

As cláusulas (ou obrigações) de não-concorrência na jurisprudência francesa oitocentista

Manuel Couceiro Nogueira Serens*

I

A falta de uma disciplina da (não-)concorrência, decorrente da abolição das corporações (Lei dos 14-17 de Junho de 1791¹, que *completava* a Lei dos 2-17 de Março de 1791²), foi rapidamente sentida nos meios empresariais franceses. Com efeito, ainda o “cadáver” de tais instituições não tinha “arrefecido”, e já os (novos?) padrões *reclamavam* contra a concorrência que os seus trabalhadores (actuais ou antigos) se achavam no direito de lhes fazer, exigindo, afinal, uma protecção que, embora afirmada por forma diferente, seria em tudo similar àquela de que tinham gozado os seus predecessores, os mestres das artes e ofícios, em relação à concorrência dos seus companheiros e aprendizes. As duas espécies jurisprudenciais, que a seguir referiremos, não deixam quaisquer dúvidas a esse respeito. 1) Numa sentença de 26 fructidor an 12, o tribunal de polícia de Sceaux condenou “les demoiselles Laroche à l’amende de trois journées de travail et à fermer pendant une année leur boutique de débit de trabac”. E isto porque essa *boutique* concorria com a do Senhor Huguot, “dont elles étaient les filles de confiance, et qu’elles venaient de quitter”. É verdade que esta decisão foi infirmada pela *Cour de Cassation-Crim.*, no seu acórdão de 3 frimaire an 12³. Mas não se fez aí qualquer

* Professor da Universidade de Coimbra * Professor da Universidade de Coimbra

1 A famosa lei *Le Chapelier*, cujo art. 1.º rezava assim: “L’anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française [à data ainda não aprovada...], il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit”. No art. 2.º da mesma lei era dito o seguinte: “les citoyens d’un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d’un art quelconque, ne pourront, lorsqu’ils se trouvent ensemble, se nommer ni présidents, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des attêts ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs”. Cfr. *Sirey*, Lois annotées, 1971, 119.

2 No art. 7.º dessa outra lei (conhecida por *décret d’Allarde*), que se entende ainda hoje em vigor (cfr., por exemplo, F. Dekeuwer-Défossez, *Droit commercial*, 135), lê-se o seguinte: “A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon: mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d’une patente, d’en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou ourront être faits”. Cfr. *Sirey*, Lois annotées, 1791, 93.

3 Cfr. *Sirey* 1791 – an XII.1.893.

referência ao princípio da liberdade de comércio e indústria (art. 7 do *décret d'Allarde*); considerou-se, isso sim, que, aplicando as referidas sanções, o tribunal de polícia tinha excedido os seus poderes. 2) O encerramento do estabelecimento, que tinha sido instalado pelo Senhor Tourraix nas imediações de um estabelecimento concorrente cujo titular era o seu ex-patrão, o Senhor Coignet, consta igualmente de uma sentença (de 25 de Junho de 1808) do *tribunal civil* de Paris (como aí se dizia, “*ledit sieur Tourraix sera tenu de fermer sa boutique de marchand chapelier, sinon qu'il y sera contraint par toutes voies de droit*”, a isto se juntando a sua condenação “*aux dommages-intérêts du sieur Coignet, à donner par état, et aux dépens*”). Também neste caso, o tribunal de recurso arredou essa solução, referindo, ainda que implicitamente, o princípio da liberdade de comércio e indústria: “*suivant les lois actuelles et en vertu de sa patente* — assim se lia no acórdão da *Cour d'appel* de Paris de 25 de Fevereiro de 1809 —, *Tourraix a été le maître de s'établir où il lui a plu*”.

II

Falhada essa primeira tentativa de cerceamento da liberdade de concorrência dos seus ex-empregados (*commis, commis-voyageurs, placiers, etc.*⁵), com base numa relação *pretérita*, que seria a própria relação (diríamos hoje) de trabalho, os empresários franceses não se deram por vencidos, e rapidamente encontraram o modo juridicamente escorreito (aos olhos da jurisprudência, é claro) para a consecução desse objectivo.

1. Diferentemente dos seus congéneres estrangeiros, promulgados na segunda metade do século XIX⁶, o *Code de commerce* francês não continha quaisquer regras de carácter geral sobre os “empregados dos comerciantes”, fazendo apenas uma ligeira referência a essa questão nos arts. 549 e 634, alínea 2). Consequentemente, foi à doutrina e à jurisprudência que coube a tarefa de definir, já a natureza do contrato que intercedia entre os comerciantes e os seus “auxiliares” — mormente, quando estes não faziam senão “*travaux d'ordre intérieur, manuels ou techniques, tels que la tenue des livres, la surveillance de la fabrication, la mise en ordre des marchandises, etc.*”⁷ —, já o conjunto de direitos e obrigações das partes. A primeira destas questões foi resolvida com a ajuda do *Code civil*; no proémio do seu art. 1779 era expressamente reconhecida a

4 Cfr. *Sirey* 1809.2.35

5 SOBRE ESTAS VÁRIAS CATEGORIAS DE *PRÉPOSÉS*, VIDE CH. LYON-CAEN/L. RENAULT, *TRAITÉ*, III, 454 s.

6 Por exemplo, Código Comercial Português, aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888 e Código Comercial Alemão (cfr. arts. 248.º-265.º), aprovado em 1897 para entrar em vigor conjuntamente com o Código Civil, em 1 de Janeiro de 1900 (cfr. §§ 76 a 83 — refira-se que, na decisão do *Reichtag*, o início da vigência desses preceitos foi fixado em 1 de Janeiro de 1898).

7 Cfr. CH. LYON-CAEN / L. RENAULT, *TRAITÉ*, III, 454.

existência de “trois espèces principales de louage d’ouvrage et d’industrie”, a primeira das quais, como se dizia no número 1.º do mesmo artigo, era “le louage des gens de travail qui s’engagent au service de quelqu’un”. Relevante era também a norma do art. 1780 do mesmo Código, cujo texto rezava assim: “On ne peut engager ses services qu’à temps, ou pour une entreprise déterminée”. Reconduzidas as relações entre os comerciantes e os seus diferentes empregados, incluindo os seus *caixeiros* e *caixeiros-viajantes*, que eram aqueles que contactavam directamente com a clientela — “et qu’elle connaît parfois mieux que le patron lui-même”⁸ —, à categoria do “*contrat de louage de services*”, dele se fez emergir a ideia de *pertença* desses trabalhadores à organização (*scilicet*: à empresa) instituída pela contraparte; para além de ficarem vinculados à realização de uma certa prestação (execução continuada, e mais ou menos duradoura, de certas tarefas), mediante um determinado correspectivo (o salário acordado, os *appointements*, como então se dizia), os trabalhadores, pelo facto de o serem, e exactamente porque “faziam parte” da organização que a empresa da contraparte constituía, assumiam outras obrigações (de *non facere*, as mais delas), em relação às quais não havia qualquer correspectivo. Tais obrigações (sobremaneira importantes para os patrões, e que não lhes exigiam qualquer desembolso) eram — e são⁹ — frequentemente referidas sob o tópico do “dever de lealdade” (*lealdade dos fracos em relação aos fortes, e não às avessas...*). E nelas se incluía, é claro, a chamada obrigação de não-concorrência, é dizer, a proibição de o trabalhador, *enquanto o fosse, e só pelo facto de o ser* (entenda-se: independentemente de uma sua declaração expressa de vontade nesse sentido) negociar, por conta própria ou alheia, no mesmo “ramo de comércio” do da sua entidade patronal, ou mesmo num “ramo de comércio” diferente¹⁰. O *privilégio* que, na *economia antiga* os estatutos das Corporações reconheciam aos Mestres, passava assim a ser atribuído aos patrões da *economia nova*, com base numa *concepção corporativa* do “*contrat de louage de services*”.

2. Como decorria do acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 25 de Fevereiro de 1809, atrás referido, esse *dever de lealdade*, que a celebração do “*contrat de louage de services*” impunha ao trabalhador — a obrigação de não-concorrência do trabalhador, emanando desse dever, poderia assim ser concebida como uma obrigação legal... —, não se prolongaria para além do tempo de vigência desse contrato. E, por conseguinte, os empresários, que estavam defendidos

8 H. ALLART, *Concurrence déloyale*, 289.

9 Cfr., entre nós, A. MENEZES CORDEIRO, *ROA* 1982, 106 s., e *ROA* 1986, 496 s., e JORGE LEITE, *Direito do trabalho*, II, 140 s.

10 Por todos, em relação aos autores franceses mais antigos, cfr. CH. LYON-CAEN / L. RENAULT, *Traité*, III, 463.

contra a concorrência de certas pessoas, que eram os seus trabalhadores, tiveram que encontrar um outro modo para se defenderem da concorrência, *para eles igualmente perigosa*, que tais pessoas lhes pudessem vir a fazer quando cessasse a relação de trabalho. Sobrevieram, por isso, as cláusulas (ou obrigações) de não-concorrência: aquando da celebração do “contrat de louage de services” ou, como por vezes também acontecia, em momento ulterior, mas ainda na vigência desse contrato, o empresário *impunha* à contraparte a proibição de esta, terminada que fosse a relação contratual, exercer, por conta própria e/ou por conta de um terceiro, certa(s) actividade(s) — umas vezes, actividade(s) incontestavelmente concorrente(s), outras vezes, nem por isso... —, sendo que essa proibição nem sempre era acompanhada da determinação de um limite temporal e/ou de um limite espacial¹¹.

a) Nunca houve, por banda da jurisprudência, uma atitude de radical hostilidade a essas cláusulas. A possibilidade da sua licitude, à luz, já do art. 7 do *décret d'Allarde* e dos arts. 6, 1131 e 1133 do *Code civil*, já do art. 1780 deste mesmo Código, não foi, porém, sempre apreciada nos mesmo termos, ao longo do século XIX. De um acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 11 de Maio de 1858¹², que confirmou o acórdão da *Cour d'appel* de Metz, de 26 de Julho de 1856¹³, resultava que uma cláusula (ou obrigação) de não-concorrência pós-emprego, para cobrar validade, teria de ser temporalmente limitada — sem esse limite, quer houvesse ou não um limite espacial, a restrição à liberdade de concorrência e/ou à liberdade de escolha e exercício da profissão do ex-trabalhador assumiria “carácter geral e absoluto”, sendo, por conseguinte, ilícita (no caso, foi esta a conclusão em relação à cláusula, por força da qual o Senhor Fourny, employé en qualité de contre-maître dans la fabrique de crayons de Gilbert et comp., *s'est engagé à ne jamais, en quelque temps que ce fût et sous aucun prétexte, servir ou s'associer directement ou indirectement dans une autre fabrique de crayons, encore qu'il cessât d'être attaché à celle de Gilbert et comp., et qu'il s'en trouvât éloigné*

11 Menos frequente eram, à época, os chamados “pactos de não-concorrência”. A finalidade destes não diferia da das cláusulas (ou obrigações) de não-concorrência: restrição ou mesmo eliminação da liberdade de concorrência e/ou da liberdade de escolha e exercício da profissão de certas pessoas, que haviam sido trabalhadores por conta de outrem. Entre uns e outras existia, porém, uma diferença não desprecianda: a posição dos trabalhadores nas cláusulas (ou obrigações) de não-concorrência, exactamente porque estas eram acordadas no momento da celebração do contrato de trabalho ou ainda durante a sua vigência, era mais *vulnerável* que nos pactos de não-concorrência, cuja celebração ocorria quando as partes do contrato de trabalho já tinham decidido pôr-lhe termo.

12 *Sirey* 1858.1.748.

13 *Sirey* 1858.2.38.

*pour quelque cause que ce fût*¹⁴). É ainda nesta linha de *menor desfavor* à liberdade de concorrência e à liberdade de escolha e exercício da profissão que se inscreve o acórdão da *Cour d'appel* de Metz, de 16 de Junho de 1863¹⁵: nulidade de uma cláusula, inserta no contrato de trabalho, celebrado entre o Senhor Louis Gru, na qualidade de primeiro caixeiro, e o Senhor Martinet, “*marchand quincaillier à Charleville*”, impedindo o primeiro de “*jamais s'établir à Charleville, ni Mézières, ni dans les environs, à moins que ce ne soit à dix kilomètres de Charleville*”. Na opinião do tribunal, a proibição assim afirmada em relação ao Senhor Gru, porque era limitada em termos merceológicos e em termos espaciais, “*aurait une portée restreinte*”. De todo o modo, a falta de um limite temporal, ou melhor, o *carácter de perpetuidade* apresentado pela proibição em causa, tornava-a contrária “à la fois aux règles du droit public [art. 7 do *décret d'Allarde*] et aux dispositions spéciales de la loi civil [arts. 1131, 1133 e 1780 do *Code civil*]¹⁶”. A *Cour de Cassation-Civ.*, no seu acórdão de 24 de Janeiro de 1866¹⁷, infirmou essa decisão: “si respectable que soit le grand principe de la liberté du travail et de l'industrie, posé par l'art. 7 de la loi des 2-17 mars 1791 — assim se lia na motivação do aresto —, il n'en est pas moins vrai que ce principe peut être restreint dans son application, même dans un intérêt privé, par des conventions des parties, et que ces conventions ne deviendraient illicites que si elles entraînaient pour l'un des contractants l'interdiction de son industrie d'une manière générale et absolue”; ora, no caso da convenção em apreço, celebrada entre o Senhor Martinet e o Senhor Gru, não havia uma restrição com tais características, visto que aquele último, embora se tivesse vinculado a “*ne jamais exercer le commerce de quincaillier à Charleville et dans ses environs*”, era “*libre de l'exercer partout ailleurs*”¹⁸. A ideia de que as obrigações de não-concorrência pós-emprego, para serem consideradas lícitas, não tinham que ser temporalmente limitadas, já aparecia, ainda que dissimuladamente, no acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 5 de Julho de 1865¹⁹. Por ocasião da celebração de um contrato de trabalho, como contra-mestre ou director de produção numa empresa de confeitaria, localizada em Lille, o Senhor Meurice vinculava-se a jamais exercer, por conta própria ou alheia, directa ou indirectamente, em Lille ou no respectivo Departamento, uma actividade similar à da sua entidade patronal. A *Cour de Cassation*

14 *Sirey* 1858.1.747.

15 *Sirey* 1863.2.207.

16 Cfr. *Sirey* 1863.2.208.

17 *Sirey* 1866.1.43 s.

18 Cfr. *Sirey* 1866.1.44; sublinhados nossos.

19 *Sirey* 1865.1.343 s.

considerou que esta obrigação de não-concorrência não era temporalmente ilimitada: *a sua duração não ultrapassaria a do próprio estabelecimento da titularidade do credor, e, por certo, esse estabelecimento não duraria para sempre!*

b) Em ambos os acórdãos, a *Cour de Cassation* reafirmava, pois, a orientação que sempre inspirara a sua jurisprudência (e também, a das instâncias inferiores): a liberdade de comércio e indústria e a liberdade de escolha e exercício da profissão podiam ser restringidas por meio de “*conventions particulières*”, excepto se tais convenções fizessem emergir uma “restrição geral e absoluta” a uma e/ou a outra dessas liberdades. Mas esses mesmos acórdãos trouxeram uma importante novidade, altamente vantajosa para os empresários, enquanto credores das obrigações de não-concorrência pós-emprego, e que era, como por certo já se percebeu, a seguinte: uma restrição à liberdade de comércio e indústria e/ou à liberdade de escolha e exercício da profissão só seria havida como “geral e absoluta” se fosse *duplamente ilimitada*, é dizer, ilimitada no tempo e ilimitada no espaço. Em tal hipótese, impunha-se concluir pela invalidade da restrição, por contrariedade à ordem pública, independentemente de ela apresentar ou não um limite merceológico. Mas a conclusão já teria de ser diferente em relação às restrições que, *não apresentando qualquer limite temporal*, fossem merceologicamente limitadas e geograficamente circunscritas e também em relação àquelas outras que, *sem apresentarem qualquer limite espacial*, não fossem perpétuas nem merceologicamente ilimitadas.

3. Durante o último terço do século XIX e a primeira década do século XX — e é só esse o período que aqui nos interessa²⁰ —, a validade das cláusulas (ou obrigações) de não-concorrência pós-emprego, merceologicamente limitadas, que apresentassem *ou* um limite temporal *ou* um limite espacial, tornou-se jurisprudência constante²¹. Evidenciando pouco apreço (é o mínimo que se pode dizer) pela liberdade de concorrência — a validade das obrigações de não-concorrência pós-emprego temporalmente ilimitadas e geograficamente circunscritas levava a que muitos cidadãos, que seriam os sujeitos passivos dessas obrigações, ficassem, na prática, definitivamente privados da sua liber-

20 Sobre a evolução da jurisprudência, no que respeita aos pressupostos de validade das obrigações de não-concorrência pós-emprego, durante o século XX, cfr., por todos, J. AMIEL-DONAT, *Clauses de non-concurrence, passim*.

21 Exemplificativamente: acórdãos da *Cour d'appel* de Paris, de 26 de Janeiro de 1867, *Sirey* 1867.2.153, de 23 de Junho de 1882, *Sirey* 1883.2.13, e de 12 de Maio de 1899, *Sirey* 1902.2.37; acórdão da *Cour d'appel* de Bourges, de 21 de Dezembro de 1898, *Sirey* 1899.2.70; acórdão da *Cour d'appel* de Nancy, de 14 de Novembro de 1905, *Sirey* 1906.2.166; acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 7 de Julho de 1898, *Sirey* 1898.1.520; acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 2 de Julho de 1900, *Sirey* 1904.1.175.

dade de concorrência, pois dela só poderiam fazer uso se assumissem a condição de desterrados; por outro lado, afirmando-se a validade das obrigações de não-concorrência pós-emprego temporalmente ilimitadas e espacialmente circunscritas, permitia-se a sua proliferação “*dans le but de concentrer aux mains de quelques-uns le commerce que le législateur a voulu, dans le intérêt général, rendre abordable et facile pour tous*” (assim argumentava, sem êxito, já o sabemos, o Senhor Gru no caso que o opôs ao Senhor Martinet : acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 24 de Janeiro de 1866, já atrás referido) —, essa solução era também profundamente iníqua. Com efeito, seria legítimo esperar que os tribunais franceses, permitindo que os “bons pais de família” ficassem impedidos, por todo o resto da sua vida, de exercer, numa região do país, por conta própria e/ou alheia, determinada(s) actividade(s), ou ficassem impedidos de exercer, também agora por conta própria e/ou alheia, durante certo tempo, em qualquer parte do país, determinada(s) actividade(s), os não deixassem sem o direito a qualquer compensação. Mas, a verdade é que os deixavam: no período que estamos a considerar, a validade das obrigações de não-concorrência pós-emprego — incluindo, é claro, as que apresentavam carácter de perpetuidade e as que não eram geograficamente circunscritas — não era condicionada à existência de uma contraprestação a cargo dos seus sujeitos activos. E isto apesar de o art. 1131 do *Code civil* afirmar expressamente que “l’obligation sans cause (...) ne peut avoir aucun effet”. Quando confrontada com o argumento de que, inexistindo qualquer contrapartida para o ex-trabalhador, a obrigação de não-concorrência não o vincularia, exactamente porque se tratava de uma obrigação *sem causa*, a *Cour de Cassation* não se deixou comover. E afirmou a seguinte doutrina: a obrigação de não-concorrência pós-emprego tinha uma causa, e uma causa séria para ambas as partes: ao patrão, sujeito activo dessa obrigação, motivava-o a protecção da sua empresa, obstando a uma concorrência que, por provir de pessoas familiarizadas com a sua clientela e imitadas nos seus segredos, seria particularmente perigosa; em relação ao trabalhador, sujeito passivo da obrigação de não-concorrência, a causa desta obrigação estava no seu desejo de adquirir — “*même au prix de quelques sacrifices*” — os conhecimentos e a experiência “*qui le mettraient à même d’exercer plus tard avec profit et pour son propre compte un commerce qui lui assurerait du travail et peut-être un jour la fortune*”²². Eis uma forma assaz curiosa de conceber a relação de trabalho. Em vista dela, era como se se dissesse que o patrão, que não podia prescindir do trabalhador para fazer crescer a respectiva empresa e aumentar a sua prosperidade, porque lhe pagava o salário acordado, nada mais lhe devia; ao invés, o trabalhador, por mais que se esforçasse no desempenho das suas funções, é dizer, por mais que merecesse o salário que

22 Acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 24 de Janeiro de 1866; cfr. *Sirey* 1866.1.44.

lhe era pago, ficaria sempre em dívida para com o patrão, pois que fora ele que lhe dera a oportunidade de ganhar a experiência profissional, trabalhando — a assunção da obrigação de não-concorrência pós-emprego constituiria, afinal, a *última* prestação em relação a essa dívida!

a) Fazendo-se da experiência profissional que os trabalhadores adquiririam, enquanto durasse a relação laboral, a *causa* das obrigações de não-concorrência por eles assumidas para valerem após o termo dessa relação, mandaria a lógica que, mesmo quando tais obrigações apresentassem um limite de tempo *ou* um limite de espaço, e não fossem merceologicamente irrestritas, os tribunais não enjeitassem a possibilidade de concluir pela sua invalidade, tendo em conta as circunstância do caso concreto. Com efeito, a relação laboral poderia durar mais ou menos tempo. E, durando menos tempo, poderia não durar tempo suficiente para permitir ao trabalhador a aquisição de qualquer experiência profissional relevante. Por outro lado, seria também de esperar que se atendesse à causa da cessação da relação laboral e, a essa luz, se fizesse, desde logo, distinção entre os casos que o trabalhador fora despedido sem justa causa e aqueles outros em que a relação laboral cessara por sua iniciativa (do trabalhador, entenda-se). Não se fazendo qualquer distinção desse tipo e desprezando-se o tempo de duração da relação laboral, as obrigações de não-concorrência prestavam-se a ser usadas como “*un moyen trop facile, pour un commerçant ou un industriel, de se débarrasser d'un concurrent qu'il pourrait redouter*” — assim se dizia na *Note* (crítica) ao acórdão da *Cour impériale* de Caen, de 24 de julho de 1854²³. A jurisprudência nunca se deixou tolher por preocupações dessa ordem. Num acórdão da *Cour Royale* de Douai, de 26 de Abril de 1845 (confirmando, na parte que agora nos interessa, a sentença do *tribunal de commerce* de Lille, de 4 de Março de 1845), era já claramente dito que a validade da obrigação de não-concorrência, assumida pelo trabalhador por ocasião da celebração do respectivo contrato de trabalho, para produzir efeitos após a celebração desse contrato, não era afectada “*par cela seul qu'il [o trabalhador] aurait été congédié, même sans motifs légitimes*” (no caso — assim se lê na motivação do acórdão — a interdição fora estipulada “*d'une manière absolue et sans distinction des motifs pour lesquels la sortie du sieur Pompuy [o trabalhador] aurait lieu*”²⁴). Deparamos com esta mesma solução — criticada por E. Pouillet²⁵, mas apoiada por H. Allart²⁶ — em vários outros arestos da segunda metade do século XIX. Assim, e por exemplo: (i) acórdão da *Cour impériale* de Caen, de 24 de

23 Cfr. *Sirey* 1857.2.214.

24 Cfr. *Sirey* 1845.2.555.

25 *Traité*, 924.

26 *Concurrence déloyale*, 292-293.

Julho de 1854 (“cette clause [a cláusula de não-concorrência, entenda-se] doit recevoir son exécution dans le cas même où l’employé n’est sorti de la maison envers laquelle il a pris l’engagement dont il s’agit, que sur un congé qui lui a donné le patron sans motifs graves”²⁷); (ii) acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 26 de Janeiro de 1867 (“est valable et obligatoire la convention par laquelle un employé qui loue ses services à une maison de commerce s’interdit, pour le cas où il viendrait à quitter cette maison, le droit de s’établir ou de prendre un intérêt dans aucune maison exerçant dans la même ville une industrie du même genre, alors même que le patron aurait stipulé à son profit la faculté de congédier, à son gré, cet employé”²⁸).

b) A validade da obrigação de não-concorrência pós-emprego, independentemente do tempo de duração da relação laboral, era igualmente afirmada, diríamos, por maioria de razão — isto, é claro, no quadro do pensamento (monopolístico) da jurisprudência francesa —, se a causa da extinção (*ante tempus*) dessa relação fosse o despedimento com justa causa do trabalhador — acórdão da *Cour d’appel* de Caen, de 20 de Junho de 1864²⁹: “au cas du double engagement pris par un commis voyageur de voyager pour une maison de commerce et de ne voyager pour aucune autre maison, pendant un temps déterminé, ce dernier engagement ne cesse pas d’avoir effet à raison de la résiliation du premier prononcée contre le commis voyageur par le tribunal sur la demande de la maison de commerce” —, a denúncia (motivada ou não) por parte do trabalhador — acórdão da *Cour d’appel* de Bordeaux, de 2 de Agosto de 1849³⁰: “l’engagement pris par un commis-voyageur envers la maison de commerce qui l’emploie, pour le cas où il viendrait à quitter le service de cette maison, pour quelque cause que ce soit, de ne pas exploiter ou faire exploiter pour son compte le tournée dont il est chargé, est obligatoire d’une manière absolue, tellement qu’il continue de lier le commis-voyageur après la résolution de son traité avec ses patrons, même alors que ceux-ci lui auraient donné de justes motifs de la demander” — ou o acordo (*mutuus dissensus*) das partes: “vainement le commis prétendrait-il que, par la rupture amiable du contrat, les parties avaient réciproquement renoncé à toutes les prohibitions du traité intervenu entre elles qui n’avaient pas été rappelées dans l’acte de rupture” (acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 12 de Maio de 1899³¹).

27 Cfr. *Sirey* 1857.2.214.

28 Cfr. *Sirey* 1867.2.153; sublinhados nossos.

29 *Sirey* 1865.2.106.

30 *Sirey* 1850.2.217.

31 *Sirey* 1902.2.37.

c) Durante o tempo por que durasse a obrigação de não-concorrência pós-emprego — como atrás vimos, esse tempo poderia não ter outro limite que não fosse o (resto) da vida do sujeito passivo dessa obrigação (o ex-trabalhador) —, o estabelecimento do empresário que a impusera a todos quantos trabalhassem por sua conta, constituindo-se assim como seu sujeito activo, podia ser objecto de uma ou mais transmissões *inter-vivos* ou mesmo *mortis-causa*. Segundo a jurisprudência³², essas mudanças de titularidade do estabelecimento deixavam intocada a posição dos sujeitos passivos da referida obrigação: a restrição à liberdade de concorrência e/ou à liberdade de escolha e exercício de profissão imposta aos trabalhadores de uma determinada empresa pelo seu titular, por ocasião da celebração dos respectivos contratos de trabalho ou em momento ulterior, mas ainda durante a sua vigência, para valer após a cessação de tais contratos, aproveitava aos terceiros que lhe viessem a suceder, não importa por que forma, na titularidade da empresa em causa³³.

4. Sobre o regime das cláusulas (ou obrigações de não-concorrência pós-emprego, no quadro da jurisprudência francesa oitocentista, duas notas mais³⁴.

a) No já citado acórdão de 2 de Agosto de 1849, a *Cour d'appel* de Bordeaux, em face de uma obrigação de não-concorrência do tipo referido, que, apresentando um limite merceológico e um limite espacial, era *temporalmente irrestrita*, considerou que a sua competência não se esgotava na alternativa de julgar essa obrigação válida ou inválida. Arrogou-se o direito de a *modificar*, fixando-lhe uma duração de cinco anos — “cinq ans paraissent un assez long temps pour permettre à Bermond [o patrão] de raffermir les liens de leur clientèle et les mettre pleinement à l’abri d’une concurrence inégale”³⁵ —, que se contariam a partir da data do próprio

32 Cfr., por exemplo, acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 5 de Julho de 1865, *Sirey* 1865.1.343, e acórdão da *Cour d'appel* de Nancy, de 14 de Novembro de 1905, *Sirey* 1906.2.166, respeitantes à transmissão *inter-vivos* do estabelecimento durante o período de vigência da obrigação de não-concorrência.

33 Aprovando esta orientação, H. ALLART, *Concurrence déloyale*, 298, repetia o argumento que já tinha sido avançado pela *Cour de Cassation-Req.*, no acórdão há pouco referido: “L’interdiction de s’établir n’est pas stipulée seulement dans l’intérêt personnel du patron, elle l’est *encore et surtout* dans l’intérêt général de la maison qu’elle a pour but de protéger contre les effets d’une concurrence dangereuse”.

34 Vem ao caso lembrar que, na sua essência, esse regime perdurou por todo o século XX; cfr., entre outros, G. LYON-CAEN, *DSocial* 1963, 88 s., Y. SERRA, in: *Dix ans*, 622 s., J. AMIEL-DONAT, *Clause de non-concurrence, passim*, J. PELISSIER, *DSocial* 1988, 387 s., e *DSocial* 1990, 19 s., F. GAUDU, *DSocial* 1991, 419 s., S. CHOISEZ, *DSocial* 1993, 662 s., J.-J. SERRET, *DSocial* 1994, 759 s., e D. VINCENT, *DSocial* 1997, 152 s.

35 Assim se dizia na motivação do aresto; cfr. *Sirey* 1850.2.219.

acórdão (!), para de seguida concluir pela sua validade. É ainda nesta linha que se inscreve o acórdão da *Cour impériale*, de Lyon de 28 de Setembro de 1867³⁶: “Le sieur Drevet s’est imposé l’interdiction absolue de s’immiscer en aucun temps ni en aucun lieu dans un commerce analogue à celui de la dame Nicolas [fabricante de chapéus de palha], ni comme chef, ni comme commanditaire, ni même comme simple employé”. Um “compromisso exorbitante” — disse-o o referido tribunal. Mas, em vez de concluir pela sua nulidade total, optou-se pela sua eficácia, restringindo os seus efeitos à cidade de Lyon (imposição de um limite geográfico). A solução foi repudiada ao nível da *Cour de Cassation-Civ.*, que cassou o referido acórdão da *Cour impériale* de Lyon, afirmando que esta, ao estatuir do modo descrito, “não se limitara a interpretar a convenção das partes, antes modificara, a seu talante, as suas cláusulas”, com a consequente violação do art. 1134 do *Code civil*³⁷. À luz deste preceito — “les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites” (sinteticamente: *a convenção constitui a lei das partes*) —, os “juges du fond” gozavam, pois, de um poder soberano no que respeita à interpretação das convenções (ou contratos), mas não lhes cabia *rescrevê-las*, introduzindo-lhes cláusulas diferentes daquelas que as partes tinham livremente acordado, a pretexto da intenção presumida destas ou do princípio da equidade. Esta distinção entre a *interpretação* das convenções, que era da competência dos tribunais, e a sua *refeição*, que lhes estava vedada, foi muitas vezes *usada* em benefício dos empresários, enquanto sujeitos activos da obrigação de não-concorrência pós-emprego. O acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 20 de Janeiro de 1891³⁸, e o acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 12 de Maio de 1899³⁹, constituem dois bons exemplos. 1) Naquele primeiro acórdão, discutiu-se a validade de uma convenção, celebrada entre um tal Senhor Raymond e a “Société du Grand Bazar de Lyon”, nos termos da qual o primeiro “s’engageait à ne pas s’intéresser dans une autre affaire de Lyon pendant la durée de trois années [contados a partir da cessação de funções como director do estabelecimento da referida sociedade]”. A obrigação de não-concorrência pós-emprego, assim assumida pelo Senhor Raymond, tinha um limite temporal (três anos) e um limite espacial (a cidade de Lyon). Mas era merceologicamente irrestrita: o Senhor Raymond vinculou-se a não “s’intéresser dans une autre affaire”, sem se especificar a natureza desse “affaire”. Caso se entendesse que ao estatuir sobre um limite merceológico, cingindo a referida obrigação ao exercício de um comércio igual ou

36 *Sirey* 1869.1.307.

37 Acórdão de 25 de Maio de 1869; cfr. *Sirey* 1869.1.308.

38 *Sirey* 1891.1.440.

39 *Sirey* 1902.2.37.

semelhante ao da “Société du Grand Bazar de Lyon”, o tribunal estaria a *refazer* a convenção celebrada entre essa sociedade e o Senhor Raymond, falaria a possibilidade de atribuir quaisquer efeitos a essa mesma convenção: a nulidade total que a atingia, se fosse considerada tal como as partes a tinham celebrado (proibição do exercício de qualquer actividade comercial), não poderia ser “substituída” pela nulidade parcial, em consequência da modificação dos seus termos pelo próprio tribunal (proibição do exercício de uma actividade concorrente). Ocioso dizer que esta solução, favorável ao sujeito passivo da obrigação de não-concorrência, seria também a mais conforme com o princípio da liberdade de comércio e indústria. Porém, a *Cour d’appel* de Lyon não seguiu esse caminho: estatuiu, é certo, sobre um limite merceológico da obrigação de não-concorrência imposta ao Senhor Raymond, cingindo-a ao exercício de um comércio igual ou semelhante ao da “Société du Grand Bazar de Lyon”, mas considerou — com o beneplácito da *Cour de Cassation-Req.*⁴⁰ — que ao fazer assim não estava a refazer a convenção em apreço, o que lhe estava vedado pelo art. 1134 do *Code civil*, mas a interpretá-la, coisa que aquele preceito não impedia. Por esta forma, o tribunal pôde chegar a uma solução que servia os interesses da referida sociedade: concluiu pela validade da obrigação de não-concorrência que fora por ela imposta ao Senhor Raymond com o referido limite merceológico⁴¹. 2) Vejamos agora o outro exemplo: o acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 12 de Maio de 1899, respeitante a uma obrigação de não-concorrência pós-emprego com um limite de objecto (o exercício do comércio de vinhos por conta própria e por conta de outrem) e um limite de espaço (“les départements de la Marne, de la Meuse, de l’Aisne et des Ardennes”), mas temporalmente irrestrita. A primeira instância pronunciou-se no sentido da validade de tal obrigação: existindo um limite de espaço, acompanhado de um limite merceológico, a falta de um limite de tempo não implicada que a restrição assumisse “carácter abstracto e absoluto”. Ainda assim, e “para a tornar mais conforme com o princípio

40 Acórdão de 20 de Janeiro de 1891.

41 Deparamos com uma solução diferente num acórdão da *Cour d’appel* da Indo-China, de 24 de Setembro de 1909, confirmado pelo acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 17 de Maio de 1911 (cfr. *Sirey* 1913.1.253). Neste outro caso, um tal Senhor Hardegg aceitara, por ocasião da celebração de um contrato de trabalho com a sociedade “Speidel & C^{ie}”, uma cláusula assim redigida: “Vous vous engagez à ne pas entrer dans une autre maison de commerce de l’Indo-Chine française pendant les quatre ans qui suivront votre sortie de notre maison, de ne pas en fonder une, de vous abstenir de toute affaire pour votre compte personnel”. Estávamos, também agora, em presença de uma obrigação de não-concorrência merceologicamente irrestrita. Mas, em vez de lhe atribuir validade parcial, restringindo os seus efeitos à proibição de o seu devedor exercer, por conta própria ou por conta de outrem, o mesmo comércio ou um comércio semelhante ao da sociedade “Speidel & C^{ie}”, a referida *Cour d’appel* pronunciou-se no sentido da nulidade total. A amplitude do limite geográfico — toda a Indochina francesa — terá, decerto, contribuído para essa decisão.

da equidade e da liberdade”, o mesmo tribunal optou por lhe ficar o prazo de três anos (contados a partir da data da sentença). Segundo a *Cour d'appel* de Paris (acórdão citado), ao fazerem assim, “les premiers juges” tinham “à tort et sans droit substitué une disposition nouvelle à celle qui avait été librement acceptée par les contractants”. Na motivação do aresto era expressamente afirmado que “s’il appartient aux tribunaux d’interpréter les conventions des parties lorsqu’elles présentent quelque incertitude ou quelque obscurité, comme aussi de les annuler, lorsqu’elles sont contraires à la loi, il ne leur est permis en aucun cas, ni sous aucun prétexte d’en modifier les dispositions, ou d’y ajouter aucune restriction”. Consequentemente, e uma vez que a cláusula em apreço “*était absolument licite*” e, além disso, “*était parfaitement claire et ne présentait aucune ambiguïté*”, “les premiers juges” dever-se-iam ter limitado à sua pura e simples aplicação.

b) Eis agora a última nota sobre o regime das obrigações de não-concorrência pós-emprego, no quadro da jurisprudência francesa oitocentista. Respeita ela às consequências decorrentes da violação de tais obrigações (por banda do respectivo devedor, já se vê). Concebidas como obrigações de *non facere*, a sua violação teria, desde logo, a consequência prevista no art. 1142 do *Code civil*: “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur”. E seria esta a única consequência da violação de uma obrigação de não-concorrência pós-emprego? Perguntando de outro modo: ocorrendo a violação de não-concorrência desse tipo, o seu credor teria de bastar-se com o direito a uma indemnização pecuniária?

aa) Pensemos, em primeiro lugar, na hipótese de uma obrigação de não-concorrência que consistisse (exclusivamente ou não) na proibição de o ex-trabalhador exercer *por conta própria* uma actividade concorrente com a do seu ex-patrão. No quadro desta hipótese, haveria ainda que distinguir duas situações. A primeira situação era a de as partes, clausulando essa obrigação (por ocasião da celebração do contrato de trabalho ou em momento ulterior, mas ainda durante a sua vigência), se não referirem às consequências decorrentes da sua violação. A segunda situação era esta outra: ao clausularem (em qualquer dos momentos há pouco referidos) a obrigação em causa, as partes estatuíam sobre o montante da indemnização que a sua violação acarretaria.

aa) Em relação à primeira situação, sobressaem os acórdãos da *Cour de Cassation-Req.*, de 24 de Fevereiro de 1862⁴², e de 7 de Julho de 1898⁴³. Deles decorria que o ex-trabalhador, que se vinculava a não exercer (após

42 *Sirey* 1862.1.242.

43 *Sirey* 1898.1.520.

a cessação do respectivo contrato de trabalho) por conta própria uma actividade concorrente com a do seu ex-patrão, incumprindo essa obrigação, é dizer, tornando-se titular, antes de ter decorrido o prazo da obrigação de não-concorrência em causa, de um estabelecimento com essa característica (*scilicet* : um estabelecimento que devesse ser considerado concorrente com o do seu ex-patrão), localizado no perímetro do limite geográfico dessa mesma obrigação, podia ser condenado no pagamento de uma soma pecuniária (*à titre de dommages-intérêts*), que seria fixada pelo próprio tribunal, e também no encerramento do estabelecimento de que se tornara titular. Aquela primeira condenação — assim se dizia no referido acórdão (confirmatório da sentença do *tribunal de commerce* de la Seine, de 21 de Março de 1861, e do acórdão da *Cour impériale* de Paris, de 27 de Abril de 1861) — era arbitrada em função do “*préjudice passé*”: o prejuízo causado ao credor da obrigação de não-concorrência pela abertura e funcionamento *medio tempore* do estabelecimento; a condenação no encerramento deste, por sua vez, visava atalhar à causação de *mais* prejuízos, que necessariamente adviriam da manutenção da situação de incumprimento (*id est*: da continuação da exploração do estabelecimento pelo devedor da obrigação de não-concorrência).

Continuando a pensar apenas na hipótese de uma obrigação de não-concorrência que consistisse (exclusivamente ou não) na proibição de o trabalhador exercer por conta própria uma actividade concorrente com a do seu antigo patrão, vejamos as consequências que a sua violação acarretava quando as partes estipulavam uma cláusula penal — *rectius*, uma *cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização*, nos termos do art. 1152 do *Code civil*⁴⁴. Até ao último terço do século XIX — no mesmo período, pois, em que o art. 419 do *Code pénal* e o art. 7 do *décret d'Allarde*, bem como os arts. 6, 1131 e 1133 do *Code civil*, ainda infundiam algum respeito aos “*syndicats de producteurs*” —, a jurisprudência defendeu que, existindo uma cláusula desse tipo, o credor de uma obrigação de não-concorrência não podia reclamar o encerramento do estabelecimento de que o ex-trabalhador, em violação dessa mesma obrigação, se tivesse tornado titular e o pagamento da indemnização convencional⁴⁵. É possí-

44 “Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre”; sobre a genealogia deste preceito, bem como da do art. 1226 do *Code civil* — “la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution” —, ele, sim, respeitante à cláusula penal em sentido estrito, cfr. entre nós, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal*, 381 s. e 539 s.

45 Cfr. a sentença do *tribunal de commerce* de la Seine, de 6 de Maio de 1852, e acórdão da *Cour d'appel* de Paris, de 20 de Fevereiro de 1857, citados por H. ALLART, *Concurrence déloyale*, 296-297.

vel que esta solução se baseasse num equívoco: o equívoco, apontado por A. Pinto Monteiro⁴⁶, e que consistia em *assimilar* a cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização — “aquela em que as partes (...) visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro” — à cláusula penal em sentido estrito, que é aquela que “visa compelir o devedor ao cumprimento, ao mesmo tempo que leva à satisfação do interesse do credor”⁴⁷. Fazendo essa *assimilação*, a jurisprudência pôde, na verdade, afirmar a *intangibilidade* da cláusula penal em sentido estrito (art. 1226 do *Code civil*), aplicando-lhe a norma do art. 1152 do *Code civil* — recorde-se a parte final deste preceito: “(...) *il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre*”; só deixou de ser assim a partir da lei n.º 75-597, de 9 de Julho de 1975, que introduziu uma nova alínea ao artigo em causa, e na qual se atribui ao juiz o poder de aumentar ou reduzir o montante da “pena”⁴⁸ —, e sujeitar, do mesmo passo, a cláusula de avaliação *forfaitaire* da indemnização (art. 1152 do *Code civil*) ao regime da cláusula penal em sentido estrito, nele sobressaindo a norma do art. 1229 do *Code civil*⁴⁹: nas palavras da própria *Cour de Cassation-Req.*, esse artigo pressupunha a existência de uma convenção contendo duas obrigações, uma principal, outra subsidiária, e destinada a *substituir* a primeira em caso de incumprimento; conseqüentemente, essas obrigações não podiam ser exigidas “*toutes les deux en même temps*”⁵⁰. Dir-se-ia, pois, que o falado equívoco era, no caso, *virtuoso*: obstava a que o ex-trabalhador, que via a sua liberdade de comércio e indústria cerceada sem qualquer correspectivo, é dizer, que nada recebia por não-concorrer, fosse obrigado a pagar (a soma estipulada “a título de cláusula penal”) se decidisse concorrer, e, mesmo pagando (essa soma, que o juiz não podia alterar), continuasse impedido de concorrer.

Depois do acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 24 de Fevereiro de 1862, essa preocupação de *minorar* os efeitos decorrentes da violação das obri-

46 Cláusula penal, 381 s. e 539 s.

47 Ambas as definições são de A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal*, 602 e 609; o mesmo Autor ainda distingue uma terceira espécie de cláusula penal, a que chama *exclusivamente compulsivo-sancionatória*: “a especificidade desta cláusula — voltamos a transcrever A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal*, 604 -605 — traduz-se no facto dela ser acordada como um *plus*, como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indemnização pelo não-cumprimento”.

48 Sobre as reacções da doutrina francesa a essa alteração legislativa, cfr. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal*, 547 s.

49 “La clause pénale esta la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. / Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée par le simple retard”.

50 Cfr. acórdão de 24 de Fevereiro de 1862, *Sirey* 1862.1.245.

gações de não-concorrência pós-emprego, tornando-as, por conseguinte, menos iníquas, foi posta de lado. Como atrás vimos, esse aresto firmara o entendimento segundo o qual, no caso de as partes nada terem convenciona-do sobre as consequências decorrentes da violação da obrigação de não-concorrência pós-emprego (inexistência de uma cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização, à época entendida, vimo-lo há pouco, como uma cláusula penal verdadeira e própria), os tribunais tinham competência para condenar o devedor-inadimplente no pagamento de uma soma pecuniária que eles próprios arbitrariam (art. 1142 do *Code civil*), e também no encerra-mento do estabelecimento. O pagamento de uma indemnização poderia, pois, *acrescer* ao cumprimento coercivo da obrigação. E isto por se entender, também já atrás o dissemos, que aquela primeira medida se destinava a re-parar o “prejuízo passado” — o prejuízo que a abertura e o funcionamento *medio tempore* do estabelecimento provocara —, enquanto a segunda visava atalhar à causação de prejuízos futuros.

Firmado esse entendimento, não pode admirar o que veio a seguir: consa-gração de uma nova jurisprudência, admitindo que o pagamento da pena *acrescesse* ao cumprimento coercivo da obrigação de não-concorrência pós-emprego. A existência de uma “clause pénale” — *rectius* : de uma “clause de dommages-intérêts” — significava que o credor de uma obriga-ção desse tipo (ou de qualquer outra obrigação de *facere* ou de *non facere*, mas não é isso que agora interessa) quisera arredar a *alea* que a fixação do montante da indemnização pelo juiz necessariamente envolvia e eximir-se também às dificuldades de prova do dano sofrido em consequência do incumprimento dessa mesma obrigação — significando isso, essa cláu-sula tinha ainda a (*enorme*) vantagem (para o referido sujeito da obriga-ção de não-concorrência pós-emprego) de o montante da indemnização que dela constasse, por mais desproporcionadamente elevado que viesse a revelar-se, não poder ser alterado (*scilicet*: reduzido) pelo próprio juiz (art. 1152 do *Code civil*, na redacção originária). Nesta perspectiva, entre a pena e a indemnização que o juiz arbitraria, no caso, é claro, de não ter ha-vido a estipulação de qualquer pena, poderia haver uma diferença de grau, mas não mais do que isso. Ou seja, o montante de uma poderia não coinci-dir com o montante da outra — a hipótese mais verosímil seria, digamos, pela natureza das coisas, a do montante da pena ser (muito) superior ao da indemnização que, na falta dela, o juiz arbitraria —, mas o prejuízo a que ambas se reportavam era o mesmo: o prejuízo causado ao credor da obri-gação de não-cooncorrência pós-emprego pela abertura e o funcionamen-to *medio tempore* do estabelecimento, em desrespeito dessa obrigação. Por conseguinte, uma vez aceite que o juiz podia decretar o encerramento do

estabelecimento, fazendo *acrescer* essa condenação à do pagamento de uma soma pecuniária, que ele próprio arbitraria (art. 1152 do *Code civil*), destinada a ressarcir o prejuízo causado ao credor pela abertura e funcionamento *medio tempore* desse estabelecimento⁵¹, não foi difícil dar o passo seguinte. Que foi, já o dissemos, admitir que o juiz fizesse *acrescer* ao pagamento da pena — *rectius*: do montante da indemnização fixado *ex-ante* pelas partes — a condenção no encerramento do estabelecimento (cumprimento coercivo da obrigação). Citaremos aqui apenas dois acórdãos: o da *Cour d'appel* de Bourges, de 21 de Dezembro de 1898⁵², e o da *Cour d'appel* de Paris de 23 de Junho de 1882⁵³. Aquele primeiro acórdão respeitava à seguinte *fattispecie*: a Senhora Morin vinculara-se a não exercer, por conta própria, em determinada cidade, a profissão de costureira, após a cessação do seu contrato de trabalho com os Senhores Strobino e Bardeau; a inobservância da obrigação era sancionada com o pagamento de uma soma pecuniária, que era expressamente fixada. No litígio que se seguiu, a Senhora Morin veio defender que, pagando a soma que fora acordada, recuperaria “son entière liberté, et par suite le droit de s'établir”. Esta posição não foi acolhida. Segundo a *Cour d'appel* de Bourges, que assim confirmava a sentença da primeira instância (o *tribunal civil* de Cosne, “jugeant commercialement”), essa soma constituía “la réparation, convenue d'avance entre les parties, du trouble causé par la violation du contrat, des ennuis et des frais qui devaient immédiatement en résulter pour les demandeurs”; por conseguinte, à Senhora Morin era ainda exigido que cessasse a actividade que tinha passado a exercer “au mépris de ses engagements”, pois só desse modo se evitaria que os credores da obrigação de não-concorrência sofressem “un préjudice chaque jour renouvelé” (no fundo, era como se o tribunal dissesse que, apesar de o pagamento da pena *acrescer* ao cumprimento coercivo da obrigação, não havia uma situação de cúmulo, cuja proibição decorria do art. 1229, alínea 2), do *Code civil*; tratar-se-ia — usando agora as palavras de A. Pinto Monteiro⁵⁴ — de um cúmulo só *apparente*, uma vez que a pena se reportava aos efeitos (danos) já produzidos, *antes* de ser ordenado o encerramento, enquanto esta decisão valia só para o *futuro*, pretendia evitar *outros* (*novos*) danos, ainda que provenientes do mesmo *facto ilícito*). O acórdão da *Cour d'appel* de Paris, de 23 de Junho de 1882, afirmando, também ele, e como já atrás dissemos, a possibilidade de o tribunal fazer *acrescer* ao pagamento da

51 Cfr. acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 24 de Fevereiro de 1862.

52 *Sirey* 1899.2.70.

53 *Sirey* 1883.2.213.

54 *Cláusula penal*, 434.

pena a condenação no encerramento do estabelecimento, não era, ainda assim, tão radical. Em vez de decretar, digamos, *de plano* o encerramento do estabelecimento, deixava ao réu (devedor-inadimplente da obrigação de não-concorrência pós-emprego) a faculdade de *optar*, dentro de um prazo que o próprio tribunal fixou, entre o encerramento do estabelecimento e “une indemnité à payer pour le préjudice résultant de sa continuation dans l’avenir” [da continuação da exploração do estabelecimento, entenda-se], e cujo montante foi também fixado pelo tribunal.

bb) Quando a obrigação de não-concorrência consistia na proibição de o trabalhador exercer por *conta de outrem* uma actividade concorrente com a da sua antiga entidade patronal, a sua violação pressupunha a *presença* de um terceiro: o concorrente do credor dessa obrigação, que decidia contratar para a sua empresa o trabalhador, sujeito passivo da mesma obrigação. Para a *Cour de Cassation-Req.*, se o terceiro em causa tivesse conhecimento da existência da obrigação de não-concorrência, a contratação do trabalhador constituiria, sem mais, *um acto de concorrência desleal* (art. 1382 do *Code civil*)⁵⁵. O cariz corporativo desta solução é coisa óbvia; adoptando-a, os tribunais franceses *faziam as vezes* dos estatutos das Corporações do *Ancien Régime*.

III

Releva igualmente do vezo monopolístico dos tribunais franceses — em primeira instância, uma jurisdição consular, funcionando ao serviço dos interesses profissionais dominantes —, o regime por eles *construído* (ao longo do século XIX) em tema de obrigação de não-concorrência pós-alienação do estabelecimento.

1. Começemos pela chamada “obrigação *implícita* de não-concorrência”. E, começando por ela, teremos de referir, em primeiro lugar, o acórdão da *Cour royale* de Metz, de 27 de Novembro de 1821⁵⁶. Um tal Senhor Michel e a sua esposa tinham vendido a um tal Senhor Mercier “*la totalité des marchandises composant leur commerce de quincaillerie*”, situado na cidade de Vouziers. O contrato não fazia referência a qualquer obrigação de não-concorrência a cargo dos alienantes. Mas tal não impediu a primeira instância de concluir — com a plena aprovação da referida *Cour royale* — no sentido da existência dessa obrigação: vendendo o seu estabelecimento comercial, o Senhor Michel e a sua esposa tinham renunciado à abertura de um estabelecimento similar na mesma cidade. Essa renúncia era, na opinião do tribunal, um simples corolá-

⁵⁵ Cfr. acórdão de 8 de Novembro 1904, *Sirey* 1910.1.119.

⁵⁶ *Sirey* 1819-1821.2.489.

rio do princípio “enseigné par Pothier⁵⁷ — um eminentíssimo jurista do *Ancien Régime*... — que l’on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, que l’usage est d’une grande autorité sur ce point, qu’on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d’usage, quoiqu’elles ne soient pas exprimées”⁵⁸. Em vez de interpretar o contrato (de compra e venda do estabelecimento) à luz dos ditames do princípio da liberdade de comércio e indústria (*in dubio pro libertate*, talvez pudéssemos dizer), o tribunal apelava para os *usos*, os quais, em matéria de negociação do estabelecimento, só poderiam ser os que imperavam no *Ancien Régime*. De resto, em anteriores acórdãos, de diferentes tribunais de apelação, nos quais, *confirmando as decisões da primeira instância*, se continua a defender que a obrigação de não-concorrência do vendedor (no sentido que adiante precisaremos) do estabelecimento não carecia, para se afirmar, de ser expressamente convencionada — e isso assim, independentemente de se tratar de uma *venda amistosa*⁵⁹ ou de uma *venda falimentar*⁶⁰ —, a argumentação aduzida para justificar essa solução passou a ser diferente. Invocou-se a norma do art. 1625 do *Code civil*, raciocinando-se do seguinte jeito: se, por força desta norma, “le vendeur doit assurer à l’acquéreur la possession paisible de la chose vendue, il doit, à plus forte raison, n’occasionner à ce dernier aucun trouble dans ladite possession”⁶¹. Sendo este o fundamento da obrigação implícita de não concorrência que impedia sobre o vendedor do estabelecimento (melhor: sobre o ex-titular do estabelecimento, independentemente de este ter sido objecto de uma venda amistosa ou de uma venda falimentar), não se concebia que essa obrigação se afirmasse sem limites. Com efeito, para que o vendedor (no sentido há pouco referido) de um estabelecimento, criando um novo estabelecimento, pudesse perturbar a posse e a fruição do estabelecimento vendido por parte do seu comprador, seria mister que o novo estabelecimento integrasse o *mesmo mercado* do estabelecimento vendido. E, para que isso acontecesse, *o bem* (entenda-se: a actividade do novo estabelecimento e a do estabelecimento vendido) não poderia ser diferente; por outro lado, na hipótese de *o bem ser idêntico*, o mercado do novo estabelecimento e o do estabelecimento vendido só seria o mesmo se um e outro fossem explorados *num espaço (considerado) idêntico* (a mesma rua, o mesmo bairro, a mesma localidade, a mesma região,

57 *Traité des Obligations*, n.ºs 91 e 95.

58 *Sirey*, 1819-1821.2.489; sublinhados nossos.

59 Cfr. acórdão da *Cour royale* de Grenoble, de 10 de Março de 1836, *Sirey* 1838.2.35, e acórdão da *Cour royale* de Lyon, de 28 de Agosto de 1843, *Sirey* 1843.2.539.

60 Cfr. acórdão da *Cour royale* de Paris, de 19 de Novembro de 1824, *Sirey* 1822-1824.2.444.

61 Cfr., por exemplo, acórdão da *Cour royale* de Paris, de 19 de Novembro de 1824, *Sirey* 1822-1824.2.445.

o mesmo país...), e, além disso, se o *tempo* em que tivera início a exploração do novo estabelecimento fosse (considerado) idêntico ao tempo em que ocorrera a venda do estabelecimento (início da exploração do novo estabelecimento coevo da venda do estabelecimento antigo ou não mediação entre o dois acontecimentos do tempo considerado suficiente para que se pudesse afirmar que um e outro tinham ocorrido em tempos diferentes).

a) O princípio de que, na negociação de uma empresa, o alienante se obrigava, de um modo geral, sem necessidade de pactuação expressa, a não concorrer em certa área e em certo período com o adquirente — usámos palavras de Orlando de Carvalho⁶² — sofreu um forte abalo com o acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 17 de Julho de 1844⁶³. Tratava-se, no caso, da venda de uma empresa fabril (oficina metalúrgica). A primeira e a segunda instâncias (o tribunal de Châtillon-sur-Saône e a *Cour royale* de Dijon, respectivamente) — na linha da jurisprudência antes referida — tinham concluído que, mesmo no silêncio do contrato, o vendedor da empresa em causa estava impedido de concorrer com o seu adquirente, sendo-lhe, por conseguinte, proibido instalar uma nova oficina metalúrgica, na mesma localidade, imediatamente após a venda da que antes explorava⁶⁴. A *Cour de Cassation* repudiou essa conclusão: reconheceu, é certo, que o comprador da empresa poderia sofrer prejuízos com o comportamento do vendedor — abertura de uma nova oficina metalúrgica, logo após a alienação da que antes explorava e nas imediações desta —, mas esses prejuízos não seriam senão “*le résultat du libre exercice d’une industrie licite et du droit de propriété*”⁶⁵. Com esta decisão, a liberdade de concorrência conheceu um “momento de glória”, ao nível da jurisprudência francesa oitocentista. Porém, a comentarística da época, em vez de a enaltecer, procurou restringir o alcance da sua doutrina. Fê-lo com base na distinção entre a venda de uma empresa fabril, que fora a hipótese sobre a qual a *Cour de Cassation* se tinha pronunciado, e a venda de um estabelecimento comercial (*fonds de commerce*), à qual respeitavam os anteriores julgados: aquela primeira venda compreendia, em princípio, apenas “o material mobiliário e imobiliário” necessário para o exercício de uma determinada indústria; a venda do

62 *Critério*, 401, nota 35.

63 Cfr. *Sirey* 1844.1.678.

64 Como se dizia na motivação da sentença do tribunal de Châtillon-sur-Saône, à qual a *Cour royal* de Dijon deu inteira aprovação, “les conventions doivent être exécutées de bonne foi”, obrigando as partes “non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage où la loi donnent à l’obligation suivant sa nature” — cfr. *Sirey* 1844.1.679; sublinhados nossos.

65 *Sirey* 1844.1.680.

fonds de commerce, por sua vez, compreendia, fundamentalmente, valores *sui generis* (*l'achalandage* e a clientela). Por conseguinte, a posição do vendedor seria diferente num caso e noutro: “celui qui a vendu une usine ne s’interdit pas d’en élever dans le voisinage une autre semblable, parce que, en agissant ainsi, il n’ôte rien au acheteur de ce qu’il a vendu; au lieu que celui qui, après avoir vendu un fonds de commerce, en élève un nouveau dans le voisinage, retire autant qu’il est en lui à son acheteur, la clientèle même qu’il lui a vendue, parce que cette clientèle n’est pas matériellement attachée à l’établissement et est toujours disposée à suivre la personne”⁶⁶.

b) Confortados pela ideia de que a *Cour de Cassation* só quisera negar a existência da obrigação implícita de não-concorrência nos casos em que a venda (amistosa ou falimentar) do estabelecimento não envolvia a transmissão de valores *sui generis*, os tribunais de primeira instância — mormente, os tribunais de comércio — mantiveram-se fiéis à orientação da primeira jurisprudência, atrás referida. E, de um modo geral, pelo menos na parte em que concluíam pela existência da obrigação implícita de não concorrência, sempre contaram com o apoio das segundas instâncias. Referiremos alguns arestos. 1) Sentença de um tribunal de comércio de Lyon, de 27 de Junho de 1847: Venda de um “fonds de commerce de papiers peints”, com referência expressa à transmissão de *l'achalandage*; não havia no contrato “aucune clause par laquelle le vendeur se soit interdit la faculté d’établir un nouveau fonds de commerce de même genre”, mas, segundo o tribunal, tal não obstava a que essa proibição se afirmasse, já por estar compreendida entre as obrigações gerais que a boa-fé impunha ao vendedor, já por decorrer da natureza especial da coisa vendida. A *Cour royale* de Lyon⁶⁷, fez sua essa conclusão. E só infirmou a referida sentença por ter considerado que o tempo — quase catorze anos... — que mediara entre a venda do estabelecimento e a abertura, pelo respectivo vendedor, de “um estabelecimento do mesmo género”, na mesma cidade, “a été plus que suffisant pour fixer la clientèle et prévenir tout détournement dommageable de l’achalandage”⁶⁸. 2) Acórdão da *Cour de Alger*, de 5 de Janeiro de 1864⁶⁹: Venda de “une maison de liquides”, na qual se não fizera qual-

66 Assim se lia na *Note* que acompanhava o referido acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*; criticando a orientação desse mesmo acórdão, que apelida de “grosseira”, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *RDE*, I, n.º 1 (1975), 169 e nota 55.

67 Acórdão de 16 de Dezembro de 1847, *Sirey* 1848.2.627; erradamente referido como um acórdão da *Cour royale* de Nîmes; cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Criério*, 369, nota 8.

68 *Sirey* 1848.2.629.

69 *Sirey* 1865.2.142; o acórdão confirma a sentença do tribunal de primeira instância, que não nos foi possível identificar.

quer referência, já à transmissão de valores *sui generis*, já à proibição de o vendedor se restabelecer num comércio similar. A primeira e segunda instâncias concluíram, ainda assim, que o vendedor do estabelecimento ficara obrigado a não concorrer com o comprador: “le négociant qui a cédé sa maison, *qu’il se le soit ou non interdit*, ne peut être admis à créer immédiatement une maison rivale”⁷⁰. No caso, o restabelecimento do vendedor, num comércio similar ao que antes exercia, foi, porém, considerado lícito, por se ter entendido que o prazo de seis anos que mediara entre esse restabelecimento e a venda do antigo estabelecimento fora suficiente para o seu comprador fixar a clientela. 3) Sentença do *tribunal de commerce* de la Seine, de 23 de Janeiro de 1889: Venda de “un fonds d’hôtel meublé”, abrangendo “la clientèle et l’achalandage attachés à l’établissement et le matériel servant à son exploitation”, mas sem que se tivesse estatuído sobre a obrigação de não-concorrência do vendedor; imediatamente após a venda, este passou a explorar num imóvel contíguo ao do hotel vendido, “un fonds de maison meublée” — um estabelecimento similar, na opinião do tribunal⁷¹. Na acção que se seguiu, o comprador pedia uma *redução* do preço de venda e uma indemnização para reparação do prejuízo causado pelo restabelecimento do réu. O tribunal considerou que não havia lugar para a redução do preço de venda, mas condenou o réu no pagamento da indemnização que o autor reclamava, com base no princípio de que “la vente d’un fonds de commerce comporte pour le vendeur renonciation à la faculté d’exercer dans le même lieu le même genre de commerce, s’il ne s’est expressément réservé cette faculté”. A *Cour d’appel* de Paris⁷², conhecendo do competente recurso, afirmou esse mesmo princípio, mas alterou (para o dobro) o montante da indemnização a pagar pelo vendedor do estabelecimento.

2. Essa persistência na defesa da interdição implícita de restabelecimento ou, de um modo mais amplo, na defesa da obrigação implícita de não-concorrência, por parte das instâncias subalternas, não deixou de *sensibilizar* a *Cour de Cassation*. Como atrás dissemos, o acórdão de 17 de Julho de 1844 (*Cour de Cassation-Civ.*) foi acolhido com reservas pela comentarística da época, que procurou apoucar a sua doutrina. A recusa, que nele constava, da obrigação implícita de não-concorrência só poderia valer para os casos em que, ocorrendo a venda (amistosa ou judicial) do estabelecimen-

70 Cfr. *Sirey* 1865.2.143; sublinhados nossos.

71 “Les deux établissements présentent une telle analogie, quant au mode de location et d’exploitation et quant à la nature de la clientèle, qu’on peut les considérer comme constituant deux établissements similaires”; cfr. *Sirey* 1893.2.22.

72 Acórdão de 7 de Janeiro de 1890, *Sirey* 1893.2.22.

to, se não transmitiam valores *sui generis*, com destaque para a clientela e *l'achalandage*. Coube à própria *Cour de Cassation* desmentir este entendimento sobre o referido acórdão. Fê-lo a propósito do seguinte caso: por ocasião da liquidação de uma sociedade bi-pessoal, um dos seus sócios cederá ao outro a totalidade do activo social — que “*comprenait, entre autres valeurs, la clientèle et l'achalandage*” do estabelecimento que a sociedade explorava —, recebendo uma determinada contrapartida financeira. O *tribunal de commerce* de la Seine (sentença de 11 de Outubro de 1853) considerou que essa cessão equivalia a uma venda do estabelecimento da sociedade, venda, essa, da autoria, não já da própria sociedade, mas de um dos seus sócios, o qual ficara, portanto, impedido de se restabelecer num comércio similar. Outro foi, porém, o entendimento da *Cour de Cassation-Req.*⁷³: não se tendo convencionado qualquer restrição à liberdade de concorrência do ex-sócio, que fora havido como vendedor do estabelecimento da sociedade, o seu restabelecimento num comércio similar teria de ser considerado lícito, independentemente do tempo e do lugar em que ocorrerá. Um voto notável a favor da liberdade de concorrência, sem dúvida. Mas as “correções de tiro” vieram a seguir, e foram cada vez mais significativas.

a) Começamos pelo acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 2 de Maio de 1860⁷⁴. O caso respeitava, também ele, à dissolução de uma sociedade bi-pessoal. No quadro dessa dissolução, um dos sócios acordara ceder ao outro, não apenas “as mercadorias, modelos e utensílios”, mas também “*le fonds de commerce et la clientèle*”, que faziam parte do activo da sociedade. Segundo o *tribunal de commerce* de la Seine (sentença de 25 Novembro de 1857), desse acordo, exactamente porque envolvia a transmissão do estabelecimento que antes pertencera à sociedade, decorria a proibição de restabelecimento num comércio similar, por parte do sócio-transmitente (digamos agora assim). A decisão foi confirmada (“*adoption pur et simple des motifs des premiers juges*”) pela *Cour royale* de Paris (acórdão de 17 de Março de 1859). A *Cour de Cassation* não foi tão longe. Mas também não afirmou — como antes fizera a *Cour de Cassation-Req.*, no seu acórdão de 5 de Fevereiro de 1855 — que esse restabelecimento era lícito, independentemente do tempo e do lugar em que ocorresse. A ilicitude podia resultar, desde logo, da *proximidade* do novo estabelecimento em relação ao estabelecimento transmitido, quando se provasse que havia prejuízo para este último estabelecimento. Esta-va dado o primeiro passo para o reconhecimento, por parte da *Cour de*

73 Acórdão de 5 de Fevereiro de 1855, que confirmou o acórdão da *Cour royale* de Paris, de 30 de Junho de 1854; cfr. *Sirey* 1855.1.417

74 Cfr. *Sirey* 1860.1.308.

Cassation, da obrigação implícita de não-concorrência. Um outro, ainda mais significativo, foi dado no acórdão de 21 de Julho de 1873⁷⁵, no qual a *Cour de Cassation-Req.* fazia sua a seguinte conclusão do tribunal de segunda instância: “il faut éviter avec un soin égal deux exagérations dont l’une consiste à soutenir que la liberté du vendeur ou du colicitant reste toujours entière tant qu’elle n’a pas été restreinte par une convention explicite, tandis que l’autre prétend que l’interdiction de faire concurrence est toujours virtuellement renfermée dans la garantie résultant de la vente ou de la licitation”. Afastadas estas duas “posições extremas” — a primeira, já o sabemos, afirmada pela *Cour de Cassation-Civ.* (acórdão de 17 de Julho de 1844) e pela *Cour de Cassation-Req.* (acórdão de 5 de Fevereiro de 1855), a segunda, e como também já foi referido, prevalecendo ao nível das instâncias subalternas —, afirmava-se que a questão de saber se, ocorrendo a negociação da empresa, o alienante tinha ou não ficado obrigado a não concorrer, em certa área e em certo período com o adquirente, teria de ser resolvida à luz das circunstâncias do caso concreto, que haveriam de permitir determinar qual fora “*la commune intention des parties*”. Em caso de dúvida, ou seja, quando “*la recherche de l’intention des parties n’aboutirait pas à un résultat certain*”, impor-se-ia, porém, concluir a favor da liberdade de comércio e indústria: inexistência da interdição de restabelecimento e, mais do que isso, inexistência de qualquer obrigação de não-concorrência. Ainda não estávamos na fase em que a *Cour de Cassation* entregou ao juiz o poder de decidir se existia ou não obrigação de não-concorrência, através de uma interpretação soberana da vontade das partes ou das circunstâncias do negócio⁷⁶. Mas faltava pouco — faltava deixar cair a exigência de que, em caso de dúvida sobre a intenção das partes, se impunha decidir a favor da liberdade de comércio e indústria. Foi precisamente isso que aconteceu no acórdão da *Cour de Cassation-Req.* de 19 de Agosto de 1884⁷⁷, cuja orientação foi depois confirmada no acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 21 de Julho de 1891⁷⁸, e no acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 18 de Junho de 1897⁷⁹. Deixando cair a referida exigência, estes arestos significavam que a *Cour de Cassation* agia agora, em matéria de obrigação implícita de não-concorrência, à maneira de Pilatos: deixava a decisão para os “*juges du fonds*”, o que, dada a orientação monopolista desde cedo perfilhada,

75 Cfr. *Sirey* 1874.1.197.

76 Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *RDE*, I, n.º 1 (1975), 170.

77 *Sirey* 1885.1.156.

78 *Sirey* 1891.1.377.

79 *Sirey* 1898.1.120.

só poderia significar que, volvido quase meio século, essa obrigação se tornara benquista também aos olhos do mais alto tribunal francês. De resto, quaisquer dúvidas que, eventualmente, ainda pudessem subsistir sobre essa *rendição* da *Cour de Cassation* foram definitivamente arreadas pelo acórdão de 11 de Maio de 1898. Trata-se de um aresto da *Chambre civil*, e nele era expressamente afirmado que “la obligation de garantie [arts. 1625 s. do *Code civil*] emporte, pour le vendeur d’un fonds de commerce, le devoir de s’abstenir de tout acte de nature à diminuer l’achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé”⁸⁰. Este “*dever de abstenção*”, que recaía sobre o alienante do estabelecimento, não significava, já atrás o dissemos, que ele ficasse impedido de voltar a estabelecer-se. Se o desejasse fazer num *ramo de comércio ou de indústria diferente*, seria livre de o fazer onde lhe aprouvesse logo após a alienação do seu anterior estabelecimento — esse restabelecimento não constituiria um “acte de nature à diminuer l’achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé”. Mas se desejasse restabelecer-se no *mesmo ramo de comércio ou de indústria* ou num *ramo de comércio ou de indústria similar* àquele que constituía objecto do estabelecimento alienado, teria de fazer a seguinte opção: deixar passar um certo tempo sobre a transmissão do seu anterior estabelecimento — esse tempo teria de ser o tempo (considerado) suficiente para que se pudesse dizer que os dois acontecimentos (a alienação e o restabelecimento) tinham ocorrido em tempos diferentes —, tendo então liberdade para se restabelecer onde lhe aprouvesse, ou restabelecer-se imediatamente após a alienação do seu anterior estabelecimento, estando-lhe então vedado fazê-lo em certo espaço — no espaço (considerado) idêntico ao do estabelecimento alienado. Significa isto que o restabelecimento no mesmo ramo de comércio ou de indústria ou num ramo de comércio ou de indústria similar àquele que constituía objecto do estabelecimento alienado poderia, também ele, não constituir um “acte de nature à diminuer l’achalandage et à détourner la clientèle” desse estabelecimento, não havendo então razão para afirmar a sua ilicitude: seria esse o caso quando, independentemente do lugar do restabelecimento, se pudesse dizer que ele ocorreria num tempo diferente do da alienação do antigo estabelecimento e também quando, independentemente do tempo do restabelecimento, se pudesse dizer que ocorreria num espaço diferente do estabelecimento antigo.

b) Como é evidente, para que se pudesse dizer que o restabelecimento ocorreria num tempo diferente do da alienação do estabelecimento antigo,

80 Cfr. *Sirey* 1898.1.266; no mesmo sentido, cfr. acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 29 de Julho de 1908, *Sirey* 1908.1.291.

aquele e esta teriam de estar separados no tempo, e para que se pudesse dizer que o restabelecimento ocorrera num espaço diferente do do estabelecimento alienado, o novo estabelecimento e o estabelecimento antigo teriam de estar separados no espaço. Neste quadro, punham-se, é claro, duas questões: Qual o *intervalo de tempo* entre o restabelecimento e a alienação do estabelecimento antigo suficiente para se poder afirmar que o tempo de um não fora o tempo da outra? Qual a *distância* entre o novo estabelecimento e o estabelecimento antigo que seria necessário observar para se poder dizer que o espaço de um não era o espaço do outro? Não havendo norma legal que o fizesse — esse silêncio do legislador era, de resto, perfeitamente compreensível: a consagração da obrigação implícita de não concorrência não fora obra sua... —, a resposta a ambas as questões cabia necessariamente aos tribunais e, por conseguinte, eram eles que definiam a *medida* do sacrifício da liberdade de concorrência do alienante do estabelecimento. Faziam-no, é claro, em seu “prudente arbítrio”, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto. Assim, e por exemplo, se o estabelecimento alienado fosse de grande dimensão, a referida *distância* (*id est*: a área na qual a proibição de restabelecimento cobrava eficácia) seria uma; e, fosse ela qual fosse (o juiz lá estaria para decidir...), não deveria ser igual àquela que valeria se o estabelecimento alienado fosse de pequena dimensão. Por outro lado, se o estabelecimento alienado se caracterizasse pelo constante relacionamento (do seu titular) com a clientela, o referido *intervalo de tempo* (*id est*: o período durante o qual a proibição de restabelecimento se afirmaria) seria um; e, fosse ele qual fosse (também agora, o juiz lá estaria para decidir...), não deveria ser igual àquela que valeria se o estabelecimento alienado se caracterizasse pelo relacionamento pouco assíduo (do seu titular) com a clientela.

3. Porque potenciava os negócios sobre o estabelecimento, contribuindo, do mesmo passo, para a *valorização desse bem no mercado*, o reconhecimento da obrigação implícita de não-concorrência — pelas instâncias subalternas, logo no primeiro quartel do século XIX; pela *Cour de Cassation*, no último quartel desse mesmo século — dava guarida ao interesse (capitalístico-)empresarial típico. Mas não o satisfazia por inteiro — a tanto obviava a *incerteza* que, pelas razões há pouco expostas, necessariamente caracterizava a *mediação construtiva* dos tribunais. Mesmo que estes, como tantas vezes acontecia, se mostrassem *generosos*, em termos monopolísticos, na definição do limite temporal e do limite espacial da referida obrigação, a verdade é que isso só se saberia *ex-post facto*. Havia, é claro, uma forma de evitar esse problema. E não é difícil adivinhar qual ela era: em vez de deixar para o juiz a definição desses limites (e do próprio limite material ou merceológico) da obrigação de não-concorrência, que queria que

impedisse sobre o ex-titular do estabelecimento, o seu adquirente procederia, ele mesmo, a essa definição, fazendo inserir no contrato de transmissão do estabelecimento uma cláusula com esse conteúdo.

a) Supérfluo é dizer que o êxito dessa estratégia dependeria do modo como os tribunais encarassem as cláusulas desse tipo — cláusulas (que definiam os limites da obrigação) de não-concorrência do alienante do estabelecimento. Por certo não seria razoável esperar que, admitindo-se a obrigação implícita de não-concorrência, se proibissem as cláusulas de não-concorrência. Mas já não seria irrazoável esperar que, não se admitindo a obrigação implícita de não-concorrência, se reservasse a mesma sorte às cláusulas de não-concorrência. A verdade, porém, é que a *Cour de Cassation* nunca abraçou esta última posição. Ou seja, mesmo na fase em que, contrariando as instâncias subalternas, defendeu que o princípio da liberdade de comércio e indústria (art. 7 do *décret d'Allarde*) se sobrepunha ao princípio da garantia em matéria de venda (arts. 1625 s. do *Code civil*), recusando-se, portanto, a admitir a obrigação implícita de não-concorrência, sempre reconheceu, na esteira das referidas instâncias, que o princípio da liberdade de comércio e indústria cedia perante o princípio da liberdade contratual, com a consequente aceitação da validade das cláusulas de não-concorrência. Não de todas elas, é certo. Mas aquelas que, sobretudo no último terço do século XIX, logravam esse *veredicto* dão bem a ideia de quão generosa(mente monopolística) era a jurisprudência da época.

b) À semelhança do que acontecia em relação ao ex-trabalhador, o alienante (*lato sensu*⁸¹) do estabelecimento que pactuava — ele próprio ou um terceiro que o *representasse* (pense-se na hipótese da venda falimentar) — uma restrição à sua liberdade de comércio e indústria, estava impedido de o fazer em termos merceologicamente ilimitados, ou seja, não podia vincular-se a não montar (ou a não se tornar titular por qualquer outro meio de) um novo estabelecimento em qualquer ramo de comércio ou de indústria. Porém, para que essa convenção fosse válida, não se exigia que a proibição de restabelecimento se cingisse ao mesmo ramo de comércio ou de indústria que constituía objecto do estabelecimento alienado. Quando se não enumeravam os diferentes ramos de comércio ou de indústria nos quais o alienante do estabelecimento ficava impedido de intervir, restava a alternativa, que era, de resto, a mais frequentemente utilizada, de clausular a proibição do exercício de qualquer comércio ou indústria *semelhante* — do *mesmo género*, também se dizia — àquele que constituía objecto do estabelecimento alienado. Nesta última hipótese, se o alienante do estabelecimento, restabe-

81 Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério*, 502, nota 159.

lecendo-se, o não fizesse no mesmo ramo de comércio ou de indústria no qual antes operava, caberia aos “juges du fonds” — assim o considerou a *Cour de Cassation-Req.*, no seu acórdão de 19 de Agosto de 1869⁸² — decidir se esse restabelecimento ocorrera ou não num ramo de comércio ou de indústria semelhante.

c) Não obstante apresentarem um limite merceológico, no sentido acabado de referir, a cláusulas de não-restabelecimento poderiam, ainda assim, não cobrar validade. Seria isso que aconteceria quando, a par desse limite, não apresentassem nenhum outro, que poderia ser temporal *ou* espacial. O que significa que a presença de um destes outros limites — e supondo, é claro, que estava igualmente presente um limite merceológico — arredava a contrariedade à ordem pública da restrição à liberdade de comércio e indústria, inerente à interdição de restabelecimento: “La renonciation à l’exercice d’un certain commerce ou d’une certaine industrie n’a rien de contraire à la loi, lorsque, librement consentie, elle est perpétuelle, mais restreinte à un lieu déterminé, comme aussi lorsque, s’étendant à tous les lieux, elle est renfermée dans un certain laps de temps”⁸³. Para além de admitirem a validade das cláusulas de não-restabelecimento que, valendo por todo o tempo, não valessem para todos os lugares e das que, valendo para todos os lugares, não valessem por todo o tempo, os tribunais franceses, invocando o art. 1134 do *Code civil*, abstinham-se de apreciar a *razoabilidade* do limite de tempo ou do limite de espaço que tivesse sido convencionado⁸⁴.

Mesmo nas hipóteses, necessariamente raras, em que se houvesse de concluir pela nulidade da cláusula de não-restabelecimento, a restrição à liberdade de comércio e indústria que nela se afirmava não era arredada por inteiro. Passaria então a valer a proibição de restabelecimento que se entendia decorrer da *obrigação de garantia* (arts. 1625 s. do *Code civil*):

82 Cfr. *Sirey* 1969.1.404.

83 Acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 30 de Março de 1885, *Sirey* 1885.1.216; no mesmo sentido, cfr., por exemplo, os acórdãos da *Cour de Cassation-Civ.*, de 16 de Março de 1886, *Sirey* 1886.1.296, e de 2 de Julho de 1900, *Sirey* 1904.1.175.

84 Exemplificativamente: (i) acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 2 de Julho de 1900, *Sirey* 1904.1.175, que, confirmando o acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 12 de Janeiro de 1898, validou uma cláusula de não restabelecimento, *sem limite espacial, e cujo limite de tempo era de vinte e cinco anos*; (ii) acórdão da *Cour d’appel* de Limoges, de 25 de Novembro de 1910, *Sirey* 1911.2.179, que validou uma cláusula de não-restabelecimento, *sem limite espacial, e cujo limite temporal era de cinquenta anos*; (iii) acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 1 de Fevereiro de 1899, *Sirey* 1901.1.132, que, confirmando o acórdão da *Cour d’appel* de d’Aix, de 19 de Maio de 1897, validou uma cláusula de não-restabelecimento, *sem limite temporal, e cujo limite espacial era “la région du Sud-Est et l’Algérie”*.

“(…) si, en principe, la convention par laquelle le vendeur d’un fonds de commerce s’interdit d’une façon absolue d’exercer un commerce semblable à celui qui fait l’objet de la vente est nulle comme contraire à la liberté de l’industrie, *cette nullité ne peut, dans tous les cas, s’entendre d’une façon tellement absolue qu’elle puisse avoir pour conséquence de soustraire le vendeur à toute garantie, de le délier de toute obligation vis-à-vis de l’acheteur*”⁸⁵.

4. Referimo-nos, até agora, às condições a que a jurisprudência francesa oitocentista subordinava a validade das cláusulas de não-restabelecimento pós-alienação do estabelecimento (nomeadamente, venda amistosa, venda falimentar, cessão do activo social a um dos sócios⁸⁶). E demos também conta das consequências decorrentes da afirmação da sua nulidade. É chegado o momento de dizer que essas cláusulas comportavam uma *interdição* (ou, se se preferir, uma restrição à liberdade de concorrência) mais pesada do que aquela que o seu *nomen* inculca. Com efeito, ainda que as partes se tivessem limitado a clausular a proibição de o alienante do estabelecimento exercer, *por conta própria*, numa certa área e/ou em certo período, um comércio ou uma indústria semelhante àquele que constituía objecto do estabelecimento alienado, essa não seria a única actividade que lhe ficava vedada. “*Il est évident — são palavras de Ch. Lyon Caen / L. Renault*⁸⁷, — *que l’interdiction [de restabelecimento], sans être exagérée dans ses effets, ne doit pas être interprétée d’une façon tellement restrictive que le vendeur produise indirectement, au préjudice de l’acheteur, le même résultat que par la création d’un fonds de commerce similaire*”. Desta sorte, as cláusulas de não-restabelecimento, mesmo que, à luz do seu texto, não pudessem ser configuradas como verdadeiras cláusulas de não-concorrência, acabavam por assumir sempre esta feição (acrescente-se, já agora, que o mesmo acontecia em relação à obrigação implícita de não-restabelecimento: no silêncio do contrato de transmissão do estabelecimento, as *interdições* que pesavam sobre o alienante, com base nos arts. 1625 s. do *Code civil*, consubstanciavam uma obrigação implícita de não-concorrência).

a) Esse *alargamento* dos efeitos das cláusulas de não-restabelecimento — e da própria obrigação implícita de não-restabelecimento — transparece, de forma inequívoca, das múltiplas espécies jurisprudenciais referidas por Orlando de Carvalho⁸⁸. Restabelecendo-se fora da zona interdita — muitas

85 Acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 28 de Maio de 1895, *Sirey* 1896.2.235, confirmado pela acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 11 de Maio de 1898, *Sirey* 1898.1.265; sublinhados nossos.

86 Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, 502, nota 159.

87 *Traité*, III, 203 (os sublinhados são nossos).

88 *Critério*, 492-493, nota 156.

vezes essa zona era definida pela indicação de uma certa *distância* (proibição de restabelecimento a menos de x metros do estabelecimento alienado) ou de um determinado *raio* (proibição de restabelecimento num raio de x metros do estabelecimento alienado): no primeiro caso, a distância, referida na cláusula, deveria ser calculada “en suivant la ligne la plus courte par les rues”⁸⁹; no segundo caso, a zona interdita teria de ser calculada “*géométriquement et à vol d’oiseau*”, ignorando-se, pois, o percurso que seria necessário fazer para ir de um estabelecimento ao outro⁹⁰ —, restabelecendo-se fora da zona interdita, dizíamos, o alienante do estabelecimento não podia vender os seus produtos a clientes domiciliados na zona interdita (estamos a supor, é claro, que, tendo havido restabelecimento, este ocorrera no mesmo ramo de comércio ou num ramo de comércio ou de indústria semelhante e dentro do período de tempo em que ele fora interdito: (i) acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 11 de Novembro de 1873⁹¹: o contrato de compra e venda de um estabelecimento, que tinha por objecto o comércio de vinho, incluía uma cláusula, nos termos da qual “pour ne pas nuire à leurs acquéreurs, les vendeurs s’interdisent de s’établir dans une même commerce, dans le 17^e arrondissement [de Paris]”; os vendedores, logo de seguida, restabeleceram-se no mesmo ramo de comércio, mas num *arrondissement* diferente daquele que a cláusula mencionava, vindo a *Cour de Cassation* a concluir — na esteira, aliás, da sentença do *tribunal de commerce* de la Seine, de 24 de Fevereiro de 1872, e do acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 17 de Fevereiro de 1873 — que “les ventes de vin, opérées par le demandeur [um dos vendedores do estabelecimento] dans le 17^e arrondissement de Paris, constituaient tout à la fois des infractions à l’engagement contracté par lui envers l’acquéreur de son fonds de commerce de marchand de vins-traiteur dans ledit arrondissement, et des actes de concurrence illicite qui engageaient sa responsabilité”; (ii) acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 14 de Fevereiro de 1882⁹²: tratava-se agora de um contrato de compra e venda de um “fonds de commerce de boulangerie”, nos termos do qual os vendedores, que eram marido e mulher, “s’interdisant formellement de faire valoir directement ou indirectement un fonds de même nature à Gaillon et dans un rayon de 12 kilomètres”; nos termos do referido acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, — que assim confirmava a sentença do *tribunal de commerce* de Louviers, de 28 de Dezembro de 1880, e o acórdão da *Cour d’appel* de Rouen, de 27 de Maio

89 Acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 30 de Julho de 1881, *Sirey* 1882.2.4.

90 Acórdãos da *Cour d’appel* de Paris, de 20 de Abril de 1880, *Sirey* 1881.2.134, de 17 de Agosto de 1880, *Sirey* 1881.2.135, e de 7 de Dezembro de 1880, *Sirey* 1882.2.63.

91 *Sirey* 1874.1.352.

92 *Sirey* 1884.1.214.

de 1881 —, os ex-titulares do estabelecimento não poderiam, sem infringir a referida cláusula, fornecer pessoas ou instituições, domiciliadas na zona interdita, dos produtos que antes constituíam objecto do seu comércio, sendo irrelevante que esses produtos fossem agora fabricados fora dessa zona. Por outro lado, a violação da cláusula de não-restabelecimento não pressupunha que o sujeito por ela vinculado reaparecesse no tráfico (e, por conseguinte, aos olhos dos seus antigos clientes) como titular de um novo estabelecimento, na zona proibida e/ou durante o período interdito, e cujo objecto fosse um comércio ou uma indústria semelhante àquele que antes exercia. Essa violação seria igualmente afirmada quando a pessoa que aparecia aos olhos do público como titular do novo estabelecimento fosse um testa-de-ferro⁹³ e também quando, pertencendo o novo estabelecimento à pessoa que aparecia aos olhos do público como seu titular, o sujeito vinculado pela cláusula de não-restabelecimento lhe prestava ajuda e assistência ou lhe financiava a própria actividade (exemplificativamente: (i) acórdão da *Cour d'appel* de Rouen, de 26 de Julho de 1867⁹⁴, assim sumariado: “Le commerçant (...) qui a vendu son fonds *en s'interdisant le droit de faire le même commerce dans la même ville*, peut être considéré comme ayant enfreint cette prohibition, et être condamné par suite à des dommages-intérêts envers l'acheteur, si, sans se livrer personnellement au commerce qu'il s'est interdit, *il soutient et patronne ostensiblement une autre personne établie et exerçant ce commerce dans la même ville*”; (ii) acórdão da *Cour d'appel* de Paris, de 11 de Dezembro de 1889⁹⁵, sumariado desta forma: “Le vendeur d'un fonds de commerce, *qui s'est interdit le droit de s'intéresser directement ou indirectement dans un établissement du même genre, en-deçà d'un certain rayon, contrevient à cette obligation en fournissant à son gendre et à sa fille les fonds nécessaires à l'acquisition, à l'installation et à exploitation d'un établissement similaire*”). A violação da cláusula de não-restabelecimento podia ainda decorrer, por exemplo, da assunção (pela pessoa vinculada por essa cláusula, já se vê) de funções de administração ou de gestão num estabelecimento concorrente⁹⁶ e mesmo da qualidade de trabalhador (mais ou menos qualificado) num estabelecimento com essa característica⁹⁷.

93 Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, 492, nota 156, com referências jurisprudenciais.

94 *Sirey* 1868.2.146.

95 *Sirey* 1891.2.45.

96 Cfr., por exemplo, acórdão da *Cour de Cassation-Civ.*, de 9 de Fevereiro de 1898, *Sirey* 1898.1.121.

97 Cfr. acórdão da *Cour d'appel* de Rouen, de 26 de Julho de 1867, *Sirey* 1868.2.147, e acórdão da *Cour de Cassation-Req.*, de 3 de Maio de 1899, *Sirey* 1901.1.133); referindo ainda outras situações, que podiam traduzir uma violação à proibição (implícita ou explícita) de restabelecimento, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, 493, nota 156.

b) Do texto da cláusula de não-restabelecimento podia resultar expressamente que a respectiva proibição abrangia outras pessoas que não apenas o alienante do estabelecimento em causa. Faltando essa indicação — à semelhança, aliás, do que acontecia quando, no silêncio do negócio de transmissão do estabelecimento, a proibição de restabelecimento assentava na obrigação de garantia (arts. 1625 s. do *Code civil*) —, e na hipótese de o alienante do estabelecimento ser uma sociedade comercial, o *círculo de pessoas* abrangidas pela proibição de restabelecimento variaria em função do tipo de sociedade. Se se tratasse de uma sociedade em nome colectivo, a proibição, ademais de pesar sobre a própria sociedade, estender-se-ia aos respectivos sócios, “par cela même qu’ils sont solidairement responsables des engagements de la société”⁹⁸. Já se o alienante fosse uma sociedade em comandita, a proibição de restabelecimento, que a atingia, estendia-se aos sócios comanditados — os únicos solidariamente responsáveis pelas obrigações da sociedade. Finalmente, se o alienante do estabelecimento fosse uma sociedade anónima — refira-se que a chamada “société à responsabilité limitée” (correspondente à nossa sociedade por quotas) só foi admitida em França na segunda década do século XX (Lei de 7 de Março de 1925) —, os seus accionistas, enquanto tais, não seriam abrangidos pela referida proibição; no que respeita aos administradores, entendia-se que após a alienação do estabelecimento da sociedade, lhes estava vedado o exercício de uma actividade susceptível de influenciar a clientela em detrimento desse estabelecimento⁹⁹.

c) Quando do texto da cláusula de não-restabelecimento não resultava que a respectiva proibição abrangia outras pessoas que não apenas o alienante do estabelecimento, e este fosse um empresário em nome individual, o referido problema de *extensão* punha-se necessariamente noutros moldes. De um modo geral, sempre se entendeu que a proibição de restabelecimento não atingia os filhos do alienante, em vida deste. Por outro lado, e em relação ao cônjuge, se este não tivesse concorrido para a transmissão, não tradou também a impor-se o entendimento de que a referida proibição só o atingiria se o estabelecimento transmitido fosse um bem comum¹⁰⁰. Quanto aos herdeiros e sucessores a título universal do alienante do estabelecimento, a jurisprudência mais antiga — baseando-se no art. 1122 do *Code civil*: “On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention” — incluía-os no círculo de pessoas abrangidas pela proibição de restabelecimento (exemplificativamente: (i) acórdão da *Cour d’appel* de

98 A. COHEN, *Traité*, I, 348.

99 Cfr. A. COHEN, *Traité*, I, 348, e ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, 497, nota 157.

100 Cfr., mais desenvolvidamente, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, 496-497, nota 157.

Paris, de 19 de Maio de 1849¹⁰¹, assim sumariado: “L’héritier du vendeur d’un fonds de commerce ne peut, pas plus que son auteur, élever dans le même lieu un établissement de même nature, si celui-ci s’est interdit ce droit para la vente”; (ii) acórdão da *Cour d’appel* de Paris de 21 de Fevereiro de 1900¹⁰², com o seguinte sumário: “Cette clause — entenda-se: “la clause d’un acte de vente de fonds de commerce, par laquelle le vendeur s’interdit de fonder, acquérir, gérer ou exploiter un commerce similaire dans la même ville” — est opposable au fils du vendeur, qui ne peut être admis, en fondant dans la même ville, et spécialement dans le local même où était précédemment exercé le commerce faisant l’objet de la vente, un établissement similaire, à détourner la clientèle dont il a reçu le paiement en recueillant la succession de son père”).

d) Dissemos que do texto da cláusula de não-restabelecimento podia resultar expressamente que a respectiva proibição abrangia outras pessoas que não apenas o alienante do estabelecimento. E também acrescentámos que, faltando essa indicação — à semelhança do que acontecia quando, no silêncio do negócio de transmissão do estabelecimento, a proibição de restabelecimento assentava na obrigação de garantia —, os tribunais defendiam, ainda assim, que a referida proibição se não cingia ao alienante do estabelecimento. Ficámos assim a saber, em termos gerais, *contra quem* valia a proibição de restabelecimento. E *a favor de quem* valia essa proibição? Para perceber a *ratio* deste quesito importa ter presente que, durante o tempo por que durava a proibição de restabelecimento, poderiam ocorrer uma ou mais mudanças na titularidade do estabelecimento cuja primeira transmissão originara essa proibição. Explicaremos melhor, figurando dois exemplos. Suponhamos, em primeiro lugar, que *A*, que adquirira o estabelecimento de *B*, ficando este último vinculado a não exercer, por conta própria, durante o prazo de dez anos, um comércio semelhante àquele que constituía objecto do estabelecimento transmitido, vinha a falecer cinco anos depois da celebração desse negócio. Os herdeiros ou sucessores a título universal de *A*, que se tornassem titulares do estabelecimento em causa, poderiam (continuar a) fazer valer a proibição de restabelecimento por todo o (restante) tempo da sua duração¹⁰³. O segundo exemplo é este outro: suponha-se que *D* adquiria o estabelecimento comercial de *C*, ficando este vinculado a não exercer, por conta própria, durante o prazo de vinte anos, um comércio semelhante àquele que constituía objecto do estabelecimento

101 *Sirey* 1849.2.553.

102 *Sirey* 1903.2.210.

103 Neste sentido, *vide* acórdão da *Cour d’appel* de Paris, de 13 de Novembro de 1883, *Sirey* 1884.2.40; *cfr.* ainda ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, 499, nota 157.

transmitido; supondo isto, suponha-se ainda que *D*, volvidos cinco anos sobre a data da aquisição do estabelecimento em causa, se decidia pela sua venda a *E*, ficando aquele vinculado a não exercer, por conta própria, durante dez anos, um comércio semelhante ao que constituía objecto do estabelecimento transmitido. Caso *C*, durante o prazo (de vinte anos) da proibição de restabelecimento que assumira perante *D*, passasse a exercer, por conta própria, um comércio semelhante ao que constituía objecto do estabelecimento cuja titularidade passara a ser de *E*, este último podia agir contra o seu vendedor (*D*) e, agindo ou não contra ele, poderia também agir *directamente* contra *C*, primeiro vendedor do estabelecimento¹⁰⁴.

Prescindiremos aqui da análise das diferentes sanções decorrentes do incumprimento da proibição (implícita ou explícita) de restabelecimento — *rectius*, da obrigação (implícita ou explícita) de não-concorrência — que pesava sobre o alienante (*lato sensu*) do estabelecimento. E isto para não termos de repetir muito daquilo que dissemos *supra*, a propósito, precisamente, do incumprimento das cláusulas (ou obrigações) de não-concorrência pós-emprego.

104 Consagrada pela jurisprudência — acórdão da *Cour d'appel* de Lyon, de 6 de Abril 1892, *Sirey* 1893.2.219, e acórdão da *Cour d'appel* de Paris, de 21 de Fevereiro de 1900, *Sirey* 1903.2.210 —, essa solução era igualmente defendida pela generalidade da doutrina da época; cfr., por todos, Ch. LYON-CAEN / L. RENAULT, *Traité*, III, 204, que a justificavam do seguinte modo: "L'obligation du premier vendeur a avec le fonds un lien intime; elle contribue à en augmenter la valeur. On doit supposer naturellement qu'en revendant, le premier acheteur a entendu garantir le sous-acheteur contre les actes du premier vendeur et céder à ce sous-acheteur le droit d'agir en garantie contre le vendeur".