrato sinalagmático o objeto da obrigação de uma das partes constitui a causa da obrigação da outra. Na sua ausência a obrigação seria, então, nula pela falta de causa. Uma contrapartida financeira compensaria, pois, o sacrifício feito pelo empregado de uma parte da sua liberdade profissional, conferindo à cláusula esse caráter sinalagmático. Em consequência, se o empregado violasse a cláusula, o empregador estaria livre da sua obrigação de pagar a contrapartida financeira e, da mesma forma, caso não fosse paga a contrapartida financeira, o empregado recuperaria a sua liberdade de exercer outra atividade.

O argumento mais coerente ultrapassa o direito comum das obrigações e recorre às liberdades e direitos fundamentais, revelando, mais uma vez, a autonomia do direito do trabalho com relação ao direito civil. De acordo com essa corrente, uma contrapartida financeira permitiria conciliar os interesses em questão, incitando o empregador a ajustar a sua exigência de exclusividade

unicamente à imperiosa necessidade de proteger a empresa. A contrapartida financeira se alinharia assim à busca pela estrita proporcionalidade das limitações à liberdade do trabalho, iniciada com os acórdãos de 11 de julho de 2000. Essa seria uma solução favorável ao empregado, já que este, segundo os seus interesses, poderia requerer a anulação da cláusula e dispor assim de uma inteira liberdade profissional, ou simplesmente postular o pagamento da contrapartida financeira.

O terceiro argumento favorável é no sentido de que tal exigência asseguraria uma maior proteção dos interesses dos trabalhadores, pois aumentaria o poder do juiz de controle da validade da cláusula.

Para os que se opõem à imposição de uma contrapartida financeira, porém, essa nova condição de validade não seria a melhor maneira de conter as ofensas à liberdade do trabalho. Para eles, tal exigência seria uma fonte de insegurança jurídica e levaria a uma maior complexidade do controle judiciário sobre a validade da cláusula. Argumentam que não havendo nenhuma disposição legal ou convencional prevendo uma eventual contrapartida financeira, tal exigência fugiria ao poder criador dos juízes e os efeitos dos *revirements* de jurisprudência. Criar novas regras seria conceder aos juízes um poder igual ao do legislador, provocando uma instabilidade jurídica para os empregadores, na medida em que as cláusulas em vigor seriam apreciadas de acordo com as novas regras.

Isso foi exatamente o que aconteceu com relação à cláusula de não concorrência. Com efeito, a indenização para esses casos somente foi estabelecida em 2002, mas o seu pagamento tornou-se obrigatório também para os contratos firmados antes dessa data. A questão toca então o problema do efeito retroativo dos *revirements* de jurisprudência. Nesse caso a Cour de Cassation determinou o efeito imediato do novo entendimento, justificando a sua decisão com o fato de que ela se funda na proteção de um direito fundamental.

Além disso, os defensores dessa corrente entendem que a imposição de uma contrapartida financeira como condição de validade da cláusula seria um complicador a mais para o controle judicial, já que as condições de validade da cláusula devem ser analisadas cumulativamente. E mais, que um novo objeto de litígio surgiria para determinar qual o regime jurídico aplicável a essa contrapartida financeira. Ela teria um caráter indenizatório, destinado a compensar o prejuízo sofrido pelo empregado pela restrição da sua liberdade de trabalho, ou teria um caráter remuneratório, complementando assim o salário do trabalhador?

Pelo visto, a questão relativa à validade da cláusula de exclusividade não está definitivamente resolvida.

PARTE II – SANÇÕES EM CASO DE ILICITUDE

Até agora, a cláusula de exclusividade que não preenche as condições de validade exigidas pela jurisprudência é ilícita (Capítulo 1) e a Cour de Cassation, no mesmo acórdão de 25 de fevereiro de 2004, prevê as consequências dessa ilicitude (Capítulo 2).

CAPÍTULO 1 – AS SANÇÕES

Na referida decisão, a Cour de Cassation opta claramente pela nulidade, mas a revisão da cláusula permanece, em alguns casos, como uma sanção possível.

Em se tratando de sancionar um interesse privado, a nulidade, no caso, é relativa. Essa é uma característica própria do direito do trabalho, não podendo ser assimilada ao princípio geral das nulidades do direito civil.

A questão que se coloca então é a de saber quem pode invocar essa nulidade. Ordinariamente, no direito dos contratos, a nulidade absoluta pode ser alegada por qualquer interessado, mas a ação de anulabilidade só é permitida às pessoas a quem essa nulidade visa a proteger. Nessa linha, a nulidade tendo sido instituída apenas para proteger o empregado contra as restrições injustificadas da sua liberdade de trabalho, somente este tem legitimidade para intentar a ação de anulabilidade da cláusula de exclusividade. A via está, portanto, fechada aos empregadores, já que a nulidade não pode ser requerida por quem lhe deu causa. Este princípio está diretamente ligado à boa-fé, que deve reger as relações entre as partes do contrato de trabalho.

Outrossim, em razão da adoção do mecanismo da nulidade parcial, o contrato continua válido, simplesmente amputado da cláusula ilícita, que é tida como não escrita.

Apesar da nulidade não afetar a natureza do contrato, resta ao empregado a possibilidade de requerer uma indenização pelo prejuízo provocado pela aplicação de uma cláusula considerada ilícita. E, de acordo com os termos da decisão de 25 de fevereiro de 2004, a simples previsão de uma cláusula ilícita no contrato faz presumir a existência de um prejuízo, estando o empregado dispensado de provar que ele não pôde exercer outra atividade profissional para obter uma reparação. E mais, essa não é uma presunção relativa,

acarretando a inversão do ônus da prova, mas uma presunção irrefragável, não admitindo prova em contrário.

A avaliação do prejuízo sofrido pelo empregado, porém, é ainda muito difícil de ser feita. Por conta disso, talvez fosse mais apropriado sancionar a nulidade da cláusula com a requalificação ou conversão do contrato de trabalho a tempo parcial em contrato a tempo integral, uma vez que, para o empregado, nenhuma compensação equivale a uma duração normal de trabalho. A solução adotada pela Cour de Cassation é, pelo visto, inexpressiva, pois nem sempre a nulidade do contrato ou apenas da cláusula, traz algum benefício para o trabalhador.

Ressalte-se que a nulidade da cláusula pode sempre ser substituída pela sua revisão, já que não parece justo que as cláusulas simplesmente excessivas sejam sancionadas da mesma forma que as totalmente injustificadas. Os juízes passam a ter, então, um poder moderador, sendo-lhes facultado reduzir as obrigações contratuais. Esse poder de redução é, em princípio, rejeitado, pois contraria a liberdade contratual e o princípio da intangibilidade dos contratos. Mas, sendo a redução um modo de restaurar o equilíbrio contratual, uma das exigências primordiais do direito do trabalho, a liberdade contratual e o próprio contrário devem se inclinar.

Tal poder não é estranho ao Direito do Trabalho. Em acórdão proferido em 25 de março de 1998³⁰, a Chambre Sociale reconheceu expressamente esse poder aos juízes de primeira instância. Nesse processo, a cláusula de não concorrência se estendia a todo o território nacional e a Cour d'Appel tinha decidido reduzir o seu campo de aplicação para incluir apenas os departamentos onde o empregado interessado tinha exercido as suas funções. Em decisão proferida em 18 de setembro de 2002³¹, a Cour de Cassation entendeu que o juiz *a quo* tem o poder de modificar todos os termos da cláusula, mesmo se esta é indispensável aos interesses legítimos da empresa, desde que represente um entrave à liberdade de trabalho do empregado.

Esta parece ser a conduta adequada, pois a anulação de uma cláusula, que apesar de não totalmente injustificada, for desproporcional ao objeto do contrato, pode representar um atentado contra a indispensável proteção do interesse legítimo das empresas, o que levaria, segundo M. Vatinet³², a combater um excesso com outro.

30 Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-41.543.

31 Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904.

32 VATINET, R., "Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail", Dr. soc. 1998, p. 538.

CAPÍTULO 2 – OS EFEITOS DA NOVA JURISPRUDÊNCIA

O novo entendimento da Cour de Cassation foi adotado com relação a uma categoria específica, a dos representantes comerciais, mas, não obstante, ele é válido para todos os trabalhadores a tempo parcial.

Antes de 25 de fevereiro de 2004, a violação de uma cláusula de exclusividade não podia autorizar a despedida de um empregado a tempo parcial, já que essa cláusula era incompatível com esse tipo de contrato. Agora, com o novo posicionamento da Cour de Cassation, a inobservância da cláusula pelo empregado a tempo parcial constitui uma falta passível de sanção disciplinar ou mesmo de despedida por justa causa.

Essa nova posição ainda serviu para harmonizar o regime da cláusula de exclusividade com o das outras cláusulas limitativas da liberdade de trabalho, como a cláusula de mobilidade e a cláusula de não concorrência, mas, principalmente, a alinhar o regime do contrato a tempo parcial com o do contrato a tempo integral.

O que é verdadeiramente novo e significativo, porém, é que a substituição da incompatibilidade da cláusula de exclusividade com o contrato a tempo parcial pela validade de princípio (submetida ao preenchimento de certas condições) permite uma maior liberdade contratual e inscreve a jurisprudência relativa à cláusula de exclusividade no movimento atual da flexibilização do direito do trabalho. E essa tendência de flexibilidade introduz derrogações e diminui proteções, justificando essas mudanças pela intenção de promover e manter o emprego. Em outras palavras, a ambição dessa nova jurisprudência, introduzida pelo *revirement* de 25 de fevereiro de 2004, se inscreve nessa dinâmica de flexibilidade do direito do trabalho que, teoricamente, procura conciliar a proteção dos trabalhadores com o interesse da empresa, da coletividade e do emprego, dando maior liberdade contratual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUET, Y. *La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail*, Petites Affiches, 1998, n. 75, p. 14.

CASAUX-LABRUNEE. L. *Cumul d'activités*, Encyclopédie juridique, Dalloz, mai 2004, p. 1.

CESARO, J. F. *Voyageurs, représentants et placiers*, Juris-Classeur, v. 1, fascicule 4-10, 2004.

CHIREZ, A. *Contrepartie pécuniaire*, Sem. soc. Lamy, nº 1.036, 2001.

CHIREZ, A. *La clause de non-concurrence doit enfin être indemnisée!* Sem. soc. Lamy, nº 1.085, 22 juillet 2002, p. 10.

DOCTRINA

- CHOISEZ, S. *La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail*. Dr. soc. 1993, p. 662.
- CORNU, G. *Vocabulaire Juridique*, Presses universitaires de France (PUF): 1998.
- CORRIGNAN-CARSIN, D. *Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise*. Dr. soc. 1992, p. 967.
- DAMAS, N. *Validité de la clause de non-concurrence: de la contrepartie pécuniaire en particulier au contrôle de proportionnalité en général*, Petites affiches, 31 janvier 2003, n. 23, p.17.
- DEL SOL, M. *Le contrat de travail: instrument de flexibilité et/ou de résistance*. Francis Lefebvre, BS 5/02, p. 269.
- DORANT, A. *Des limitations du cumul d'emplois et des clauses d'exclusivité en cas de travail chez un ou plusieurs employeurs*. Jurisprudence soc. Lamy, n. 145, 11 mai 2004, p. 4.
- FAVENNEC-HERY, F. *Le travail et le temps partiel*, Ed. Litec: 1997.
- _____. *Tempête sur la clause de non-concurrence*. Sem. soc. Lamy, n. 1.094, 21 octobre 2002, p. 6.
- FAVOREU, L. et PHILIP, L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed., Dalloz: 2003.
- GAVALDA, N. *Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail*. Dr. soc. 1999, p. 582.
- HAUTEFORT, M. *Clause d'exclusivité: est-ce la fin de l'incompatibilité avec un temps partiel?* Jurisprudence soc. Lamy, n. 144, 27 avril 2004, p. 12.
- HAUTEFORT, M. *Statut de VRP et temps partiel: un cocktail explosif!* Jurisprudence soc. Lamy, n. 83, 12 juillet 2001, p. 7.
- HAUTEFORT, M. *Clause d'exclusivité, clause suspecte*. Jurisprudence soc. Lamy, octobre 2000, p. 11.
- JEAMMAUD, A. *Les principes dans le droit français du travail*. Dr. soc. 1982, p. 619.
- KERBOUC'H, J-Y. *Clauses de non-concurrence*. Conditions de validité, Sem. soc. Lamy, n° 1.169, 17 mai 2004, p. 17.
- LYON-CAEN, G. *Les clauses restrictives de la liberté du travail*. Dr. social 1963, p. 88.
- MAZEAUD, A. *Autour du temps partiel et de la pluriactivité: à propos du refus d'accepter le changement*. Travail et protection sociale, Juris-Classeur, août-septembre 2000, p. 5.
- MAZEAUD, D. *La réduction des obligations contractuelles*. In: *Que reste-t-il de l'intangibilité contractuelle*. Droit et patrimoine, mars 1998, p. 58.
- PELLISSIER, J. *La liberté du travail*. Dr. soc. 1990, p. 19.
- PREAUBERT, C. *Clause de non-concurrence: vers un renforcement de la protection des intérêts du salarié*. Petites affiches, 23 mars 2004, n. 59, p.11.
- RAY, J-E. *Fidélité et exécution du contrat de travail*. Dr. soc. 1991, p. 376.
- REROLLE, N. *Effet d'une clause d'exclusivité permettant au salarié d'y déroger en accord avec l'employeur*. Jurisprudence soc. Lamy, n. 133, 4 novembre 2003, p. 29.

DOCTRINA

- SARGOS, P. *L'horreur économique dans la relation de droit*. Dr. soc. 2005, p. 123.
- SAVATIER, J. *Cumuls d'emplois privés et limitation de la durée du travail*. Dr. soc. 1984, p. 554.
- SAVATIER, J. *L'interdiction des cumuls d'emplois privés: une réglementation inapplicable*, Dr. soc. 1989, p. 725.
- SERRA, Y. *Concurrence (Obligation de non-concurrence)*. Encyclopédie juridique, Dalloz, avril 2003, p. 01.
- SERRA, Y. Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail. note sous Soc., 10 juillet 2002, Bulletin 2002, V, n° 239, p. 234, In: Le Dalloz, n° 32, 19 septembre 2002, jurisprudence, p. 2491-2498.
- STULZ, V. *La clause de non-concurrence (Le point après deux années de jurisprudences évolutives)*. Petites affiches, 24 octobre 2003, n. 213, p. 9.
- THEZE, M. Les potentialités de l'article L.120-2 du Code du travail. In Semaine Soc. Lamy, 2002, In: <<http://www.lamylinereflex.fr>>
- VATINET, R. *Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*. Dr. soc. 1998, p. 534.
- VATINET, R. *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence: l'imbroglia*. Dr. soc. 2002, p. 949.
- VINCENT, X. *Temps de travail et rémunération des VRP engagés à titre exclusif*. Francis Lefebvre, BS 11/02, p. 581.