



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO

# O Contrato de *Franchising*

**O Conteúdo Essencial do Contrato de *Franchising*, os  
Desvios ao seu Molde Típico e a Dependência Económica do  
Franquiado**

MESTRADO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS

Sara Vieira de Oliveira

Porto, maio de 2014



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO

# O Contrato de *Franchising*

**O Conteúdo Essencial do Contrato de *Franchising*, os  
Desvios ao seu Molde Típico e a Dependência Económica  
do Franquiado**

MESTRADO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS

DISSERTAÇÃO REALIZADA POR

Sara Vieira de Oliveira

SOB A ORIENTAÇÃO DE

Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Porto, maio de 2014

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro,  
pelo seu precioso apoio e orientação.

*To define is to limit.*

OSCAR WILDE

*The Picture of Dorian Gray*

# ÍNDICE

Siglas e Abreviaturas.....	7
Nota Introdutória.....	9
Terminologia Adotada .....	9
Legislação .....	9
1. Introdução .....	10
2. O Contrato de <i>Franchising</i> .....	11
2.1. Contrato Atípico.....	11
2.2. Noção Deontológica e Legal de <i>Franchising</i> .....	12
3. Caracterização e Categorização do Contrato de <i>Franchising</i> .....	16
3.1. Características Essenciais do Contrato de <i>Franchising</i> .....	16
3.2. Categorias de Contratos .....	19
3.3. Modalidades de <i>Franchising</i> .....	22
4. Conteúdo Essencial do Contrato de <i>Franchising</i> .....	23
4.1. Conteúdo Essencial .....	23
4.2. A Licença de Uso de Sinais Distintivos do Comércio e/ou Licença de Uso de Marca e a Obrigação do Seu Uso Efetivo .....	24
4.3. A Transmissão de Saber-Fazer pelo Franquiador ao Franquiado .....	27

4.4. A Prestação de Assistência Técnica Pelo Franquiador .....	31
4.5. As Obrigações Pecuniárias.....	33
4.6. A Obrigação de o Franquiado Suportar o Controlo do Franquiador e a Obrigação de o Franquiador o Exercer .....	36
5. A Relação de Dependência .....	40
5.1. O Desequilíbrio da Relação Contratual.....	40
5.2. A Dependência Económica do Franquiado.....	40
5.2.1. Contrato de Dependência .....	40
5.2.2. A Dependência Económica no Direito da Concorrência .....	43
5.2.3. A Proteção do Franquiado.....	46
5.2.3.1. A Fase Pré-Contratual .....	47
5.2.3.2. A Cessação do Contrato .....	50
5.3. Os Desvios ao Contrato de <i>Franchising</i> .....	51
5.3.1. Franquiado – Pessoa Singular .....	52
5.3.2. Franquiado – Pessoa Coletiva.....	53
5.3.2.1. A Desconsideração da Personalidade Jurídica do Franquiado.....	54
5.3.2.2. A Boa-Fé Contratual .....	55
5.3.2.3. A Aplicação do Regime da Relação de Domínio.....	57
6. Conclusão.....	60
Referências Bibliográficas .....	62

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

- Ac. – Acórdão
- Art(s). – Artigo(s)
- BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- CC – Código Civil
- CE – Comunidade Europeia
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- CGD – Cláusulas Contratuais Gerais
- CSC – Código das Sociedades Comerciais
- D.L. – Decreto-Lei
- EUI – European University Institute
- n.º - Número
- ob. cit. – Obra citada
- p. (pp.) – Página(s)
- par. – Parágrafo
- ROA – Revista da Ordem dos Advogados
- SLR – Stanford Law Review
- ss – Seguintes

- TCE – Tratado Constitutivo da CEE
- TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- vd. – Vide
- vol. – Volume
- vs. – Versus
- VVAA – Vários Autores

## **NOTA INTRODUTÓRIA**

### **TERMINOLOGIA ADOTADA**

Ainda que o termo *franchising* já tenha sido traduzido para português – acordo de franquia – e que esta expressão seja, por vezes, utilizada pela doutrina, na prática comercial é utilizado o anglicismo *franchising*. O termo “franquia”, efetivamente, nunca se popularizou, pelo que, ao longo desta dissertação, adotamos o termo *franchising*. Quanto às partes do contrato, em relação às quais também não há qualquer consenso terminológico, adotamos os termos franquiado e franquiador.

### **LEGISLAÇÃO**

A presente dissertação tem por base a legislação em vigor a 22 de maio de 2014.

## 1. INTRODUÇÃO

O *franchising* é um fenómeno global, com uma importância económica incontestável<sup>1</sup>, através do qual o franquiado integra a rede do franquizador. Para tal, o franquiado deve adotar, por completo, a imagem de marca do franquizador, ainda que mantenha a sua autonomia jurídica. A relação entre franquiado e franquizador é, então, pautada por três fatores aparentemente antagónicos, a manutenção da autonomia do franquiado, o exercício de controlo pelo franquizador para garantir a homogeneidade da rede e a dependência económica do franquiado.

Aquilo que nos propomos fazer com a presente dissertação é: em primeiro lugar, estudar qual é o molde típico do contrato de *franchising* e quais são os seus elementos essenciais; e, em segundo lugar, analisar a relação de dependência entre franquiado e franquizador decorrente do contrato de *franchising* ou de eventuais desvios ao seu modelo típico, quais as suas consequências e qual deve ser o âmbito da proteção do franquiado.

Pretendemos, deste modo, contribuir para a análise e definição do conteúdo da relação, típica e desviante, entre franquiado e franquizador, ao longo da execução de um contrato de *franchising*.

---

<sup>1</sup> Sobre a função económica do *franchising* vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 17 e IDEM, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in *Direito e Justiça*, 2005, vol. 19, tomo 1, pp. 78 ss.

## 2. O CONTRATO DE *FRANCHISING*

### 2.1. CONTRATO ATÍPICO

Em Portugal, tal como em vários outros países europeus, o contrato de *franchising* é um contrato legalmente atípico, já que carece de uma disciplina legal própria. É um contrato atípico puro, porque é inteiramente diferente dos tipos contratuais já consagrados na lei<sup>2</sup>.

Por este motivo, poder-se-ia pensar que o contrato de *franchising* existe sob o signo da autonomia privada e da liberdade contratual, pelo que as partes, dentro dos limites da lei, poderiam livremente dispor e modelar o seu conteúdo, conforme a sua vontade. Todavia, na realidade, a celebração e conformação de contratos de *franchising* é uma prática social reiterada e quase homogénea, no comércio jurídico<sup>3</sup>, pelo que o conteúdo essencial destes contratos já possui contornos definidos. Assim, ainda que essa autonomia e liberdade existam, são secundárias face ao conteúdo socialmente típico do contrato de *franchising*, com o qual tendem a conformar-se.

Este conteúdo socialmente típico do contrato de *franchising* decorre de várias fatores. Em primeiro lugar, de ter sido importado de sistemas jurídicos, como o anglo-americano, onde já se encontra tipificado; em segundo lugar, de ter sido definido e caracterizado nos códigos deontológicos de várias associações de *franchising*; em terceiro lugar, de ter sido alvo de análise da doutrina e da jurisprudência; e, em quarto lugar, da prática comercial.

---

<sup>2</sup> P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2009, pp. 215 e 216. Sobre a ausência de uma regulamentação unitária e exaustiva dos contratos de distribuição, vd. F. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição*, 2013, pp. 82 ss.

<sup>3</sup> P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 211 e 216.

Na nossa opinião, por um lado, a manutenção da atipicidade legal do contrato de *franchising* é vantajosa para as partes, já que estas, assim, podem adaptar o conteúdo do contrato às suas necessidades. Pelo outro, se as partes optarem por fazer grandes desvios ao conteúdo socialmente típico do *franchising*, pensamos que o contrato deverá ser requalificado, independentemente do *nomen iuris* que as partes lhes derem.

## 2.2. NOÇÃO DEONTOLÓGICA E LEGAL DE *FRANCHISING*

A nível deontológico, destacamos o Código de Deontologia Europeu do *Franchising*<sup>4</sup>, elaborado pelos presidentes das associações de *franchising* de vários Estados-Membros e aprovado em 1972<sup>5</sup>. Portugal aderiu a este Código Deontológico, por ser membro da Federação Europeia do *Franchising*. Por conseguinte, este é-lhe incondicionalmente aplicável, desde janeiro de 1991<sup>6</sup>. Quanto à noção de *franchising*, o Código Deontológico dispõe o seguinte:

“O *franchising* é um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas e

---

<sup>4</sup> O Código de Deontologia Europeu do *Franchising* é um documento extralegal, sem força obrigatória. A sua importância decorre da vinculação autónoma dos associados da Associação Europeia do *Franchising* a um conjunto de regras de comportamento definidas por si. Este código é comumente usado como fonte de interpretação, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Não obstante, devido ao seu carácter extralegal, a violação dos princípios exarados no Código tem poucos efeitos. No entanto, ressalva-se a importância dos princípios deontológicos para a fixação da boa-fé das partes, pelo que o seu incumprimento, neste âmbito, poderá eventualmente ser acionado em Tribunal. Sobre a evolução do Código de Deontologia Europeu do *Franchising* vd. *eff-franchise.com* e, sobre a sua força jurídica, vd. J. LELOUP *apud* M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 109.

<sup>5</sup> S. BORGES MORAIS, *Direito Aplicável ao Contrato Internacional de Franquia*, in *Themis*, n.º 20-21, 2011, p. 286.

<sup>6</sup> A tradução oficial do Código Deontológico Europeu pode ser consultada em *www.apf.org.pt*, o site da Associação Portuguesa do *Franchising*.

financeiramente distintas e independentes, o franchisador e os seus franchiseados, através do qual o franchisador concede aos seus franchiseados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu Conceito.

O direito concedido confere ao franchiseado o poder e o dever de, mediante uma contrapartida financeira direta ou indireta, usar a insígnia e/ou marca de produtos e/ou marca de serviços, o saber-fazer, os métodos comerciais e técnicos, o sistema de procedimentos e outros direitos de propriedade industrial e intelectual, apoiados por uma prestação contínua de assistência comercial e/ou técnica, no âmbito e durante a vigência dum contrato de *franchising* escrito, para tal fim, celebrado entre as partes.”<sup>7</sup>.

As várias noções deontológicas e legais de contrato de *franchising*, que analisamos são, em geral, muito próximas da enunciada. Para evitarmos a repetição de noções semelhantes, compilamos os seguintes elementos essenciais:

- O *franchising* é um sistema de comercialização.
- O contrato de *franchising* pressupõe uma relação de estreita colaboração entre as partes.
- Ambas as partes têm autonomia jurídica e financeira.
- Há a incorporação do franquiado numa rede homogénea. Para que se dê esta incorporação, o contrato de *franchising*, normalmente, inclui:
  - A transmissão do direito de explorar a imagem de marca do franquiador ao franquiado.

---

<sup>7</sup> Vd. *supra* nota de rodapé n.º 6.

- A concessão de licenças de uso de marcas e de uso de outros sinais distintivos do franquizador ao franquiado, com a correspondente obrigação de uso efetivo.
- A transmissão de saber-fazer do franquizador ao franquiado.
- A obrigação do franquizador prestar assistência técnica ao franquiado.
- A obrigação do franquiado suportar um controlo do franquizador e o dever de este o exercer.
- A existência de uma contrapartida pecuniária paga pelo franquiado ao franquizador.

Ainda que, tal como indicado acima, não iremos proceder à citação de outras noções de *franchising*, há algumas fontes que, pela sua relevância, nos cabe destacar.

Assim, a nível comunitário, destacamos o Regulamento (CEE) n.º 4087/88, de 30 de novembro<sup>8 9</sup>. Este Regulamento já não está em vigor, mas foi relevante na construção do conceito de *franchising*, pois, com o propósito de aplicar a isenção do art. 81º, n.º 3 do Tratado de Roma, fez três coisas: deu um *nomen iuris* ao contrato de *franchising* – acordo de franquia –; identificou as suas partes – franquizador e franquiado –; e, no art. 1º, n.º 3, b), definiu-o.

No âmbito do direito comparado, verificamos que, na maioria dos Estados-Membros da União Europeia, o contrato de *franchising* é, tal como entre nós, legalmente

---

<sup>8</sup> Destacamos a decisão da Comissão, de 17 de dezembro de 1986, relativamente à sociedade Pronuptia de Paris, pelo esforço de caracterização e consolidação do instituto do *franchising* – disponível, como anexo, em L. PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2010, pp. 215 ss.

<sup>9</sup> Para uma análise da história e conteúdo do Regulamento, vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 112 ss.

atípico e socialmente típico<sup>10</sup>. No entanto, em Espanha e em Itália já existem definições legais de *franchising*.

Em Espanha, as partes do contrato de *franchising* estão sujeitas a uma obrigação de registo – o *Registro de Franquiciadores*<sup>11</sup>. Este registo foi instituído pela *Ley 7/1996* e é atualmente regulado pelo *Real Decreto 201/2010*<sup>12</sup>. Nas leis indicadas, o legislador espanhol definiu o *franchising*, já que é por referência a este contrato que se determina quem está sujeito à obrigação de registo.

Em Itália, o contrato de *franchising* foi legalmente atípico até 2004. Nesse ano, foi aprovada a *Legge 129/2004*<sup>13</sup>, especialmente direcionada para a proteção do franquiado através de disposições a nível pré-contratual. Também nesta lei é definido o *franchising*<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Disponíveis no *site* da *European Franchise Association* – vd. nota de rodapé n.º 4.

<sup>11</sup> Sobre o registo espanhol de franquidores, vd., por todos, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Contrato de Agencia, Distribución y Franquicia*, 2007, pp. 242 ss.

<sup>12</sup> Vd. nota de rodapé n.º 10.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> A. DASSI, *Il Contratto di Franchising*, 2006, p. 26.

### 3. CARACTERIZAÇÃO E CATEGORIZAÇÃO DO CONTRATO DE *FRANCHISING*

#### 3.1. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE *FRANCHISING*

A partir das noções deontológicas e legais de *franchising* e da prática comercial, a doutrina tem-se dedicado à caracterização do contrato e ao levantamento quer dos seus elementos essenciais, quer de outros elementos que se tenham revelado habituais<sup>15</sup>.

Partindo do esforço doutrinal, compilamos a seguinte lista sumária de características associadas ao contrato de *franchising*, que parecem granjear de algum consenso:

- Contrato comercial – Segundo a noção tradicional, já que é sempre subjetivamente comercial do lado do franquiador e tendencialmente do lado do franquiado, pois este terá de constituir uma sociedade comercial para exercer a sua atividade ou de adquirir a qualidade de comerciante, mas também segundo o critério de empresarialidade de Engrácia Antunes, por ser um contrato de empresa, ao qual aderimos, pelo seu pragmatismo<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> A doutrina, muitas vezes, distingue o contrato de *franchising* de figuras afins. Vd., em especial, A. MENEZES CORDEIRO, *Do Contrato de Franquia («Franchising»): Autonomia Privada Versus Tipicidade Negocial*, in ROA, n.º 48, 1988, pp. 70 ss; M. PEREIRA BARROCAS, *O Contrato de Franchising*, in ROA, n.º 49, 1989, pp. 135 ss; I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in O Direito, n.º 123, 1991, pp. 374 ss e M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 53 ss.

<sup>16</sup> L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 62 ss, referindo, em especial, CASSIANO DOS SANTOS que também sustenta a comercialidade dos contratos de *franchising*. Sobre a empresarialidade como critério de qualificação dos contratos comerciais, vd. J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, 2012, pp. 30 ss.

- Atípico – Carece de um regime legal próprio, contudo é socialmente típico<sup>17</sup>.
- Consensual ou não formal – Não requer forma especial<sup>18</sup>.
- Obrigacional e não real – Não há a constituição, modificação ou extinção de direitos reais<sup>19</sup>.
- Misto ou múltiplo – Resulta da fusão de vários tipos contratuais<sup>20</sup>.
- Oneroso – Faz parte do seu conteúdo típico a obrigação do franquiado prestar uma contrapartida pecuniária ao franquidor<sup>21</sup>.
- Sinalagmático – Ambas as partes comprometem-se a obrigações recíprocas<sup>22</sup>.
- De execução permanente – É realizado “instante a instante”, ao longo de todo o período em que se encontra em vigor<sup>23</sup>.
- Fiduciário – A relação contratual é caracterizada pela confiança entre as partes, desde a fase pré-contratual<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> Vd. *supra* 2.1.

<sup>18</sup> Quando não envolva uma licença de exploração de direitos privativos de propriedade industrial, já que, para esta é obrigatória a forma escrita, segundo os arts. 31º, n.º 6 e 32º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial. Pensamos que este mecanismo implica uma formalização indireta do contrato de *franchising*, pois este inclui a concessão de licenças de uso de sinais distintivos e/ou licenças de uso de marca.

<sup>19</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, pp. 372 e 373.

<sup>20</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 372 e F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, p. 81.

<sup>21</sup> S. BORGES MORAIS, *ob. cit.*, p. 289.

<sup>22</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 373.

<sup>23</sup> I. GALVÃO TELES *apud* IDEM, *Ibidem*, p. 373.

<sup>24</sup> Ainda que o franquidor não corra um risco fiduciário, corre o risco “...do não escrupuloso cumprimento das obrigações da outra parte ...” que afete a sua imagem de marca, motivo pelo qual, este incumprimento, poderá originar o direito de resolução do contrato com justa causa. O franquiado também está sujeito a um “negócio de confiança”, pois, por um lado é o franquidor que exerce o controlo sob os outros franquiados e garante que estes cumpram as suas obrigações, o que se reflete na imagem de marca; por outro, o franquidor tem o poder de limitar a atuação comercial do franquiado,

- Intuitus Personae – O contrato é celebrado entre partes que foram especificamente escolhidas pelas suas qualidades e características, o que implica que a cessão da posição contratual, esteja sujeita ao consentimento do franquiador, mesmo num caso de sucessão *mortis causa*, face à regra geral da livre cessão do estabelecimento comercial. Pelo mesmo motivo, as obrigações assumidas pelo franquiado têm de ser cumpridas pessoalmente, não podendo ser confiadas a um terceiro, nomeadamente um gerente, salvo acordo entre as partes<sup>25</sup>.
- De dependência – É um contrato relacional, onde predominam as relações duradouras e de estreita colaboração, pelo que entre as partes, não obstante serem juridicamente autónomas, é criada uma forte interdependência<sup>26</sup>.
- Contrato-quadro complexo – Não só se prevê e regula a celebração de contratos futuros, ao longo da relação contratual de colaboração, mas também tem um núcleo caracterizador complexo que engloba vários tipos contratuais, como a celebração de licenças de exploração de marca, a obrigação de

---

através das suas escolhas e decisões comerciais, que se refletem na manutenção da vantagem competitiva, L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 64 ss. Vd. F. CAFAGGI, *Contractual Networks And The Small Business Act: Towards European Principles?*, in EUI Law, n.º 2008/15, 2008, p. 10, que destaca uma correlação entre o nível de interdependência entre as partes e o carácter fiduciário do contrato, no âmbito das redes contratuais.

<sup>25</sup> Vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 68 ss. A autora faz uma referência à relevância do erro sobre a pessoa do outro contraente, em sede da anulação do contrato, como consequência do seu carácter *intuitus personae*.

<sup>26</sup> A. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, 2009, pp. 49 e 50. Sobre a relação de dependência, vd. *infra* 5. Sobre a duração dos contratos de distribuição e a tutela da estabilidade, vd. F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, pp. 103 ss e 222 ss.

transmissão do saber-fazer, a prestação de assistência técnica, as obrigações pecuniárias, etc.<sup>27</sup>.

### 3.2. CATEGORIAS DE CONTRATOS

É frequente, mas não sem controvérsia, incluir o contrato de *franchising* na categoria dos contratos de distribuição. A celeuma decorre da interpretação do conceito de contratos de distribuição<sup>28</sup>. Efetivamente, se esta categoria for entendida como apenas incluindo os contratos-quadro por força dos quais uma das partes promove a revenda de produtos fornecidos pela contraparte, então é certo que, quando o franquiado for o produtor ou estiver em causa a prestação de um serviço, não se verificará uma das premissas. Por este motivo, autores como M. FÁTIMA RIBEIRO defendem que, para incluir os contratos de *franchising* na categoria de contratos de distribuição, esta tem de ser interpretada latamente, como “...o conjunto daqueles contratos que visam, em última análise, ser instrumento do comércio em geral, ou seja, da colocação de produtos/serviços no mercado, em condições determinadas e controladas pelo autor dos mesmos.”<sup>29</sup>. Com a adoção deste critério da função económica distributiva do contrato, independentemente de quem é o produtor, já nos

---

<sup>27</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 76 ss, L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 69 ss e F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, pp. 128 ss. No sentido contrário, defendendo que não deve haver uma recondução genérica à categoria de contrato-quadro, por esta, muitas vezes, não se verificar nos *franchisings* de produção e de serviços, onde um só contrato fixa os efeitos jurídicos, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, 2012, p. 153. Fazendo a ligação entre contratos-quadro e as relações obrigacionais duradouras, vd. M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2007, pp. 560 ss.

<sup>28</sup>No sentido da inclusão, sem qualquer limite ou interpretação especial, vd. A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2012, pp. 773 e 775.

<sup>29</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 36 ss. Com um capítulo dedicado às várias teses relativas ao conceito e âmbito dos contratos de distribuição, F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, pp. 28 ss.

parece possível, sem qualquer incoerência lógica, incluir os contratos de *franchising* na categoria de contratos de distribuição.

Num sentido mais amplo, as várias relações de *franchising* reconduzem-se à categoria das redes contratuais, já que estamos perante múltiplas entidades juridicamente independentes, mas economicamente vinculadas e interdependentes, para a exploração de um modelo de empresa<sup>30</sup>. As redes de *franchising* são enquadradas na modalidade vertical das redes contratuais, pois incluem vastas fases da cadeia de distribuição, através de diversos contratos bilaterais conexos, em que as partes coordenam e monitorizam a atividade recíproca, de modo a melhor partilhar recursos e riscos, para atingir um objetivo final comum<sup>31</sup>. Estas redes contratuais têm como característica e objetivo serem vistas como uma única empresa descentralizada<sup>32</sup>, pelo que se subordinam a uma disciplina e espírito de grupo<sup>33</sup>.

Também é usual reconduzir o *franchising* à categoria de contratos de cooperação, por franquiador e franquiado desenvolverem uma atividade concertada, renunciando a parte da sua própria autonomia, de modo a participarem num sistema que melhora a colocação no mercado de determinados bens e serviços, produzidos ou não pelo

---

<sup>30</sup> M. MIRAVALLS, *Contrato de Franquicia*, in VVAA, *Los Contratos de Distribución Comercial*, 2010, p. 91.

<sup>31</sup> Vd., por todos, F. CAFAGGIO, *ob. cit.*, pp. 6 e 13. Destacamos esta obra para o estudo da relevância legal das redes contratuais, em especial através de contratos bilaterais interdependentes (onde o autor inclui o *franchising*) e de contratos multilaterais, como modelos alternativos de coordenação empresarial.

<sup>32</sup> S. BORGES MORAIS, *ob. cit.*, p. 291.

<sup>33</sup> M. PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 155 justifica este espírito de grupo, que se traduz numa forte interdependência, cooperação, confiança e disciplina, com a prossecução de um interesse comum – garantir a manutenção da imagem de marca uniformizada e de acordo com os padrões de qualidade acordados.

franquiado, diminuindo alguns dos riscos a que estariam sujeitos e aumentando o potencial lucrativo para ambas as partes<sup>34</sup>.

A categoria de contratos de cooperação pode ser subdividida em contratos de cooperação associativa e contratos de cooperação auxiliar. Nos primeiros, há uma “...comunhão de fim, a participação de todos os contraentes no fim comum e a concertação de atividades para a realização desse fim comum...”, enquanto, nos segundos, “...uma das partes desenvolve a sua atividade em concurso com a atividade de outrem, embora de forma independente (...) visa[ndo] a prossecução de um fim comum que é o interesse único (de uma das partes), concertando para tal as respetivas atividades...”<sup>35</sup>.

M. FÁTIMA RIBEIRO defende que os contratos de *franchising* enquadram-se na cooperação associativa, já que seria redutor considerar que apenas é visada a satisfação de um fim e interesse único<sup>36</sup>. Adotamos esta posição, pois, na nossa opinião o *franchising* reflete uma comunhão de fim e de interesses não só entre os contraentes, mas entre todos os franquiados daquela rede, já que partilham e são interdependentes em relação à manutenção e promoção da imagem de marca que representam, de modo a manterem uma vantagem competitiva.

---

<sup>34</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 31 ss.

<sup>35</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 31 ss, seguindo a classificação de Helena Brito.

<sup>36</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 33 ss.

### 3.3. MODALIDADES DE *FRANCHISING*

A caracterização do contrato de *franchising* não ficaria completa sem uma referência às modalidades a que tradicionalmente é reconduzido: *franchising* de distribuição, *franchising* de produção e *franchising* de serviços<sup>37</sup>.

Esta classificação, referida no Ac. Pronuptia<sup>38</sup>, foi adotada pela doutrina e é, hoje, incontornável. No *franchising* de distribuição, o franquiado limita-se a, no seu estabelecimento, vender produtos da marca do franquizador, fabricados ou apenas comercializados por este, cujo uso lhe foi cedido, sob a imagem do franquizador e de acordo com a sua fórmula, usada universalmente naquela rede. No *franchising* de produção, é o próprio franquiado que fabrica os produtos, de acordo com as instruções do franquizador e sob a sua marca e fórmula. Por fim, no *franchising* de serviços, o franquiado presta um serviço ao público sob a imagem, denominação comercial e marca do franquizador, conforme as suas instruções e fórmula<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 212 ss e IDEM, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in *Direito e Justiça*, *ob. cit.*, pp. 113 ss. F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, pp. 70 ss realça que, na prática, surgem diversas fórmulas híbridas, em que se combinam a produção e distribuição de produtos e a prestação de serviços.

<sup>38</sup> Vd. *supra* nota de rodapé n.º 8.

<sup>39</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 212 ss.

## 4. CONTEÚDO ESSENCIAL DO CONTRATO DE *FRANCHISING*

### 4.1. CONTEÚDO ESSENCIAL

A doutrina e a jurisprudência têm vindo a consolidar o conteúdo obrigatório dos contratos de *franchising*, ou seja, aquilo que constitui a sua estrutura básica. Deste modo, perante a presença destas cláusulas-padrão, é possível qualificar um contrato como de *franchising*, independentemente do *nomen iuris* que as partes lhe derem. Também têm sido compiladas cláusulas que, não sendo essenciais, constituem obrigações a que frequentemente as partes se vinculam<sup>40</sup>.

Há um consenso de que o conteúdo obrigatório do contrato de *franchising* é composto por disposições relativas à:

- concessão de licença de uso de sinais distintivos do comércio do franquizador e/ou concessão de licença de uso de marca;
- obrigação de uso dos sinais distintivos do comércio e/ou marca do franquizador;
- transmissão de saber-fazer;
- prestação de assistência do franquizador ao franquiado;
- obrigações pecuniárias do franquiado ao franquizador;

---

<sup>40</sup> Sobre o conteúdo não essencial vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 198 ss. A autora também refere uma terceira categoria de conteúdo, constituído pelas obrigações necessariamente decorrentes do conteúdo essencial do contrato de *franchising*, IDEM, *Ibidem*, pp. 194 ss e IDEM, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, *ob. cit.*, in *Direito e Justiça*, pp. 111 ss.

- controlo da atividade do franquiado pelo franquizador<sup>41</sup>.

#### **4.2. A LICENÇA DE USO DE SINAIS DISTINTIVOS DO COMÉRCIO E/OU LICENÇA DE USO DE MARCA E A OBRIGAÇÃO DO SEU USO EFETIVO**

A concessão de licença de uso de sinais distintivos do comércio e/ou licença de uso de marca<sup>42</sup> pelo franquizador ao franquiado ou, noutros termos, a transmissão de uma imagem de marca, com a obrigação recíproca de efetivamente a usar, constitui um dos mais importantes elementos do contrato de *franchising*.

A fórmula abrangente de imagem de marca parece-nos a mais adequada, já que, para além dos tradicionais direitos de propriedade industrial (marca, patente, logótipo, modelo de utilidade e desenhos), também podem ser incluídos *slogans* publicitários, modelos de decoração dos estabelecimentos, da indumentária do pessoal e de organização do espaço<sup>43</sup>. O mais relevante é que sejam elementos de captação de clientela, que confirmam uma aparência uniforme e homogénea aos vários estabelecimentos<sup>44</sup> e outros meios de comercialização da rede de *franchising* em causa, constituindo um pressuposto da integração do franquiado nessa mesma rede<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Seguindo a enumeração de L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 30, que reflete a maior parte da doutrina nacional e estrangeira que será de seguida referida.

<sup>42</sup> Para um estudo do regime em Espanha, vd., por todos, M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 113 ss.

<sup>43</sup> Para M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 160 ss é uma condição essencial para a existência de uma imagem de marca que esta seja constituída por uma marca com notoriedade, implantada no mercado e já explorada através de unidades piloto.

<sup>44</sup> Como diz A. DIAS PEREIRA, *Da Franquia de Empresa (Franchising)*, in BFDUC, vol. LXXIII, 1997, p. 273, através do contrato de *franchising* dá-se "...a clonagem de empresas...", em que o "...estabelecimento do franquiado é uma encarnação da empresa do franquizador...", "...n[o] mercado espaço-temporalmente circunscrito [d]o contrato...".

<sup>45</sup> C. FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 151; J. LELOUP, *La Franchise – Droit et Pratique*, 1991, p. 82 e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, p. 109.

Pensamos que seja necessário dar o devido destaque à concessão de licença de uso de marca, pois é através da marca que a clientela melhor identifica os produtos e serviços em causa. A marca é, afinal, o principal elemento aglutinador, contribuindo para a criação de uma imagem homogénea da rede e para a formação de expectativas relativas à proveniência e qualidade dos produtos e serviços prestados. Nas palavras de M. FÁTIMA RIBEIRO, "...se é verdade que, numa primeira fase, o produto ou serviço se notabilizou pela sua qualidade e pelas suas características, não é menos certo que, num segundo momento, no espírito dos consumidores a imagem dessa qualidade passa a estar ligada aos sinais distintivos...", em especial de "...uma marca implantada no mercado...", já que é esta última que, na nossa opinião, é de mais fácil retenção para a clientela. Não é sem motivo, afinal, que os esforços publicitários se desenvolvem maioritariamente em torno da marca, em detrimento dos outros sinais distintivos<sup>46</sup>.

Não nos parece possível existir um contrato de *franchising* sem a transmissão de algum sinal distintivo<sup>47</sup>, já que são estes que permitem, nas palavras de L. PESTANA DE VASCONCELOS, que a nova unidade seja "...vista imediatamente como um elo de uma rede existente e firmemente implantada no mercado..."<sup>48</sup>. Na nossa opinião, os sinais distintivos são o elemento essencial que dá valor patrimonial ao *franchising*. Assim, em princípio, quanto mais notória a imagem de marca transmitida, maior será o valor económico da sua transmissão<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 150 ss. e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>47</sup> Em sentido contrário, I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 335.

<sup>48</sup> L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 33.

<sup>49</sup> Acrescentam (e bem) BUSSANI E CENDON, *I Contratti Nuovi*, 1989, p. 421 que a necessidade que a doutrina aloca à transmissão de direitos materiais ou imateriais, como os sinais distintivos, decorre da

Todavia, o mesmo poderá já não ser verdade em relação à ausência de uma licença de uso de marca. De facto, vários são os autores<sup>50</sup> que a consideram essencial, devido ao seu papel de atração da clientela, pelo que interpretam latamente o conteúdo da licença de uso, nele incluindo o direito de aposição da marca nos produtos e mesmo o direito de a fabricar e comercializar. Já outros<sup>51</sup>, lembram que, num *franchising* de produção, o processo de fabrico poderá basear-se numa licença de saber-fazer, cujo objeto é uma informação secreta ou confidencial com valor competitivo, mas que não é protegida pelo direito da propriedade industrial, não sendo, conseqüentemente, necessário licenciar o uso da marca em si. E que, num *franchising* de distribuição, poderá ser dispensada a licença de uso da marca, se esta já for aposta nos bens comercializados pelo próprio franquizador. Não nos parece que deva vingar esta conceção restrita de licença de uso de marca. Sucede que, para nós, a separação entre licença do uso de marca e licença de aposição de marca e licença de comercialização de marca é, no seu essencial, fictícia. Está sempre em causa um uso daquela marca, apenas a amplitude desse uso é que varia consoante a vontade das partes<sup>52</sup>.

---

demarcação do contrato de *franchising* de outros contratos onde o autor transmite a outrem apenas a ideia base de um negócio, em troca de prestações pecuniárias periódicas.

<sup>50</sup> Neste sentido, vd. M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 158 ss, que é perentória na sua afirmação que "... não se encontra nenhum contrato de franquia em que o franquizador não conceda ao franquiado o direito de utilizar uma marca bem implantada junto do público...", pelo que, só através desta obrigatoriedade é que se poderá afastar as "falsas franquias" e concluir que o objeto do contrato de *franchising* é a exploração da imagem de marca do franquizador, se bem que aceitando que, nos *franchisings* de distribuição, poderá existir apenas uma licença de uso de marca, que só poderá ser incluída numa conceção lata de licença de marca. Vd. também G. VIRASSAMY, *Les Contrats de Dépendance*, 1986 p. 82; J. LELOUP, *ob. cit.*, p. 46; BUSSANI E CENDON, *ob. cit.*, pp. 431ss; G. FOSSATI, *Il Franchising*, 1995 p. 23; A. DASSI, *ob. cit.*, pp. 28 ss e M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>51</sup> Neste sentido, vd., por todos, L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 32 e C. FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 151.

<sup>52</sup> Num sentido muito próximo, M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 111 ss entende que a própria jurisprudência tem dificuldade em distinguir entre a licença de uso de marca e o contrato de *franchising*, devido à sua relevância, pelo que a licença deve ser entendida de forma lata, de modo a englobar os direitos de aposição de marca, de fabrico e de comercialização, assim incluindo-a mesmo nos *franchisings* de distribuição.

Por fim, perante a transmissão da imagem de marca, o franquiado fica sujeito a uma obrigação de efetivamente usar todos os sinais distintivos que a constituam. O uso efetivo divide-se numa obrigação positiva do franquiado usar e promover a imagem de marca e numa obrigação negativa, devendo o franquiado abster-se de qualquer ato lesivo que possa diminuir o valor patrimonial da imagem de marca<sup>53</sup>. Por outro lado, o franquiador tem a obrigação de defender a marca perante usos ilegítimos por terceiros, máxime, falsificação e de controlar a qualidade dos produtos produzidos/comercializados pelo franquiado, de modo a não prejudicar a imagem de marca<sup>54</sup>.

#### **4.3. A TRANSMISSÃO DE SABER-FAZER PELO FRANQUIADOR AO FRANQUIADO**

A transmissão de saber-fazer é um elemento indispensável e definidor de qualquer contrato de *franchising*, dado que o direito de exploração ou a mera aposição de uma marca não é suficiente para criar na clientela a ficção de uma proveniência comum dos produtos ou serviços em causa. Este deve ser obrigatoriamente associado a uma atuação padronizada e uniforme de cada franquiado, que lhe permita reiterar o sucesso e a originalidade do franquiador, assim como contribuir para a conservação da integridade da imagem de marca que representa, nomeadamente da sua reputação, podendo mesmo melhorar a sua posição concorrencial<sup>55</sup>. Por este motivo, para M.

---

<sup>53</sup> S. BORGES MORAIS, *ob. cit.*, p. 289. Sobre este tema, vd., em especial, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 161 e 181 ss e G. VIRASSAMY, *ob. cit.*, p. 83.

<sup>54</sup> M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 117 ss e 148.

<sup>55</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 166 ss, IDEM, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in *Direito e Justiça*, *ob. cit.*, pp. 104 ss, S. BORGES MORAIS, *ob. cit.*, p. 288 e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 34. Vd., também, J. LELOUP, *ob. cit.*, p. 47 e pp. 81 e 82, sobre a identidade de imagem e a identidade de serviços como elementos da unidade de ação de integração dos franquiados na rede. Para M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 120 ss e 147, o cumprimento

MIRAVALLS, um contrato de *franchising* que não incluía a transmissão de saber-fazer é nulo, por falta de objeto, sendo esta interpretação apoiada pela jurisprudência espanhola<sup>56</sup>.

Neste âmbito, têm especial relevo as disposições do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 (doravante, “Regulamento”)<sup>57</sup>. Há que ter em conta que este Regulamento já foi revogado, todavia, a sua definição de saber-fazer é particularmente clara, pelo que continua a ser utilizado como fonte para a interpretação do conceito.

Ora, segundo o Regulamento, saber-fazer era o “... pacote de informações práticas não patenteadas, resultantes de experiências e ensaios efetuados pelo fornecedor, secretas, substanciais e identificadas...”, características às quais a doutrina tipicamente acrescenta a transmissibilidade.

A interpretação do conceito de “segredo” não deve ser restritiva, já que o Regulamento esclarecia que bastava que “...enquanto conjunto, ou na sua configuração específica e montagem dos seus componentes, não [fosse] normalmente conhecido ou de fácil obtenção...”<sup>58</sup>. Assim, ainda que nenhum dos elementos seja, por si só, original, o que releva é que no seu conjunto transmitam um sentido de novidade e aos quais o franquiado, de outro modo, não teria acesso sem um considerável esforço, tempo ou dinheiro. Consequentemente, a conservação da confidencialidade do saber-fazer é essencial para manter o seu valor económico, fundamentando as obrigações normalmente associadas de segredo e de não-

---

escrupuloso do saber-fazer transmitido é uma obrigação essencial do franquiado, desde que dentro dos limites do contrato.

<sup>56</sup> M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, pp. 106 ss.

<sup>57</sup> Disponível como anexo a L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 243 ss.

<sup>58</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 246 e 247.

concorrência<sup>59</sup>. As partes podem ampliar a obrigação de segredo, dispondo que o franquiado nunca pode utilizar o saber-fazer, mesmo que se trate de uma utilização num contexto não-concorrencial<sup>60</sup>.

Já por substancial, o Regulamento entendeu que “...o saber-fazer inclui informações indispensáveis ao comprador para a utilização, venda ou revenda de bens ou serviços contratuais...”<sup>61</sup>. A transmissão de saber-fazer é útil ao franquiado, já que lhe permitindo melhorar a sua posição concorrencial, dando-lhe uma vantagem competitiva, função esta com um forte valor económico. Para que este valor económico não deprecie, o franquiador deve continuamente renovar o saber-fazer, adaptando-o à evolução do mercado e às novas exigências da clientela, deste modo contribuindo para o carácter dinâmico do *franchising*<sup>62</sup>. É verdade que o franquiado atua com autonomia jurídica e que o franquiador não é responsável pelo sucesso económico do negócio. Porém, na nossa opinião, se os fracos resultados forem uma consequência direta do incumprimento das obrigações do franquiador, nomeadamente, não impedindo utilizações abusivas do saber-fazer e da imagem de marca por terceiros, nem os acionando judicialmente, então, em *ultima ratio*, poderá ser responsabilizado pelo franquiado afetado.

O requisito de que as informações deviam ser “identificadas” é, no seu fundamental, formal e não substancial, pois aquilo que, de acordo com o Regulamento, estava em

---

<sup>59</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 357; M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 171 ss; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 36 ss e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, p. 121.

<sup>60</sup> M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 126.

<sup>61</sup> Disponível como anexo a L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 246 e 247.

<sup>62</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 358; M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 174 ss; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 40 ss e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 121 ss.

questão era que o saber-fazer fosse descrito num documento ou conjunto de documentos (o *package*) “...de uma forma suficientemente abrangente a fim de permitir verificar se preenche os critérios de confidencialidade e substancialidade...”<sup>63</sup>. O *package* incorpora, por regra, manuais de vendas, de normas gráficas, de decoração-tipo, de procedimento e de conduta económico-financeira e jurídica<sup>64</sup>. A transmissão do *package* ilustra a transmissibilidade do saber-fazer, pois, em teoria, a partir deste documento é possível que um qualquer terceiro reproduza com sucesso aquele saber-fazer<sup>65</sup>. Ainda assim, poderá ser necessário fazer algumas pequenas adaptações ao mercado em que o *franchising* será implantado, especialmente tendo atenção à cultura local, mas sempre com o limite máximo da manutenção da integridade e homogeneidade da rede<sup>66</sup>.

Por fim, é necessário que o saber-fazer tenha sido experimentado pelo franquiador, de modo a que seja fiável e viável a repetição do seu modelo e justificada a expectativa de um retorno económico mínimo. Por este motivo, é fundamental que o modelo franquiado seja desenvolvido e testado em centros ou unidades-piloto, antes

---

<sup>63</sup> Vd. *supra* nota de rodapé n.º 57.

<sup>64</sup> Sobre o conteúdo típico do *package*, vd., por todos, na doutrina nacional, M. PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 144. Para um estudo aprofundado, vd., na doutrina estrangeira, BUSSANI E CENDON, *ob. cit.*, p. 426; G. SALA, *Il Franchising*, 1994, p. 34, que considera o *package* parte integrante do contrato de *franchising*; G. SANTINI *apud* G. FOSSATI, *ob. cit.*, pp. 21 e 22 e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 122 ss que cita jurisprudência espanhola que se pronunciou sobre o conteúdo do saber-fazer transmitido. Para M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 107 não basta a transmissão do *package* para a transmissão do saber-fazer, sendo indissociável da obrigação de formação e de assistência, ainda que, para o mesmo autor, esta se considere cumprida aquando o final da formação inicial ou a abertura do estabelecimento do franquiado.

<sup>65</sup> Sobre a relação entre a assistência técnica e a apreensão e fruição do saber-fazer transmitido, vd., por todos, G. FIGUEIREDO DIAS, *A Assistência Técnica nos Contratos de Know-How*, in *Studia Iuridica*, n.º10, 1995.

<sup>66</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 356; M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 175 ss e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 39.

do seu lançamento e quando se pretende a penetração num mercado novo com características culturais diferentes<sup>67</sup>.

#### **4.4. A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA PELO FRANQUIADOR**

A prestação de assistência técnica pelo franquizador ao franquiado é uma obrigação essencial, que se prolonga ao longo de toda a relação contratual. Para alguns autores<sup>68</sup>, a prestação de assistência técnica é muito relevante para a efetiva fruição do saber-fazer transmitido e da manutenção da imagem de marca. *In extremis*, para M. MIRAVALLS, a prestação de assistência técnica é uma consequência do sinalagma funcional do contrato, em contraposição à obrigação do franquiado explorar o bem jurídico complexo que é o modelo de empresa<sup>69</sup>.

Efetivamente, a assistência técnica auxilia a correta apreensão do saber-fazer. Por este motivo, pensamos que a assistência técnica contribui para minimizar os riscos de adaptação à imagem de marca e ao mercado e para otimizar os resultados do franquiado, só assim se garantindo que não há uma deterioração da imagem de marca que o franquiado representa.

O conteúdo da assistência técnica varia consoante a modalidade do *franchising*, o franquiado, o mercado e a etapa da relação contratual. Em *ultima ratio*, constitui toda a ajuda necessária à implantação ou preservação da imagem de marca do franquizador, através da transmissão de diretrizes técnicas já experimentadas pelo

---

<sup>67</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 358; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 39; G. VIRASSAMY, *ob. cit.*, p. 83; G. FOSSATI, *ob. cit.*, p. 23 e CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *ob. cit.*, p. 256.

<sup>68</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 361; S. BORGES MORAIS, *ob. cit.*, p. 288; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 42 e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, p. 124.

<sup>69</sup> M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 109.

franquiador. No entanto, tem como limite a necessidade de conservação da autonomia jurídica do franquiado, não podendo o franquiador substituir-se ao franquiado na gestão do seu estabelecimento<sup>70</sup>.

A obrigação de assistência técnica é uma mera obrigação de meios e não de resultado, pelo que o franquiador cumpre a sua obrigação ao prestar assistência de forma diligente, de modo a que o franquiado possa ter sucesso na aplicação daquela fórmula empresarial, mas não o garante, salvo se tal estiver expressamente previsto no contrato<sup>71</sup>. Todavia, se o franquiador não cumprir a obrigação de assistência técnica, em especial, se esta tiver sido requerida pelo franquiado, haverá um incumprimento contratual, sancionado com a possibilidade de resolução do contrato pelo franquiado<sup>72</sup>.

O dever de assistência técnico é especialmente relevante e amplo nas primeiras etapas do *franchising*, ainda antes do início da atividade do franquiado, através de um período de formação prévia, que visa colmatar a inexperiência comercial do franquiado e, eventualmente, do seu pessoal<sup>73</sup>. No entanto, também a assistência sucessiva é essencial para a manutenção e gestão da imagem de marca.

---

<sup>70</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 361; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 42 e FRIGNANI *apud* A. DASSI, *ob. cit.*, p. 33 assinala os diferentes conteúdos da assistência consoante a modalidade do franchising. J. LELOUP *apud* M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 180 lembra-nos que qualquer assistência que ultrapasse o conteúdo previsto no contrato deverá ser solicitada, de outro modo podendo constituir uma violação da independência jurídica do franquiado.

<sup>71</sup> M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 124 ss.

<sup>72</sup> M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 110 destaca que há jurisprudência que se satisfaz com a prova de meros indícios, como a requisição, por escrito, de assistência, para determinar se houve um incumprimento.

<sup>73</sup> Sobre a formação inicial e a formação permanente do pessoal e do próprio franquiado vd., por todos, A. DASSI, *ob. cit.*, pp. 31 ss. M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 109 defende que o franquiador tem de fazer alterações à sua fórmula de modo a adaptar-se ao mercado em permanente mutação, pelo que, consequentemente, também tem a obrigação de transmitir estas alterações aos vários membros da rede.

#### 4.5. AS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS

Há duas principais modalidades de obrigações pecuniárias a que o franquiado pode estar obrigado<sup>74</sup>: prestação inicial e/ou prestações periódicas.

O pagamento de uma prestação inicial, normalmente designado por direito de entrada (*front money* ou *initial fee*), a pagar na data de assinatura do contrato, é um traço comum da maior parte dos contratos de *franchising*, ainda que nada impeça as partes de acordarem diversamente e dispensarem esta prestação, de modo a reduzir o risco inicial para o franquiado e a promover a colaboração das partes ao longo do tempo<sup>75</sup>. A doutrina associa-lhe diversas funções, em especial, mas não exclusivamente<sup>76</sup>, a de contrapartida devida ao franquizador pela mais-valia que é a implantação de uma fórmula comercial, já estruturada e com êxito no mercado, face aos concorrentes que entram no mercado e ainda têm de criar uma imagem de marca própria<sup>77</sup>.

Quanto à obrigação de prestações periódicas ou *royalties*, estas tendem a ser proporcionais ao volume de negócios realizado. Todavia, várias fórmulas de cálculo

---

<sup>74</sup> A. DASSI, *ob. cit.*, p. 35 lembra que a jurisprudência italiana não reconhecia a essencialidade da previsão de uma contrapartida pecuniária para a existência de um contrato de *franchising*, até que o art. 3º, n.º 4 da *Legge* 129/2004 a consagrou expressamente.

<sup>75</sup> Esta tendência das partes prescindirem o direito de entrada é comum na Europa. Já nos Estados Unidos, a tendência é a contrária, com o franquizador a pagar um direito de entrada avultado, mas a não pagar ou a pagar apenas um valor diminuto a título de prestações periódicas, assim diminuindo o risco para o franquizador, que antecipa a sua remuneração e que demonstra um forte poder contratual. Assim, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 189 ss; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 45 e BUSSANI E CENDON, *ob. cit.*, p. 423.

<sup>76</sup> Efetivamente, a doutrina também atribui ao direito de entrada a função de uma caução por depósito, dado que garante um período mínimo da duração do contrato, pois é improvável que o franquiado, após o seu pagamento, abandone a rede, sem antes tentar obter, pelo menos, o retorno do seu investimento, M. PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 141 e M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 188. Também lhe é atribuída a função de remuneração inicial, visando compensar o franquizador pelo custo de conceção da fórmula comercial franchisada, IDEM, *Ibidem*.

<sup>77</sup> M. PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 141; M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 187 ss; L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 45 e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, p. 142. Sobre as diferentes consequências jurídicas da extinção antecipada do contrato, conforme as funções atribuídas ao direito de entrada, vd., por todos, M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, pp. 112 ss.

podem ser utilizadas, consoante o comportamento que se visa incentivar. Assim, é possível, a título de exemplo, estabelecer um regime misto, em que as prestações periódicas são diretamente proporcionais até um determinado volume de negócios, a partir do qual, uma taxa inversamente proporcional é aplicada, de modo a incentivar o franquiado a maximizar o seu crescimento e a não ocultar resultados positivos<sup>78</sup>. Também é usual prever-se um quantitativo mínimo periódico, mesmo sem existir a obrigação de prestações periódicas, de modo a contribuir para um fundo comum para investimento publicitário e institucional e para outras despesas da rede, como a prestação de assistência fiscal e jurídica de qualidade<sup>79</sup>.

Há que realçar que um contrato de *franchising* não tem de prever uma obrigação de entrada seguida de obrigações periódicas, podendo prever apenas uma destas ou, na nossa opinião, até prevendo apenas outras obrigações pecuniárias. De facto, as partes são livres de complementar e, na nossa opinião, totalmente substituir estas formas de contrapartida tradicionais, por outros tipos de prestações. Merecem destaque os “*royalties* ocultos”, onde o franquiador retira a sua remuneração do preço dos bens que fornece ao franquiado, através de uma percentagem no preço de venda e através de uma cláusula de compra mínima. Este tipo de cláusula transfere ainda mais o risco para o franquiado. Ainda assim, é uma cláusula que surge frequentemente nos contratos, quando o franquiador fornece os bens que serão distribuídos pelo franquiado. Neste quadro, o franquiador também impõe ao franquiado uma obrigação de compra de um volume mínimo de produtos, num determinado período de tempo,

---

<sup>78</sup> Neste sentido, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 190. Sobre as diferentes fórmulas de cálculo da retribuição e a sua complementaridade, vd. M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, p. 115.

<sup>79</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 362 e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 45. BUSSONI E CENDON, *ob. cit.*, pp. 423 ss destacam a possibilidade de acrescer aos *royalties* uma margem – *ricarichi* – que cubra os custos de armazenamento e de transporte do produto.

ou uma obrigação de garantir um mínimo de vendas, por vezes surgindo associada a uma cláusula penal, pelo incumprimento dos objetivos acordados<sup>80</sup>.

Estas modalidades complementares ou alternativas de contraprestações não são pacíficas. Houve, aliás, em França, uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a legitimidade dos “*royalties ocultos*”, já que o contrato pode apenas fazer uma referência a um preço a ser fixado em catálogo, em momento ulterior e unilateralmente, pelo franquizador. Se uma primeira corrente jurisprudencial reconheceu a nulidade destes contratos, a tendência atual é de distinguir unilateralidade de arbitrariedade, na fixação dos preços, pelo que a unilateralidade deixa, por si só, de garantir a invalidade dos contratos. Assim, nestas situações, transfere-se o momento relevante para aferir do vício da formação do contrato para a sua execução<sup>81</sup>.

O investimento inicial na montagem do estabelecimento também poderá ser incluído no âmbito das obrigações pecuniárias, porque, muitas vezes, o equipamento é adquirido ou locado ao franquizador<sup>82</sup>.

Este investimento inicial tende a ser muito elevado e, em muitos casos, é um *sunk cost*, já que, fora daquela rede de *franchising* pode depreciar ou perder totalmente de valor. Por exemplo, será um *sunk cost* a aquisição de equipamento para a produção de um bem, que não pode ser reconvertido para a produção de outros bens. Este facto coloca o franquiado numa posição de especial vulnerabilidade, mais suscetível a ser vítima de oportunismo do franquizador, que, sabendo que o franquiado tem interesse

---

<sup>80</sup> L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 45, 49 e 50.

<sup>81</sup> M. TOLEDANO, *ob. cit.*, p. 143. A autora lembra que, em *ultima ratio*, a fixação dos preços será limitada pelas regras do Direito da Concorrência.

<sup>82</sup> L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 48.

em se manter naquela relação contratual até amortizar o investimento inicial, pode aumentar o custo dos produtos fornecidos, o valor dos *royalties*, a renda dos bens locados, ou de outro modo se aproveita do estado do franquiado <sup>83</sup>.

#### **4.6. A OBRIGAÇÃO DE O FRANQUIADO SUPORTAR O CONTROLO DO FRANQUIADOR E A OBRIGAÇÃO DE O FRANQUIADOR O EXERCER**

Para que a qualidade dos produtos, serviços e, no geral, a imagem de marca do franquiador não se deteriore, o franquiado tem a obrigação de se subordinar a um apertado controlo e a uma rigorosa fiscalização da sua atividade <sup>84</sup>. Apenas assim será possível assegurar a integridade, homogeneidade e reputação da imagem de marca partilhada pela rede de *franchising*. Deste modo, podemos destacar a existência de uma correlação entre o efetivo exercício de um controlo legítimo, o êxito do negócio e a confiança entre as partes <sup>85</sup>.

O controlo é exercido ao longo de toda a relação contratual e sob as mais diversas formas e não deve ser visto pelo franquiado como uma forma de despotismo, apenas como o método do franquiador reconhecer que erros estão a ser praticados e evitar que estes desvalorizem a rede <sup>86</sup>. Em especial, realça-se o controlo *ex ante*, através da codificação do comportamento do franquiado em manuais, transmitidos no *package* ou em momento posterior, e através da centralização de decisões, reduzindo a

---

<sup>83</sup> G. HADFIELD, *Problematic Relations: Franchise and the Law of Incomplete Contracts*, in SLR, vol. 42, 1990, pp. 13 e 14.

<sup>84</sup> L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 42 ss.

<sup>85</sup> Afirmando serem estes os pilares do exercício do controlo, D. CASTRO, N. GARCÍA E R. CATALUÑA, *El Sistema de Franquicia*, 2005, p. 125.

<sup>86</sup> M. MENDEZ E J. P. LEHNISCH, *Comment Réussir en Franchise*, 1991, p. 93 e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, p. 150.

margem de liberdade e de discricionariedade do franquiado. Também é comum o exercício de um controlo *ex post*, através da realização de inspeções e da solicitação de informação periódica<sup>87</sup>.

O principal limite a este controlo é a manutenção da autonomia jurídica e de gestão do franquiado, de modo a não descaracterizar a relação de *franchising*. Deste modo, a quantidade de normas a que o franquiado está sujeito não deve tornar o seu quotidiano insuportável<sup>88</sup>, até que, na nossa opinião, tal poderá ter um efeito perverso e levar a um incumprimento generalizado, seja por desconhecimento, fadiga ou insurreição.

Também do Regulamento (CEE) n.º 4087/88, de 30 de novembro, lembramos, já revogado, mas ainda relevante como fonte interpretativa<sup>89</sup>, decorria um limite funcional ao exercício do controlo. Assim, de acordo com o art. 9º, e), este apenas seria legítimo se motivado pela “...proteção do saber-fazer do franqueador, a manutenção da identidade comum e da reputação da rede franqueada ou a verificação do respeito por parte do franqueado das obrigações decorrentes do acordo”. Ou seja, a finalidade do controlo seria o seu próprio limite, pelo que o controlo só seria válido se visasse, na nossa opinião, a proteção da imagem de marca partilhada pela rede, já que a esta se podem reconduzir todas as hipóteses previstas pelo legislador comunitário.

---

<sup>87</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 191 ss. e M. MENDEZ E J. P. LEHNISCH, *ob. cit.*, p. 95.

<sup>88</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 364; M. FÁTIMA RIBEIRO, *Contrato de Franquia (Franchising)*, p. 193; e M. MENDEZ E J. P. LEHNISCH, *ob. cit.*, p. 95. Por outro lado, A. DASSI, *ob. cit.*, p. 36 considera que quanto mais completo for o manual de comportamento onde é exposto o *modus operandi* do franquiador, maior será a uniformidade da rede.

<sup>89</sup> Vd. *supra* 2.2, em especial, as notas de rodapé n.º 8 e 9.

Sucedem que a obrigação de controlo também constitui um dever para o franquizador<sup>90</sup>, já que, se este for negligente e não velar pela imagem de marca da rede, alguns franquizados, os *free riders*<sup>91</sup> poderão diminuir os padrões de qualidade exigidos, de modo a reduzir os seus custos. Consequentemente, os *free riders* denigrem a imagem de marca partilhada e prejudicam o franquizador e os outros franquizados. Por este motivo, vários autores defendem, na nossa opinião, com razão, que se um franquizador não cumprir o seu dever de controlo, poderá ser contratualmente responsável pelos prejuízos causados aos outros franquizados, que também terão um direito de resolver o contrato<sup>92</sup>.

Quanto à possibilidade de o franquizado demandar não apenas o franquizador pelo incumprimento do dever de controlo, mas também, em alternativa ou litisconsórcio, o franquizado *free rider*, culpado dos comportamentos oportunistas, há uma querela doutrinal<sup>93</sup>. Na nossa opinião, o franquizado afetado poderá demandar o franquizado *free rider*. Isto pois, cada membro da rede tem um interesse direto na manutenção do cumprimento contratual dos outros membros, já que, é diretamente prejudicado se a imagem de marca que representa for deteriorada, independentemente de, por sua parte, cumprir escrupulosamente o contrato. Apenas esta opção nos parece refletir as

---

<sup>90</sup> Um dever que é oneroso para o franquizador, pelo que os custos de monitorização e controlo da rede deverão ser tidos em conta, ao longo da constituição e crescimento da rede, G. SALA, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>91</sup> No âmbito da análise económica do Direito, o comportamento de um franquizado que diminui os custos exigidos pela manutenção dos padrões de qualidade e, deste modo, se aproveita do esforço dos outros franquizados é denominado de *horizontal free riding*, daí se fundamentando a utilização da terminologia franquizado *free rider*, A. DNES *apud* L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 44. Sobre este tema, vd., entre nós, por todos, FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, 2007.

<sup>92</sup> I. OLIVEIRA ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 364 e M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 192, que considera que esta situação poderá constituir um incumprimento contratual, pelo que, deduzimos, razão justificativa para que um franquizado resolva o contrato.

<sup>93</sup> Para L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 43 o franquizado apenas tem direito de ação relativamente ao franquizador e não em relação aos *free riders*. Em sentido oposto, vd. J. LELOUP, *ob. cit.*, p. 87.

relações de interdependência decorrentes da construção desta rede contratual com uma imagem de marca partilhada.

## **5. A RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA**

### **5.1. O DESEQUILÍBRIO DA RELAÇÃO CONTRATUAL**

É comum, na doutrina, afirmar-se que a relação firmada entre as partes de um contrato de *franchising*, nos termos acima estudados, padece de um desequilíbrio, que deverá ser corrigido através da proteção da parte mais fraca, o franquiado<sup>94</sup>.

O desequilíbrio entre as partes tem duas vertentes que, na nossa opinião, deverão ter soluções jurídicas muito diferentes: uma, quando se imputa um desequilíbrio ao contrato de *franchising* executado nos seus moldes tradicionais e já expostos, pelo motivo da dependência económica do franquiado; outra, quando o desequilíbrio resulta de um desvio às características do contrato de *franchising*, muitas vezes através da amplificação do poder de controlo do franquiador ou mesmo da ingerência na gestão da sociedade do franquiado, que, *in extremis*, põe em cheque a sua autonomia jurídica.

### **5.2. A DEPENDÊNCIA ECONÓMICA DO FRANQUIADO**

#### **5.2.1. Contrato de Dependência**

É habitual, na doutrina, afirmar-se que os vínculos decorrentes da relação entre franquiado e franquiador, no âmbito do contrato de *franchising*, levam a uma

---

<sup>94</sup> Vd., por todos, as considerações sobre este tema de M. FÁTIMA RIBEIRO, “O Contrato de Franquia (*Franchising*)”, 2001, pp. 87 ss e IDEM, “O Contrato de Franquia (*Franchising*)”, *ob. cit.*, in Direito e Justiça, pp. 94.

subordinação económica do primeiro, que fica sobre a dependência económica do segundo<sup>95</sup>. Por este motivo, o contrato de *franchising* é, tradicionalmente, enquadrado no âmbito dos contratos de dependência.

Segundo G. VIRASSAMY, autor da obra de referência sobre as relações de dependência, há três premissas que devem ser verificadas para determinar se existe uma situação de dependência económica: a existência de uma relação contratual; a importância dessa relação contratual para a subsistência ou existência do franquiado; e a permanência e regularidade dos laços contratuais<sup>96</sup>.

Na nossa opinião, em regra, verifica-se a presença das premissas enunciadas, nos contratos de *franchising*. Quanto à primeira premissa, não há dúvidas de que, havendo um contrato de *franchising*, existirá uma relação contratual entre franquiador e franquiado. Quanto à terceira premissa, também não temos dúvidas de que decorre do conteúdo essencial do contrato de *franchising* a existência de uma relação duradoura, permanente e de estreita colaboração entre franquiador e franquiado. Quanto à segunda premissa, ainda que a sua verificação não seja inquestionável, pensamos que, normalmente, também o será.

Efetivamente, como M. FÁTIMA RIBEIRO expõe, o franquiado poderá ter outros meios de subsistência económica e facilmente se adaptar ao insucesso comercial do

---

<sup>95</sup> Vd., nomeadamente, as considerações sobre este tema de IDEM, *Ibidem*, pp. 98 ss e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 89 e 90.

<sup>96</sup> G. VIRASSAMY, *ob. cit.*, pp. 135 ss. Para o autor, a noção de dependência económica não deve ser utilizada como um critério de qualificação de contratos. O papel e a utilidade da noção de dependência económica é permitir distinguir os contratos executados numa situação de vassalagem perante a contraparte, de modo a submetê-los às exigências da boa-fé e da lealdade contratuais, IDEM, *Ibidem*, p. 142.

*franchising*<sup>97</sup>. Todavia, ao contrário da autora, pensamos que não devem ser tidos em conta estes eventuais fatores externos à relação contratual entre franquiado e franquidor para verificar se há uma dependência económica. Na nossa opinião, tal como M. PEREIRA BARROCAS defende, a existência de dependência económica deve ser relativizada, ou seja, deve ser aferida apenas em função da relação entre as partes decorrente do contrato de *franchising* e do circuito comercial em que o franquiado atua<sup>98</sup>. Adotamos esta posição por dois motivos. Em primeiro lugar, porque as hipóteses de o franquiado ser totalmente independente do franquidor são remotas, ao ponto de serem quase meramente académicas. A maior parte das vezes, o franquiado retira os seus meios de subsistência, pessoais ou da sociedade, da prossecução daquela atividade<sup>99</sup>. Em segundo lugar, porque ter em conta fatores externos introduz uma fonte de incerteza jurídica que, na nossa opinião, deve ser evitada.

No mesmo sentido, também A. DIAS PEREIRA afirma que ainda que o franquiado seja um comerciante juridicamente independente, o seu estabelecimento não é autónomo, estando dependente do contrato de *franchising* e da rede, leia-se empresa, que encarna<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> No sentido de que, nem sempre, a diferente dimensão entre franquidor e franquiado implica uma disparidade no poder económico e contratual, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 83 e 84.

<sup>98</sup> M. PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 152.

<sup>99</sup> G. VIRASSAMY, *ob. cit.*, p. 132. S. BORGES MORAIS, *ob. cit.*, p. 309, acrescenta o relevo da in experiência comercial do franquiado para a sua dependência do franquidor.

<sup>100</sup> A. DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 277.

### 5.2.2. A Dependência Económica no Direito da Concorrência

Também é relevante para o enquadramento e análise da relação entre franquiado e franquiador, na nossa opinião, a figura do abuso de estado de dependência económica, no âmbito do Direito da Concorrência. Entre nós, esta figura foi introduzida pelo D.L. n.º371/93, de 29 de novembro, já revogado, e está, hoje, prevista no art. 12º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio (Regime Jurídico da Concorrência).

Segundo este artigo, “[é] proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.”

Ora, aquando a introdução da figura no ordenamento jurídico português, não existia um consenso relativamente ao enquadramento jurídico e às consequências do abuso do estado de dependência económica, no âmbito do Direito Comunitário<sup>101</sup>. Efetivamente, esta figura surgiu, na jurisprudência comunitária, como uma forma de ressalvar as situações de pressão concorrencial decorrente da dependência de um parceiro comercial obrigatório ou *partenaire obligatoire*<sup>102</sup>, por este não dispor de

---

<sup>101</sup> Sobre a evolução da figura na jurisprudência comunitária, nomeadamente nos acórdãos *Hugin, BP, United Brands, Hoffmann – La Roche e Michelin*, vd., por todos, M. MOURA E SILVA, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, 2010, pp. 435 ss.

<sup>102</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 437. Esta designação decorre do Ac. do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1979, processo 85/76, (*Hoffmann - La Roche vs. Comissão das Comunidades Europeias*), disponível em *eur-lex.europa.eu*, no qual a teoria do *partenaire obligatoire* é apresentada, no ponto 41, nos termos seguintes : “la possession d'une part de marche extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente - sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure,

uma alternativa viável. No entanto, a doutrina dividia-se quanto ao enquadramento destas situações no âmbito do art. 82º do TCE<sup>103</sup>, artigo que se referia ao abuso de posição dominante. Alguns autores viam nesta teoria a consagração da posição dominante relativa como estando abrangida pelo art. 82º<sup>104</sup>. Outros, como M. MOURA E SILVA, na esteira de FISHWICK, defendiam que a teoria do *partenaire obligatoire* devia ser confinada aos casos em que a “...empresa dominante [podia] usar essa situação para atuar em detrimento último dos consumidores.”, pelo que a afastavam do âmbito do art. 82º<sup>105</sup>.

Neste quadro, a consagração expressa da teoria do *partenaire obligatoire*, no ordenamento português, através do artigo supracitado, trouxe alguns problemas interpretativos.

Por este motivo, o Conselho da Concorrência, quando foi chamado a pronunciar-se sobre o conceito de abuso de dependência económica, no âmbito dos casos *Centralcer e Unicer*, teve de definir o conceito de estado de dependência económica e densificar o alcance da proibição do abuso<sup>106</sup>.

Quanto à definição de estado de dependência económica, o Conselho da Concorrência entendeu que, entre nós, também seriam aplicáveis os critérios utilizados no direito francês para aferir se os distribuidores estavam numa situação de dependência económica face aos seus fornecedores: notoriedade da marca; quota de

---

tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante”.

<sup>103</sup> Já revogado, mas cujo conteúdo foi transplantado para o art. 102º do TFUE.

<sup>104</sup> M. MOURA E SILVA, *O Abuso ...*, *ob. cit.*, p. 437.

<sup>105</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 438.

<sup>106</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 438 e 439.

mercado do fornecedor; peso dos produtos do fornecedor nas vendas do distribuidor e ausência de solução equivalente<sup>107</sup>.

Quanto ao alcance da proibição do abuso<sup>108</sup>, o Conselho da Concorrência afirmou que este só poderia ser verificado se a conduta tivesse por objeto ou efeito a restrição da concorrência. Como M. MOURA E SILVA esclarece, este é “... um entendimento essencialmente procedimental do conceito de abuso de dependência económica: não é a liberdade empresarial que fica coartada e sim o recurso a meios que acabam por prejudicar não apenas os interesses dos parceiros comerciais dependentes como também implicam o risco de ter implicações ao nível da redução das escolhas dos consumidores.”<sup>109</sup>.

Na nossa opinião, é possível que o franquiado se encontre no estado de dependência económica face ao franquiador, segundo o art. 12º supracitado e a interpretação do Conselho da Concorrência, já que todos os critérios podem, eventualmente, ser verificados no âmbito de uma relação de *franchising*. Aliás, talvez até possam ser de mais fácil verificação, já que a notoriedade da marca do franquiador, para M. FÁTIMA RIBEIRO, é um pressuposto da constituição da rede de *franchising*<sup>110</sup>. E, necessariamente, quando o franquiador for o único fornecedor autorizado do franquiado, verificar-se-ão os critérios do peso dos produtos e da ausência de alternativa.

---

<sup>107</sup> Par. 143, 144 e 145 da Decisão do Conselho da Concorrência no processo n.º 2/99 (UNICER), de 13/07/2000, cujo excerto pode ser consultado em M. MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2008, pp. 652 ss.

<sup>108</sup> Os arts. 12º, n.º 2 e 11º, n.º 2 (por remissão) da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio estabelecem algumas presunções ilidíveis de abuso de dependência económica.

<sup>109</sup> M. MOURA E SILVA, *O Abuso...*, *ob. cit.*, pp. 439 e 441.

<sup>110</sup> Vd. *supra* nota de rodapé n.º 43.

Mesmo que o franquiador não seja o *partenaire obligatoire* do franquiado, é frequente que o contrato de *franchising* tenha disposições que limitem a escolha de parceiros comerciais pelo franquiado (por exemplo, uma cláusula relativa à obrigação do franquiado solicitar e obter o consentimento do franquiador na escolha do fornecedor ou um anexo com a lista de fornecedores autorizados). Na nossa opinião, se a liberdade de escolha do franquiado for seriamente limitada, podemos estar perante uma situação de *partenaire obligatoire*, devendo, eventualmente, ser reconhecido o estado de dependência económica do franquiado. Isto pois, também nesta situação, o franquiado poderá “... não [dispor] de alternativa equivalente.” e verificarem-se os demais critérios enunciados. A diferença face à situação paradigmática de *partenaire obligatoire* é que a fonte da ausência de alternativa é um contrato e não o mercado. Todavia, pensamos que a formulação do art. 12º e da interpretação do Conselho da Concorrência são suficientemente abrangentes para admitir a nossa interpretação.

### **5.2.3. A Proteção do Franquiado**

Como verificamos nos pontos 5.2.1 e 5.2.2 acima, no âmbito de um contrato de *franchising* celebrado nos seus moldes tradicionais, o franquiado encontra-se numa situação de dependência económica em relação ao franquiador.

Por este motivo, na nossa opinião, o franquiado deve ser especialmente protegido em dois momentos: na fase pré-contratual e na cessação do contrato.

### 5.2.3.1. A Fase Pré-Contratual<sup>111</sup>

No momento pré-contratual há, necessariamente, uma assimetria informacional entre franquiador e franquiado. O franquiador é o titular original da ideia que o potencial franquiado irá reproduzir<sup>112</sup> e aquele que, em princípio, melhor conhecerá a rede de *franchising* que o potencial franquiado pretende integrar.

Como no ordenamento jurídico português não há legislação específica aplicável à fase pré-contratual do contrato de *franchising*, deve recorrer-se ao princípio-geral consagrado no art. 227º, n.º 1 do CC: “Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”. A violação deste princípio geral da boa-fé na formação de contratos implica que haja *culpa in contrahendo* da parte violadora.

Tradicionalmente, considera-se que incorre em *culpa in contrahendo* aquele que presta informações falsas ou deficientes à contraparte, principalmente se esta carecer de uma proteção especial, como é, na nossa opinião, o caso do franquiado<sup>113</sup>. Por este

---

<sup>111</sup> Sobre os deveres das partes na fase pré-contratual vd., por todos, na doutrina nacional, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 64 ss e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 76 ss. Em Espanha, vd. M. MIRAVALLS, *ob. cit.*, pp. 99 ss.

<sup>112</sup> CARLOS OLAVO, «*O Contrato de Franchising*», in VVAA, *Novas Perspetivas do Direito Comercial*, 1988, p. 168.

<sup>113</sup> J. SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato*, 1999, p. 374 e A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, 2013, p. 550. Na tese clássica de R. JHERING, corresponde à situação de lapso na comunicação, por o autor da comunicação não estar em erro quanto à representação da verdade, mas ser autor de um erro alheio, R. JHERING, *Culpa in Contrahendo*, 2008, p. 59. Segundo J. SINDE MONTEIRO, o dever pré-contratual de informar sobre todos os aspetos relevantes, incluindo aqueles que possam levar a contraparte a não contratar, não pode ser afirmado com caráter geral, devendo ser reservado para as hipóteses de obrigação de contratar e de assimetria informacional, em que haja uma necessidade de proteção social ou individual, J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, 1989, pp. 355 ss.

motivo, se o franquiador não cumprir estes deveres de informação e esclarecimento poderá ter de indemnizar o franquiado pelos danos que culposamente lhe causar.

Assim, defendemos que o franquiado tem direito a todas as informações de que necessite<sup>114</sup>, conforme as práticas comerciais, sobre a atividade que pretende prosseguir, sobre as condições do seu exercício e sobre as obrigações a que estará sujeito<sup>115</sup>. Pensamos que o franquiador apenas poderá recusar a prestação de informações ou esclarecimentos se estes incluírem algum conteúdo sujeito a segredo.

Aliás, na nossa opinião, em *ultima ratio*, a assimetria informacional entre franquiado e franquiador poderá ser tão forte que põe em causa o respeito pelas regras constitutivas do contrato<sup>116</sup>. Ou seja, a assimetria informacional poderá ser tão acentuada que, sem os esclarecimentos necessários, o franquiado poderá vincular-se a cláusulas que nem sequer conhece ou percebe, não correspondendo a vontade declarada à sua vontade real. Esta situação consubstancia um vício da vontade, na modalidade de erro da declaração, segundo o art. 247º do CC, pelo que o franquiado poderá, neste âmbito, ter direito a anular a sua declaração negocial, independentemente da verificação de *culpa in contrahendo*<sup>117</sup>.

Julgamos que, de modo a garantir que o franquiado tenha acesso a toda a informação e esclarecimentos de que necessite, para formar a sua vontade contratual, poderá recorrer-se à aplicação do regime dos arts. 5º e 6º do D.L. n.º 446/85, de 25 de

---

<sup>114</sup> No mesmo sentido, o Código de Deontologia Europeu do *Franchising*, na Parte III, dispõe que deve "...o potencial franchisado se vincul[ar] com perfeito conhecimento de causa...".

<sup>115</sup> CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>116</sup> J. SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 379 ss.

<sup>117</sup> Lembramos que a aplicação da *culpa in contrahendo*, segundo o art. 227º do CC, está limitada a violações dolosas do princípio da boa-fé, não incluindo quaisquer violações negligentes. Também apenas pode ser aplicada se forem causados danos à contraparte.

outubro (CCG)<sup>118</sup>. Estes artigos representam a consagração parcial do *informationsmodell* (“modelo de informação”), no âmbito do regime das CCG, no qual se verificou que uma das principais causas da inferioridade do aderente e da ineficácia dos mecanismos da concorrência eram as assimetrias informacionais entre as partes<sup>119</sup>. Segundo o “modelo de informação”, a cognoscibilidade dos termos contratuais e do seu carácter eventualmente inequitativo permite ativar os mecanismos de autotutela, ou seja, como o aderente conhece os riscos e desvantagens das cláusulas a que está a pensar aderir poderá, no âmbito da sua autonomia privada e liberdade contratual, escolher celebrar ou não aquele contrato<sup>120</sup>.

Efetivamente, no âmbito do regime dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais, o “modelo de informação” não foi suficiente para salvaguardar o aderente, tendo também sido consagrado o “modelo de restrição do conteúdo”, com o controlo judicial do conteúdo deste tipo de contratos, em detrimento da liberdade contratual das partes<sup>121</sup>.

Todavia, na nossa opinião, para proteger o franquiado bastará garantir que a assimetria informacional é eliminada, já que, ao contrário de um mero aderente, o franquiado, em princípio, tem poder para conformar o contrato em conformidade com a sua vontade e o seu interesse. Se o franquiado não tiver poder para conformar o contrato, então aquele contrato de *franchising* é um contrato de adesão, pelo que,

---

<sup>118</sup> Sobre o D.L. n.º 446/85, de 25 de outubro, vd., por todos, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010.

<sup>119</sup> J. SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 365 ss.

<sup>120</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 365 e 367.

<sup>121</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 368 ss.

por força do art. 1º, n.º 2 do D.L. n.º 446/85, de 25 de outubro, fará parte do seu âmbito de aplicação<sup>122</sup>.

#### 5.2.3.2. A Cessação do Contrato<sup>123</sup>

No momento da cessação do contrato, também é necessário, na nossa opinião, ter uma especial atenção à proteção do franquiado<sup>124</sup>. Efetivamente, o franquiado, ao longo da execução do contrato de *franchising*, atuou no comércio sob a imagem de marca do franquizador. Por esse motivo, o franquiado pode ter angariado clientela para aquela imagem de marca, da qual não poderá beneficiar, após a cessação do contrato. Já o franquizador continuará a beneficiar dessa clientela angariada pelo franquiado.

Perante esta situação, discute-se, na doutrina, a possibilidade de aplicar analogicamente o disposto no art. 33º da Lei n.º 178/86, de 3 de julho (Contrato de Agência), que confere ao agente o direito a uma indemnização de clientela, mediante o preenchimento cumulativo dos seguintes pressupostos: que o agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente; a outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da atividade desenvolvida pelo

---

<sup>122</sup> O art. 1º, n.º 2, do D.L. n.º 446/85, de 25 de outubro, dispõe que “O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.”.

<sup>123</sup> Sobre a cessação do contrato de *franchising*, vd. M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 239 ss, L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 104 ss e F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, pp. 291 ss. Sobre a indemnização de clientela, vd. CAROLINA CUNHA, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, in *Studia Iuridica*, n.º 71, 2003.

<sup>124</sup> Sobre o potencial de comportamento oportunista do fornecedor, no âmbito da cessação do contrato, vd. F. FERREIRA PINTO, *ob. cit.*, pp. 209 ss.

agente; e o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos<sup>125</sup>.

A maior parte da doutrina mostra-se desfavorável à aplicação analógica do direito à indemnização de clientela, pois consideram que a posição do agente é muito diferente da posição do franquiado, já que, no segundo “...os elementos de criação e de fixação da clientela [são] os sinais distintivos do comércio do franquidor e não a ação do franquiado.”<sup>126</sup>.

Não concordamos com a doutrina maioritária. Na nossa opinião, tal como defende M. PEREIRA BARROCAS, a imagem de marca pode ser um poderoso fator de atração de clientela, mas, tal como com o agente, é o trabalho de cada franquiado que, efetivamente, faz “...perdurar no tempo e alargar no espaço a projeção da marca...”<sup>127</sup>. Por este motivo, consideramos que o regime da indemnização de clientela deve ser aplicado analogicamente aos contratos de *franchising*. Caberá, depois, aos tribunais aferir se, naquele caso em concreto, o franquiado angariou novos clientes ou se apenas beneficiou do fator de atração da imagem de marca.

### **5.3. OS DESVIOS AO CONTRATO DE *FRANCHISING***

As características do contrato de *franchising* tornam-no especialmente propício à existência de abusos por parte do franquidor, que põem em causa o equilíbrio das

---

<sup>125</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 263.

<sup>126</sup> L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 126.

<sup>127</sup> M. PEREIRA BARROCAS, *ob. cit.*, p. 158.

prestações contratuais<sup>128</sup>, e que, *in extremis*, podem tornar qualquer expectativa de independência do franquiado numa mera ficção.

Assim, o franquiador pode, a título de exemplo, exercer um controlo tão apertado que esvazie o âmbito de discricionariedade do franquiado ou se substituir ao franquiado na gestão do seu estabelecimento<sup>129</sup>.

Todas estas situações implicam um acentuado desvio ao modelo do contrato de *franchising*, pondo em causa a autonomia do franquiado. Perante um desvio ao conteúdo socialmente típico do contrato de *franchising*, tão descaracterizador com os enunciados, o contrato deverá ser requalificado<sup>130</sup>.

### 5.3.1. Franquiado – Pessoa Singular

Se o franquiado for uma pessoa singular, a solução relativamente pacífica tem sido requalificar o contrato de *franchising* como contrato de trabalho<sup>131</sup>. O direito e dever de controlo do franquiador “...não se confunde com o poder de direção patronal...”<sup>132</sup>, pelo que são indubitavelmente contratos diferentes<sup>133</sup>. Todavia, não é raro as partes tentarem ocultar um verdadeiro contrato de trabalho através de um contrato de *franchising*, de modo a evitar a aplicação do regime mais protetor do

---

<sup>128</sup> CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>129</sup> IDEM, *Ibidem*.

<sup>130</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 94.

<sup>131</sup> Assim já afirmava CARLOS OLAVO, *ob. cit.*, p. 169. Pelo desenvolvimento da questão, vd., entre nós, M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 94 ss e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 59 ss. Vd. também, J. LELOUP, *ob. cit.*, pp. 104 ss e M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 128 ss.

<sup>132</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Do Contrato...*, *ob. cit.*, p. 71.

<sup>133</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 75 ss.

Direito do Trabalho<sup>134</sup>, nem é raro que o controlo exercido pelo franquiador seja tão forte que ultrapasse a normal relação de colaboração e dependência entre as partes, pelo que o franquiado encontra-se num total estado de subordinação, análogo ao de um trabalhador dependente<sup>135</sup>.

### 5.3.2. Franquiado – Pessoa Coletiva

Se o franquiado for uma pessoa coletiva, as soluções já não são pacíficas, várias sendo as hipóteses indicadas pela doutrina. São particularmente relevantes, para nós, as duas seguintes: desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade do franquiado; reconduzir ao regime da boa-fé contratual, segundo o art. 762º, n.º 2 do CC; aplicar o regime da relação de domínio, de acordo com o art. 486º do CSC, por se reconhecer que o franquiador exerce uma influência dominante sobre a sociedade do franquiado<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> J. LELOUP, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>135</sup> Como o franquiado não é um verdadeiro comerciante independente será até possível impugnar a presunção legal de comercialidade resultante da sua matrícula no registo comercial, segundo M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, p. 98. Particularmente interessantes são os critérios que a jurisprudência tem utilizado para averiguar da independência das partes, no âmbito da requalificação como contrato de trabalho. Sobre os critérios usados na Holanda e em França, vd. M. TOLEDANO, *ob. cit.*, pp. 130 ss, dos quais podemos destacar os seguintes: o franquiado atua como um comerciante independente; dispõe do capital necessário para a atividade que desenvolve; o franquiado retira a sua remuneração apenas do serviço que presta, assumindo diretamente o risco da atividade; as mercadorias estão depositadas no estabelecimento do franquiado; o franquiador não aluga equipamento ao franquiado.

<sup>136</sup> Outras hipóteses avançadas pela doutrina são: prestação de serviços, contrato de gestão de empresas; contratos associativos, nomeadamente de consórcio; contrato de sociedade e contrato de subordinação.

### 5.3.2.1. A Desconsideração da Personalidade Jurídica do Franquiado

A desconsideração da personalidade jurídica do franquiado é uma hipótese que tem de ser utilizada com particular cautela<sup>137</sup>. Efetivamente, em princípio, decorre da autonomia jurídica do franquiado, que seja apenas este a responder perante os seus credores. Neste sentido, concordamos com M. FÁTIMA RIBEIRO, quando afirma que os credores apenas podem ter uma expectativa de que o franquiado terá um maior acesso ao crédito e mais hipóteses de sucesso comercial, por se integrar numa rede de *franchising*, mas que nunca podem esperar que o franquiador responda em sua substituição, salvo se o franquiador tiver prestado uma garantia a favor do franquiado ou lhe tiver imposto técnicas de gestão e procedimento que esvaziam a sua iniciativa empresarial<sup>138</sup>.

Todavia, poderá ser necessário recorrer à desconsideração da personalidade jurídica do franquiado, se houver a criação da aparência de uma estrutura de grupo ou associativa perante terceiros<sup>139</sup>.

Também, se for verificado algum dos grupos de casos de desconsideração da personalidade jurídica tradicionalmente identificados pela doutrina - a subcapitalização material; o controlo da sociedade por um sócio e a mistura de patrimónios<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Interesses dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 2012 e a anotação da autora ao Ac. do TRP, de 22.06.2009, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 35, 2011. A autora realça que deverá ser dada primazia às medidas de tutela dos credores já consagradas na lei, antes de recorrer à desconsideração da personalidade jurídica. Para um estudo aprofundado destas medidas alternativas, IDEM, *A Tutela ...*, *ob. cit.*, pp. 351 ss.

<sup>138</sup> M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2001, pp. 105 ss.

<sup>139</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 106, em referência a TEUBNER.

<sup>140</sup> Para um estudo de cada um destes grupos, vd. IDEM, *A Tutela ...*, *ob. cit.*, pp. 177 ss.

Assim, a sociedade do franquiado poderá ser dotada de meios insuficientes para a prossecução do seu objeto, sem que seja compensada por empréstimos por parte dos sócios. Também poderá ser controlada por um sócio para a satisfação de interesses pessoais em detrimento da sociedade. Poderá, por fim, haver uma mistura de patrimónios, se um sócio agir como se não houvesse separação entre o seu património e o da sociedade<sup>141</sup>. Tendo em conta que o franquizador pode deter participações sociais na sociedade do franquiado, não é difícil conceber situações em que este seja o sócio controlador da sociedade do franquiado ou misture o seu património pessoal com o da sociedade do franquiado.

Noutras hipóteses, em que não é criada a aparência de um grupo e o franquizador não detém participações sociais na sociedade do franquiado, exercendo um controlo acentuado apenas por meio de disposições contratuais, não é possível remeter para um dos grupos de casos acima identificados. Consequentemente, não é possível defender uma solução desconsiderante, salvo se, como alguns autores, se fundamentar a desconsideração, de forma genérica, na responsabilidade decorrente do abuso de direito, no âmbito do art. 334º do CC<sup>142</sup>.

#### 5.3.2.2. A Boa-Fé Contratual

Ainda que não se justifique o recurso a uma solução desconsiderante, tal não significa que os interesses do franquiado não possam ser protegidos. Efetivamente,

---

<sup>141</sup> IDEM, *Ibidem*. Sobre o regime aplicável ao sócio controlador, vd., por todos, PEREIRA DIAS, *Responsabilidade Por Exercício De Influência Sobre A Administração Das Sociedades Anónimas*, 2007.

<sup>142</sup> Na nossa opinião, a recondução a este instituto para algo tão gravoso como a desconsideração poderá ser uma fonte de insegurança jurídica, já que os contornos e alcance do abuso de direito são inexatos. Sobre os vários fundamentos para a desconsideração que já foram indicados pela doutrina, incluindo o art. 334º do CC, vd., por todos, M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, *ob. cit.*, pp. 157 ss.

na nossa opinião, é aplicável o art. 762º, n.º 2 do CC, segundo o qual as partes estão sujeitas a um dever de boa-fé contratual.

O dever de agir com lisura e correção estende-se ao cumprimento de todas as obrigações e ao exercício dos direitos correspondentes. Todavia, a boa-fé não tem um conteúdo fixo e invariável, variando conforme a duração e natureza da relação contratual subjacente<sup>143</sup>. Como o contrato de *franchising* é pautado pela confiança e lealdade entre as partes, ao longo de uma relação duradoura, o dever de boa-fé terá, neste âmbito, uma especial intensidade.

Ora, a doutrina concretiza o alcance desta boa-fé através da previsão de deveres acessórios a que as partes estão sujeitas. Estes tem sido objeto de várias tipificações, mas são tradicionalmente tripartidos em:

- deveres de proteção – as partes, enquanto perdure a relação contratual, devem evitar que sejam infligidos danos mútuos;
- deveres de esclarecimento – as partes devem informar-se mutuamente de todos os aspetos e efeitos relativos ao vínculo contratual;
- deveres de lealdade - as partes devem abster-se de comportamentos que possam frustrar o objetivo do negócio ou alterar o equilíbrio das prestações<sup>144</sup>.

Na nossa opinião, se o franquiador abusar no exercício do seu direito de controlo, da fixação dos preços, etc., poderá estar a infligir um dano ao franquiado ou a alterar o equilíbrio das prestações a que se tinha vinculado. Tendo em conta a especial intensidade da boa-fé, no âmbito dos contratos de *franchising*, esta atuação do

---

<sup>143</sup> PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2010, pp. 2 ss.

<sup>144</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *ob. cit.*, pp. 603 ss.

franquiador poderá envolver um incumprimento dos seus deveres acessórios, o que se traduz em má-fé e implica a violação do art. 762º, n.º 2 do CC.

#### 5.3.2.3. A Aplicação do Regime da Relação de Domínio

Segundo J. BAPTISTA MACHADO, “Sempre que seja possível resolver um problema dentro de quadros jurídicos mais precisos e rigorosos, é metodologicamente incorreto recorrer a quadros de pensamento mais fluidos.”, até que esta vinculação a quadros jurídico-metodológicos mais rigorosos podem revelar que, na realidade, não existe nenhuma lacuna <sup>145</sup>.

Ora, na nossa opinião, antes do recurso à desconsideração da personalidade jurídica e para além do recurso ao art. 762º, n.º 2 do CC, também poderá reconduzir-se a relação entre franquiador e franquiado a um quadro jurídico societário já consagrado e de contornos mais definidos: a relação de domínio, conforme o art. 486º do CSC<sup>146 147</sup>.

De acordo com o art. 486º do CSC, existe uma relação de domínio quando uma sociedade, direta ou indiretamente, pode exercer uma influência dominante sobre outra sociedade. A lei prevê três presunções de existência de uma influência dominante: a detenção de uma participação maioritária de capital; a disposição de

---

<sup>145</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 2008, p. 199.

<sup>146</sup> Não atendemos à hipótese de se requalificar o contrato de *franchising* num contrato de subordinação, nos termos do art. 493º ss do CSC. O contrato de subordinação é um contrato típico, para o qual é necessário todo um processo de aprovação do projeto em assembleia e de exoneração dos sócios livres, já que as consequências legais são fortíssimas, ficando a sociedade diretora com o poder, nomeadamente, de dar instruções prejudiciais vinculativas. Na nossa opinião, a requalificação seria uma perversão da vontade das partes e um total desrespeito dos interesses dos sócios e credores daquela sociedade, especificamente protegidos pela lei. Sobre o contrato de subordinação vd., por todos, J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos de Sociedades*, 2003, pp. 611 ss.

<sup>147</sup> Quanto a este tema, entre nós, vd., por todos, IDEM, *Ibidem*. Em Espanha, vd., por todos, A. FERNÁNDEZ, *Derecho de Grupos de Sociedades*, 2009.

mais de metade dos votos; e a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização.

Claro está que o franquizador poderá preencher diretamente uma destas presunções legais, sendo, por este facto, reconhecida a presença de uma influência dominante e da respetiva relação de domínio entre a sociedade do franquizador e a do franquiado, com as devidas consequências legais<sup>148</sup>.

Todavia, estas presunções, que invertem o ónus da prova, fazem parte de um elenco meramente enunciativo, não tendo o legislador tomado uma posição definitiva sobre os instrumentos que podem consagrar uma influência dominante, não restringindo, necessariamente, a instrumentos de natureza societária, ou contratual ou meramente fática<sup>149</sup>.

Ora, quanto aos contratos de *franchising*, nos quais, tendencialmente, se reconhece uma relação de dependência económica, continua em aberto a possibilidade de os reconduzir à presença de uma influência dominante, sem que haja uma influência orgânica – aquela que se manifesta na estrutura organizativa da sociedade, sendo exercida através dos seus órgãos sociais<sup>150</sup>. J. ENGRÁCIA ANTUNES afirma que, por via de regra, uma influência externa, à margem dos órgãos da sociedade, “...que não se traduza numa “apropriação” interna do poder de governo e autodeterminação corporativos ou numa influência dominante exercida nos e através destes órgãos...”,

---

<sup>148</sup> As consequências legais são reduzidas, resumindo-se a uma proibição da sociedade dominada adquirir ou subscrever ações ou quotas na dominante, a um dever de publicidade e a uma função interpretativa de várias disposições ao longo do CSC. Sobre este tema vd., por todos, J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos...*, *ob. cit.*, pp. 570 ss. Sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada, vd., por todos, D. PEREIRA DUARTE, *Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, 2007 e M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela*, *ob. cit.*, pp. 405 ss.

<sup>149</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 483.

<sup>150</sup> IDEM, *Ibidem*, pp. 528 ss e L. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 92 ss.

não constituirá “...um domínio jurídico-societariamente relevante”<sup>151</sup>, já que as relações de dependência fáctico-económicas, nomeadamente entre franquidores e franquidos, constituem circunstancialismos conaturais da vida empresarial<sup>152</sup>.

Na nossa opinião, a tese deste autor deve vingar em todas as hipóteses em que seja respeitado o modelo tradicional do contrato de *franchising*. Todavia, quando este é desvirtuado, nomeadamente pelo exercício de um controlo abusivo pelo franquidor, pela fixação de cláusulas de exclusividade e de não-concorrência, pela limitação absoluta dos parceiros comerciais do franquido, se o franquidor for seu financiador, senhorio do local do estabelecimento, locador do equipamento usado, a solução deverá ser diferente.

Efetivamente, nestas situações, o poder de decisão do franquido é totalmente esvaziado, pelo que este acaba por apenas poder exercer a sua vontade em duas situações limite: resolver o contrato de *franchising* ou dissolver a sociedade. Consideramos que a presença destas situações limite não pode ser suficiente para afirmar que o franquido tem uma vontade societariamente relevante. Assim, quando a autonomia e independência jurídica do franquido é posta em causa pela influência dominante do franquidor, não obstante este nem sequer ser detentor de uma participação social na sociedade do franquido, na nossa opinião, deve ser reconhecida a existência de uma relação de domínio, com as consequências legais que dela advenham.

---

<sup>151</sup> J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos...*, *ob. cit.*, p. 532.

<sup>152</sup> IDEM, *Ibidem*, p. 533.

## 6. CONCLUSÃO

No final deste pequeno estudo do contrato de *franchising*, ficou claro que já existe um molde típico do contrato. Ainda que o contrato de *franchising* seja legalmente atípico, é socialmente típico e o seu conteúdo essencial já foi aprofundadamente delimitado e definido pela doutrina. Consequentemente, qualquer desvio acentuado a esse molde típico, poderá implicar a requalificação do contrato.

Através do contrato de *franchising* é estabelecida uma relação de dependência entre franquiado e franquiador, ficando o primeiro na dependência económica do segundo, quer no âmbito societário, quer no âmbito do Direito da Concorrência. Esta dependência suscita a necessidade de proteger o franquiado em dois momentos chave: na fase pré-contratual e na cessação do contrato. Ocorrendo desvios ao molde típico do contrato, que impliquem a diminuição ou perda da autonomia do franquiado, poderão ter de ser aplicadas soluções como: a requalificação como um contrato de trabalho; a desconsideração da personalidade jurídica do franquiado, a recondução ao regime da boa-fé contratual, nos termos do art. 762º, n.º 2 do CC e a aplicação do regime da relação de domínio, de acordo com o art. 486º do CSC, por se reconhecer que o franquiador exerce uma influência dominante sobre a sociedade do franquiado.

Concluimos com uma citação de Y. GUYON que, na nossa opinião, traduz o cerne desta dissertação: “La franchise est une forme de distribution remarquable par sa

souplesse. Il faut simplement veiller à ce que les franchiseurs ne profitent pas de leur position dominante pour imposer aux franchisés des conditions draconiennes.”<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Y. GUYON, *Droit des Affaires*, 1998, p. 873.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, ISABEL OLIVEIRA
  - *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in O Direito, n.º 123, SIPEC, Lisboa, 1991
  
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE
  - *Contratos III*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2013
  
- ANTUNES, JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA
  - *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009
  - *Grupos de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2003
  
- ARAUJO, FERNANDO
  - *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007
  
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA
  - *O Contrato de Franchising*, in ROA, n.º 49, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1989
  
- BUSSANI, MAURO / CENDON, PAOLO
  - *I Contratti Nuovi*, Giuffrè Editore, Milão, 1989

- CAFAGGI, FABRIZIO
  - *Contractual Networks And The Small Business Act: Towards European Principles?*, in EUI Law, n.º 2008/15, 2008
- CASTRO, ENRIQUE / CATALUÑA, FRANCISCO / GARCIA, ANTONIO
  - *El Sistema de Franquicia*, Piramide, Madrid, 2005
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES
  - *Do Contrato de Franquia («Franchising»):Autonomia Privada Versus Tipicidade Negocial*, in ROA, n.º 48, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1988
  - *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2013
  - *Manual de Direito Comercial*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012
- CUNHA, CAROLINA
  - *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, in Studia Iuridica, n.º71, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- DASSI, ANNA
  - *Il Contratto di Franchising*, CEDAM, Pádua, 2006
- DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO
  - *A Assistência Técnica nos Contratos de Know-How*, in Studia Iuridica n.º 10, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

- DIAS, RUI MANUEL PINTO SOARES PEREIRA
  - *Responsabilidade Por Exercício De Influência Sobre A Administração Das Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2007
- DUARTE, DIOGO PEREIRA
  - *Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Almedina, Coimbra, 2007
- FERNANDÉZ, MARIA LUISA DE ARRIBA
  - *Derecho de Grupos de Sociedades*, 2ª edição, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009
- FOSSATI, GIORGIO
  - *Il Franchising*, 3ª edição, Pirola, Milão, 1995
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA
  - *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007
- GUYON, YVES
  - *Droit des Affaires*, 10ª edição, Economica, Paris, 1998
- HADFIELD, GILLIAN K.
  - *Problematic Relations: Franchise and the Law of Incomplete Contracts*, in Stanford Law Review, vol. 42, n.º4, 1990

- JHERING, RUDOF VON
  - *Culpa in Contrahendo*, Almedina, Coimbra, 2008
  
- JUDICIAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER
  - *Contrato de Agencia, Distribución y Franquicia*, in Cuadernos de Derecho Comercial, n.º21, Madrid, 2007
  
- LELOUP, JEAN-MARIE
  - *La Franchise – Droit et Pratique*, 2ª edição, Éditions Delmas, Paris, 1991
  
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA
  - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2008
  
- MENDEZ, M. / LEHNISCH, J.P.
  - *Comment Réussir en Franchise*, Dunod, Paris, 1991
  
- MIRAVALLS, JAUME MARTI
  - *Contrato de Franquicia*, in VVAA, *Los Contratos de Distribución Comercial*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2010
  
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO
  - *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009

- MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE
  - *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989
  
- MORAIS, SÍLVIA FILIPA BORGES
  - *Direito Aplicável ao Contrato Internacional de Franquia*, in Themis, n.º 20-21, Almedina, Coimbra, 2011
  
- OLAVO, CARLOS
  - *O Contrato de Franchising*, in VVAA, *Novas Perspetivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988
  
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA
  - *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Almedina, Coimbra, 2001
  - *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in *Direito e Justiça*, vol. 19, tomo 1, Universidade Católica Editora, Porto, 2005
  - *A Tutela dos Interesses dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2012
  - *Contrato de Franquia ('Franchising'): o recurso à "desconsideração da personalidade jurídica" para tutela dos interesses do franquizador – Anotação ao Acórdão do TRP de 22.6.2009, Processo n.º 1201/09*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º35, Universidade do Minho, Braga, 2011

- RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA
  - *O Problema do Contrato*, Almedina, Coimbra, 1999
  
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS
  - *Da Franquia de Empresa (Franchising)*, in BFDUC, vol. LXXIII, Coimbra, 1997
  
- PINTO, FERNANDO A. FERREIRA
  - *Contratos de Distribuição*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013
  
- PRATA, ANA
  - *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010
  
- SALA, GIORGIO
  - *Il Franchising*, SG Consulting, Monza, 1994
  
- SILVA, MIGUEL MOURA E
  - *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008
  - *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, Coimbra, 2010

- TOLEDANO, MARIA CRUZ MAYORGA
  - *El Contrato Mercantil de Franquicia*, 2ª edição, Comares, Granada, 2007
  
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES / LIMA, PIRES DE
  - *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2010
  
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE
  - *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009
  
- VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE
  - *O Contrato de Franquia (Franchising)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010
  
- VIRASSAMY, GEORGES J.
  - *Les Contrats de Dépendance*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1986

