



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **A responsabilidade do franquizador pelos atos do franquiado no tratamento de dados pessoais**

Pedro Manuel Dias de Azevedo

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2021





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **A responsabilidade do franquizador pelos atos do franquiado no tratamento de dados pessoais**

Pedro Manuel Dias de Azevedo

Mestrado em Direito

Sob orientação da Professora Doutora Ana Afonso

Faculdade de Direito | Escola do Porto  
2021

*Ao meu Avô,  
por fugir ao trabalho pelo  
prazer de no ler monte*

## **Agradecimentos**

Aos meus amigos que bebem Gin com sabor a Filosofia, e a todos os outros.

À cidade do Porto, por ter orientado a minha liberdade.

À Professora Doutora Ana Afonso pelo cuidado e rigor.

À minha Irmã pela paciência em lidar com um humor, não poucas vezes, complicado.

À Avô Aninhas pelos miminhos de conforto aos Domingos.

E por fim, e mais importante, aos meus Pais por me permitirem não ser nada, por me admitirem não querer ser nada e por me deixarem ter em mim todos os sonhos do mundo.

## Resumo

O presente trabalho procura explorar a responsabilidade do franquiador pelos atos do franquiado, no tratamento de dados pessoais. Num primeiro momento, procuramos delimitar o âmbito da análise, seguindo-se um estudo sobre o Regulamento Geral de Proteção de Dados. O objetivo é perceber em que situações poderá o franquiador ser considerado responsável pelo tratamento de dados, à luz do Regulamento, e, num segundo momento, perceber se existem institutos dentro do ordenamento jurídico português que permitam que aquela responsabilidade exista, mesmo nos casos em que o Regulamento não seja aplicável. Para o efeito, procuramos perceber que tipo de relação é a que se estabelece entre o franquiador e os franquiados e de que forma esta problemática tem sido colocada noutros ordenamentos-jurídicos, com especial enfoque no norte-americano.

**Palavras-chave:** franquia; responsabilidade; proteção de dados; RGPD; *Vicarious Liability*.

## *Abstract*

*This paperwork seeks to explore the franchisor's liability for the acts of the franchisee, in the processing of personal data. First, we seek to limit the object of study of the thesis, followed by a study of the General Data Protection Regulation. The aim is to understand in which situations the franchisor may be considered liable for data processing in the context of the Regulation and, in a second moment, to understand if there are institutes within the Portuguese legal system that allows that liability to exist, even in cases where the Regulation is not applicable. To this end, we seek to understand what type of relationship is established between the franchisor and the franchisees and how this issue has been addressed in other legal systems, with a special focus on the North-American one.*

**Keywords:** *franchising, liability, data protection, GDPR, Vicarious Liability.*



## Índice

<i>Lista de Abreviaturas</i> .....	9
<b>1. Introdução</b> .....	<b>10</b>
<b>2. Considerações Iniciais – delimitação do objeto de estudo</b> .....	<b>11</b>
<b>3. A Responsabilidade do Franquiador pelo Tratamento de Dados do Franquiado à luz do RGPD</b> .....	<b>12</b>
<b>3.1. O Franquiador como Responsável pelo Tratamento de Dados</b> .....	<b>14</b>
3.1.1. O Franquiado como Subcontratante .....	15
3.1.2. Responsabilidade de Terceiros não Considerados Responsáveis pelo Tratamento .....	19
3.1.3. A Exclusão da Responsabilidade.....	20
3.1.4. Responsabilidade Civil Contratual ou Extracontratual? .....	20
<b>3.2. O Franquiado como Responsável pelo Tratamento</b> .....	<b>21</b>
<b>4. A Aparente Independência nas Relações de Franquia</b> .....	<b>23</b>
<b>5. As Soluções do Direito Português</b> .....	<b>27</b>
5.1. A Comissão – art. 500.º do Código Civil .....	28
5.2. Atos dos Representantes Legais ou Auxiliares – art. 800.º do Código Civil.....	28
5.3. Representação Aparente – art. 23.º do Decreto-Lei 178/86 de 3 de julho .....	29
5.4. Teoria da Culpa na Organização.....	31
<b>6. A Responsabilidade Indireta – Vicarious Liability</b> .....	<b>33</b>
6.1. Introdução ao Tema .....	33
6.2. A Antecâmara da <i>Vicarious Liability</i> – a Responsabilidade Direta .....	35
6.3. A Doutrina da <i>Vicarious Liability</i> .....	36
6.4. A Contraposição das Soluções do Ordenamento Jurídico Português com as do Ordenamento Jurídico Norte-Americano .....	41
<b>7. Conclusão</b> .....	<b>42</b>
<b>8. Bibliografia</b> .....	<b>45</b>

## **Lista de Abreviaturas**

Ac. / Acs. – Acórdão / Acórdãos

Al – Alínea / Alíneas

Art./Arts. – Artigo/ Artigos

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

Cit. – Citada

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

DL – Decreto-Lei

GT – Grupo de Trabalho

JP – Jurisprudência

KFC – *Kentucky Fried Chicken*

LPD – Lei de Proteção de Dados Pessoais

N.º /N.ºs – Número/ Números

Ob. – Obra

Ob. cit. – Obra citada

P. / PP. – Página/ Páginas

RGPD – Regime Geral de Proteção de Dados

S/p. – Sem paginação

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCPA – *Telephone Consumer Protection Act*

TJ – Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

VL – *Vicarious liability*

## 1. Introdução

O regime do RGPD veio abrir a possibilidade de se responsabilizar um ente pelo tratamento de dados que um outro realize, quando reunidos determinados pressupostos. Pretendemos com a presente dissertação apurar a relevância da existência de uma relação de franquia para aplicação das normas previstas no RGPD, e em que medida poderá o franquiador responder pelo tratamento de dados efetuado pelo franquiado. As conclusões retiradas da análise do RGPD permitirão levantar a questão de saber se o franquiador não poderá (ou não deverá) ser responsável pelos danos emergentes de atos que escapem ao próprio âmbito do Regulamento.

Importa esclarecer os conceitos de franquia e de tratamento de dados pessoais.

Ora, ainda que o contrato de *franchising* seja considerado um contrato atípico, uma vez que o ordenamento jurídico português não o regula, ele tem vindo a ser considerado socialmente típico<sup>1</sup>, dado que os seus contornos estão já sedimentados quer pela doutrina, quer pela JP. Assim, o contrato de franquia define-se como aquele através do qual o franquiador permite que o franquiado atue no mercado, utilizando, para esse efeito, o modelo de negócio do primeiro, a troco de uma contrapartida<sup>2</sup>.

Relativamente ao segundo conceito, é o próprio Regulamento que o define, no n.º 2 do art. 4.<sup>º</sup><sup>3</sup>, como “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a

---

<sup>1</sup> A atipicidade dos contratos pode ter-se por referência quer aos tipos contratuais legais, quer aos tipos contratuais sem restrições legais, sendo que “no primeiro caso, são atípicos os contratos que não contêm na lei um modelo regulativo típico; no segundo caso, são atípicos aqueles que não têm um modelo regulativo típico, nem na lei, nem na prática. VASCONCELOS, PEDRO PAIS (1995), *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, p. 212. O mesmo autor explica que, embora, teoricamente, se possam encontrar contratos atípicos puros - porque a lei o permite -, será difícil encontrar, na prática, um contrato que não contenha nenhum elemento de algum dos tipos já reconhecidos quer na lei quer na prática, pelo que se poderão considerar contratos mistos.

<sup>2</sup> Para uma definição mais completa veja-se: FOSSATI, GIORGIO (1995), *Il Franchising: aspetti giuridici, finanziari e fiscal, prospettive di sviluppo in Italia*, 3.º Ed., Milão: Pirola Azienda, pp. 3-4; RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2001), *O contrato de franquia: franchising, noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*, Coimbra: Almedina, pp. 143 e ss.; IZUZQUIZA, MARIA LAURA (2008), “El Contrato de Franquicia”, *Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, n.º 14, p. 6, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2881380>, consultado a 10/01/2021; MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2004), *Contratos de distribuição comercial*, Coimbra: Almedina, p. 123; PESTANA DE VASCONCELOS, L. MIGUEL (2010), *O contrato de Franquia (Franchising)*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, p. 27.

<sup>3</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”.

Metodologicamente, esta dissertação principiará pela abordagem de algumas questões preliminares cujo propósito é a delimitação do objeto da mesma. De seguida, analisaremos o regime de responsabilidade pelo tratamento de dados do RGPD, averiguando as situações em que um determinado ente poderá ser considerado um responsável por esse mesmo tratamento. Finalizando com o levantamento da questão de saber em que medida poderá um franquiador ser responsável pelos atos do franquiado, mesmo naquelas situações que escapem ao âmbito de aplicação do Regulamento.

## 2. Considerações Iniciais – delimitação do objeto de estudo

Denote-se que o franquiador e o franquiado são entes jurídicos diferentes, independentes: o franquiador não partilha a responsabilidade sobre o insucesso do negócio do franquiado<sup>4</sup>, nem sobre os possíveis atos geradores de responsabilidade civil ou penal que ele possa cometer. É preciso, contudo, notar que embora as empresas que pertencem à cadeia de franquia sejam independentes<sup>5</sup>; tal não significa, como veremos, que possam atuar inconsequentemente.

Como vimos, o contrato de franquia é socialmente típico, sendo inolvidável que este se trata de um tipo contratual de direito privado, que poderá ser moldado por força do princípio da liberdade contratual e da autonomia privada. Os contraentes são, assim, livres para determinar o conteúdo do contrato, pelo que parece evidente que será de afastar uma resposta genérica que se aplique a todo e qualquer caso. Pelo contrário, deve atender-se à especificidade do caso concreto – do contrato propriamente dito - e, além disso, das relações que os contraentes estabelecem entre si na prática comercial, que poderá, nomeadamente, levar à aplicação de algumas normas de Direito das Sociedades.

Posto isto, parece-nos que se deverá seguir um esquema para a resolução do problema. Devemos, primeiramente, averiguar se existe contratual ou factualmente um

---

<sup>4</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as vantagens e desvantagens da franquia *vide* GALIMBERTI, GIANMARIA (1991), *Il Franchising*, Milão: Giufrè Editore, pp. 42-48; RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2001), *ob. cit.* 19 e ss..

<sup>5</sup> Repare-se que, embora surjam alguns deveres do contrato de franquia, não será correto falar numa relação de subordinação entre os entes, segundo FRIGNANI, ALDO (1990), *Il Franchising*, Turim: UTET, p. 62.

controlo/influência do franquiador que determine as decisões do franquiado; no caso de a resposta ser positiva, diluem-se, então, as características que deveriam estar presentes neste tipo contratual. Não será, por exemplo, de afastar a possibilidade de existir uma relação de domínio entre franquiador e franquiado, abrindo-se porta à aplicação do 486.º do CSC que, muito embora não preveja uma consequência jurídica que se assemelhe à do art. 503.º (para as relações de grupo), nem por isso se vê a sociedade dominada totalmente desprotegida, na medida em que se afigura perfeitamente aceitável a aplicação de algumas normas, seja o art. 72.º (responsabilidade de membros da administração para com a sociedade, quer falemos de administradores de direito, quer de facto<sup>6</sup>), ou o art. 84.º (responsabilidade do sócio único). Podem ainda ser chamadas à colação normas de defesa da concorrência, para os casos em que exista dependência económica, bastante comum neste tipo de contrato<sup>7</sup>, ou ainda a desconsideração da personalidade jurídica.

Claro está que todos estes institutos terão requisitos de aplicação mais ou menos restritos, bem como a sua aplicação condicionada às exigências do caso concreto. Assim, considerando a limitação do número de páginas, não caberá lugar o aprofundamento da aplicação destas normas.

### 3. A Responsabilidade do Franquiador pelo Tratamento de Dados do Franquiado à luz do RGPD

O estudo da possível responsabilidade do franquiador pelo tratamento de dados do franquiado previsto no regime regulado pelo RGPD suscita algumas questões.

Em primeiro lugar, importará perceber quem determina o modo e o como de um determinado tratamento de dados pessoais. A resposta a esta pergunta será determinante para podermos alocar algum tipo de responsabilidade ao franquiador ou ao franquiado,

---

<sup>6</sup> A doutrina diverge quanto à fundamentação da responsabilidade do administrador de fato. Há quem entenda que se pode fazer uma aplicação analógica do art. 72.º (caso de COUTINHO DE ABREU, embora tenha, mais recentemente, mudado a sua posição); há quem recorra ao art. 80.º CSC (caso de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO) e ainda outras normas, tais como o as que decorrem do CIRE, já que existem nesse diploma algumas referências ao administrador de fato. Para uma análise aprofundada da responsabilidade nas relações de domínio, cfr. RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2014), “Responsabilidade nas relações de domínio”, *III Congresso Direito das sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina.

<sup>7</sup> DE OLIVEIRA, SARA VIEIRA (2014), *O contrato de Franchising: o conteúdo essencial do contrato de franchising, os desvios ao seu molde típico e a dependência económica do franquiado*, Tese de mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios. Porto, Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, , p. 42, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15474/1/O%20Contrato%20de%20Franchising.pdf>.

uma vez que o Regulamento (EU) 2016/679 veio determinar, no seu art. 82.º que sendo um ente considerado um responsável pelo tratamento<sup>8</sup> responderá pelos danos resultantes da violação daquele mesmo Regulamento, isto é, pelos danos que advenham das condutas consideradas ilícitas à luz do novo RGPD.

Todavia, a aplicação daquela norma obriga a que se observem determinados requisitos: *primo*, é necessária a existência de um ente que seja considerado responsável pelo tratamento de dados; *secundo*, tem de existir infração de uma norma que esteja prevista no RGPD, e, na sequência disso, tem de existir um dano<sup>9</sup>, sendo que pela expressão utilizada – “na sequência disso” – bem se percebe a necessidade de existir uma relação de causalidade entre a infração da norma<sup>10</sup> e o próprio dano.

Note-se que não surge por acaso esta ideia de que deverá o responsável pelo tratamento indemnizar os danos uma vez que existe um risco elevado no tratamento de dados pessoais, sendo o responsável pelo tratamento o responsável último pela materialização desses riscos<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Quanto a este ponto importará deixar uma nota quanto à nomenclatura utilizada – “responsável” – que poderá criar alguma confusão de interpretação. Poderemos falar de “responsável” no sentido de “alguém que exerce uma especial função com deveres especiais que visam salvaguardar dados pessoais alheios”; ou ainda no sentido de o responsável pelo tratamento ser ele próprio considerado uma *liability*. Ora como explica MAFALDA BARBOSA, embora possamos falar de dois tipos de responsabilidade, a verdade é que não deixa de existir entre ambos uma “linha de continuidade”, uma vez que se acaba por desenhar uma “esfera de controlo associada a especiais deveres de cuidado que têm de ser assumidos” - e é exatamente essa esfera que posteriormente nos permite determinar quem é civilmente responsável. BARBOSA, MAFALDA (2018), “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, *Revista de Direito Comercial*, pp. 418-419, disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5abd4e770e2e72b0285ec4e5/1522355838274/2018-10.pdf>, consultado a 2/dez/2020.

<sup>9</sup> Como explica MENEZES CORDEIRO, não existe no RGPD qualquer definição de dano. Esta questão foi mesmo discutida no seio do Conselho entre os vários Estados-Membros, verificando-se posições antagónicas: por um lado, houve quem defendesse que caberia ao direito interno de cada Estado-Membro a definição de dano; na outra senda estavam os que entendiam que cabia ao TJ interpretar o art. 82.º e os conceitos nele contidos – tendo sido esta a posição assumida pela Comissão. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), *Da Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais*, working paper, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/> p. 4, consultado a 23/jan/2021. ANTONI RUBI PUIG defende que o conceito de dano é bastante amplo, que deverá ter em conta as regras previstas no RGPD e a JP ditada pelo TJ. Além disso, a disjuntividade utilizada no art. 82.º, n.º1 permite que se intentem ações diferentes para os diferentes tipos de danos (patrimoniais e não patrimoniais), possibilidade essa que estaria vedada em alguns Estados-Membros, como os que adotem um sistema da *commom law* - PUIG, ANTONI RUBI (2018), “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales, el remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º4, pp. 73-74, disponível em: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/354/321>, consultado a 20/nov/2020.

<sup>10</sup> Note-se que são vários os tipos de normas previstos no Regulamento: temos obrigações de meios, obrigações de resultado e ainda outras que se formulam a partir de um *standard* geral e aberto. PUIG, ANTONI RUBI (2018), ob. cit. 58.

<sup>11</sup> PUIG, ANTONI RUBI (2018), ob. cit. 62.

Deste modo, será fulcral a determinação, no caso concreto, de qual dos entes – se franquiador ou franquiado – é, à luz do RGPD, considerado responsável pelo tratamento: se um deles, se nenhum, ou até se ambos.

Antes de avançarmos, é necessário notar que quando o Regulamento, no art. 82.º, permite a coexistência de mais do que um responsável pelo tratamento, mas fá-lo num sentido de *liability* e não necessariamente no sentido de responsáveis pelo tratamento de dados<sup>12</sup>.

### 3.1. O Franquiador como Responsável pelo Tratamento de Dados

O RGPD define responsável pelo tratamento aquele que determina o porquê, como e modo do tratamento de dados<sup>13</sup>, como se retira da seguinte definição: “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro” (art. 4.º, n.º 7 do RGPD).

Não será, contudo, líquida a determinação do responsável pelo tratamento numa determinada relação, sendo necessário atender a alguns aspetos antes de considerar um ente como responsável pelo tratamento. Desde logo, é preciso ter em conta, no caso concreto, quem é competente para decidir de um determinado tratamento de dados, questionando a razão de ser da existência desse tratamento e quem o iniciou. Assim, será necessário perceber quem é que a lei determina como responsável pelo tratamento.

Seguidamente, é de ter em conta um segundo elemento: mesmo que a lei não o diga explicitamente, poderá ser necessário apurar se existem relações ou práticas legais que impliquem uma certa responsabilidade (será o caso da relação empregador-

---

<sup>12</sup> Estes dois conceitos não se podem sobrepor; pelo contrário, “pela violação do direito à proteção dos dados pessoais pode responder alguém que não seja responsável pelo tratamento desses dados” – BARBOSA, MAFALDA (2018), ob. cit. 438. Por outras palavras, o que a autora vem dizer é que um ente pode ser responsável no sentido de *liability*, mesmo que não seja considerado responsável pelo tratamento.

<sup>13</sup> De resto, deve entender-se que o conceito de *controller* nos ajuda a perceber quem é responsável pela conformidade das regras de proteção de dados. Este conceito é autónomo, devendo ser interpretado tendo em conta as normas da União Europeia, e funcional, já que aloca a responsabilidade onde a influência é exercida de fato e não formalmente. GT 29, Parecer 1/2010, *Data protection Working Party Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor*, p. 1, disponível em: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf), consultado a 10/05/2020.

trabalhador), não afastando alguns problemas que possam surgir; no do ramo das telecomunicações, por exemplo, há uma diretiva que determina que o responsável pelo tratamento seja, por norma, a pessoa de quem a mensagem teve origem e não a pessoa que oferece os serviços<sup>14</sup> mas nem por isso deixará este último de ser responsável no caso de ser necessário o processamento de dados adicionais.

Por fim, é necessário verificar se o responsável pelo tratamento exerce uma influência factual, uma vez que os termos contratuais não são decisivos para a determinação do responsável pelo tratamento de dados. O contrato poderá, no limite, permitir que as partes aloquem a responsabilidade onde acreditam que ela existe.

### 3.1.1. O Franquiado como Subcontratante

Pode acontecer que, no caso da franquia, o franquiado seja somente considerado um subcontratante do franquizador. Isto acontecerá naquelas situações em que, embora o franquiado realize uma atividade de tratamento de dados, fá-lo instruído pelo franquizador, sendo este último quem determina as finalidades e os meios daquele tratamento.

O conceito de subcontratante é-nos dado pelo ponto 8 do art. 4.º do RGPD, definindo-se como: “*uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes;*”. Como explica MENEZES CORDEIRO, uma vez que o subcontratante atua por conta do responsável, “justifica-se por inteiro” que a sua atuação se encontre condicionada às instruções daquele. Segundo aquele autor, o subcontratante não é, apesar de tudo, um “autómato”, cabendo-lhe respeitar as obrigações que são impostas pelo RGPD, e, se necessário, contrariar as instruções recebidas<sup>1516</sup>.

Contudo, o responsável pelo tratamento apenas pode servir-se do subcontratante, se este último apresentar garantias suficientes à execução das medidas técnicas e organizativas que satisfaçam as regras previstas no RGPD. Nestes casos, somos levados a concluir que se o franquizador não escolher de forma diligente o franquiado que atuará como subcontratante, então o primeiro será responsável por possíveis danos. Se o RGPD

---

<sup>14</sup> Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002.

<sup>15</sup> A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), ob. cit. 14.

<sup>16</sup> O subcontratante não é um funcionário do responsável pelo tratamento, mas um mandatário do responsável pelo tratamento que atua por conta deste último, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2020), *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, reimp., Coimbra: Almedina, pp. 308-309.

não prevesse expressamente esta obrigação, parece-nos que seria este um daqueles casos em que o franquiador responderia pelos atos do franquiado, não indireta, mas sim diretamente. Do antedito, parece que podemos concluir que o RGPD veio trazer um novo aspeto a que os franquiadores terão de atender na escolha dos seus franquiados.

Por outro lado, o subcontratante pode, em determinados casos ser mesmo considerado ele próprio um responsável pelo tratamento (*joint controller*), prevendo-se, nestes casos, uma responsabilidade solidária (cfr. n.º 4 do art. 84.º), isto é, no caso do *franchising*, poderá acontecer que franquiador e franquiado sejam ambos responsáveis pelos danos resultantes da violação do RGPD, se ambos forem considerados responsáveis pelo tratamento.

É, todavia, necessária alguma cautela na determinação das situações em que existe um controlo conjunto, já que este não se confunde com um “controlo comum de certos dados que não envolvam a partilha de finalidade e meios”. Se uma entidade, respeitando as normas do RGPD partilha os seus dados com outra, se essa outra entidade utilizar aqueles mesmo dados, mas sem que entre elas exista uma partilha de meios e fins, isto é, se o tratamento de dados que a segunda faz é independente da entidade que os transferiu, então não estamos perante uma situação de controlo comum.

Assim, pode tornar-se complexa a demarcação das situações em que existe um controlo conjunto e, portanto, uma responsabilidade solidária. Note-se que franquiador e franquiado podem ser considerados responsáveis pelo tratamento de dados, tal como definido pelo RGPD – o que não significa que, existindo dano para terceiros, sejam ambos obrigados a indemnizá-lo, na medida em que a responsabilidade solidária vai depender do facto de o dano emergir da mesma operação de tratamento de dados. À luz do Regulamento, mesmo que um terceiro tenha confiado os seus dados ao franquiador e ao franquiado, se apenas o franquiado faz uso deles e, conseqüentemente, existir um dano, poderá apenas um deles ser responsabilizado: aquele que efetivamente procedeu ao tratamento dos dados pessoais<sup>17</sup>.

Estas situações podem, todavia, tornar-se complexas. Se, por exemplo, dois entes utilizam a mesma plataforma de processamento de dados, não significa que ambos sejam considerados, conjuntamente, responsáveis pelo tratamento. Se cada um determinar individualmente o modo e o fim do tratamento de dados, então cada um será apenas responsável por parte da informação. Contudo, poder-se-á equacionar se não terão ambas

---

<sup>17</sup> PUIG, ANTONI RUBI (2018), ob. cit. 69.

as partes que garantir que o sistema é seguro, mesmo que um desses não seja capaz de determinar diretamente o cumprimento das obrigações (no caso, v.g., de apenas um deles ter forma de aceder à informação, não significa que o outro deixe de ser responsável<sup>18</sup>).

Como previamente demonstrado, não é com acuidade que se determina, na prática, quem é o responsável pelo tratamento<sup>19</sup>. De facto, esta dificuldade sai acrescida uma vez que temos uma figura – o subcontratante – que poderá surgir, à primeira vista, como responsável pelo tratamento, quando na verdade não o é.

É, conquanto, possível adiantar alguns indícios que nos permitam destrinçar entre responsável pelo tratamento e subcontratante: (i) desde logo, aferir qual dos dois possui liberdade para utilizar os dados segundo a sua vontade; (ii) se o ente tem possibilidade de utilizar os dados para fins diversos dos inicialmente estabelecidos; (iii) quem procede à recolha direta dos dados pessoais junto dos respetivos titulares e se (iv) existe algum tipo de assunção de responsabilidade autónoma pelo tratamento<sup>20</sup>.

Dito isto, se for o franquiador o único a retirar partido do tratamento dos dados, (ou quiçá os restantes franquiados por intermédio deste, uma vez que a franquia implica uma transmissão do saber-fazer e dos segredos de negócio, que pode advir, por exemplo, do conhecimento das preferências dos consumidores) então parece que o franquiado não funcionará aqui como algo mais do que um subcontratante<sup>21</sup>.

Se, por outro lado, ambos determinarem o sentido, o fim e o modo como os dados são recolhidos, parece ser de aceitar que os dois serão responsáveis pelo tratamento e, portanto, responderão conjuntamente, tal como resulta do art. 82.º do RGPD.

---

<sup>18</sup> De todo o modo, será essencial para a caracterização de responsáveis conjuntos que o tratamento de dados seja desenvolvido conjuntamente, pois falando dos mesmos dados, mas autonomamente tratados, não haverá responsabilidade conjunta nos termos do art. 26.º RGPD – A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2020) ob. cit. 308.

<sup>19</sup> Aliás, esta indeterminabilidade em detetar quem é, realmente, o responsável pelo tratamento tem merecido algumas críticas, nomeadamente, que as entidades poderão até nem ser capazes de perceber a existência de outras entidades que com elas sejam consideradas, “pelo menos em teoria”, como *joint controllers*. Para uma leitura mais aprofundada sobre estas críticas *vide* MILLARD, CHRISOPHER, *et al* (2019), “At this rate, everyone will be a (joint) controller of personal data!”, *Internacional data Privacy Law*, Vol. 9, n.º 4, p. 219, disponível em: <https://academic.oup.com/idpl/article/9/4/217/5771498?login=true>, consultado a 05/02/2021.

<sup>20</sup> O responsável pelo tratamento não tem, propriamente, de deter um “papel nuclear” na produção dos danos causados. Na verdade, aquele poderá ser responsabilizado mesmo que não tenha causado qualquer tipo de dano ao sujeito lesado (por exemplo, quando transmite, licitamente, dados a um terceiro, sendo que este último lhes dá um tratamento ilícito). A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), ob. cit. 12-13.

<sup>21</sup> Refira-se, contudo, que não é por um ente ser considerado subcontratante e não responsável pelo tratamento que se pode, sem mais, afastar a sua responsabilização. Na verdade, existem dois casos em que o RGPD permite que o subcontratante responda: quando viole as obrigações decorrentes do RGPD que lhe sejam especificamente dirigidas, e quando incumpriu instruções lícitas recebidas pelo responsável pelo tratamento. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), ob. cit. 13.

Embora, teoricamente, o Regulamento pareça de fácil aplicação, a verdade é que a prática tem demonstrado o contrário. Vejamos, de seguida, alguns exemplos.

Começemos por um caso decidido pelo TJ de 10 de Julho de 2018 (C-25/17)<sup>22</sup>, concernente à recolha de dados (porta a porta) por parte de testemunhas de Jeová. Era a comunidade que orientava de que forma deveria essa recolha ser feita, nomeadamente através de formulários que disponibilizavam previamente. Neste caso, porém, o tribunal entendeu que tanto os próprios membros, como a comunidade deveriam ser responsabilizados, uma vez que os primeiros tinham alguma liberdade na forma como recolhiam esta informação e aos segundos cabia também um papel determinante no tratamento dos dados.

Outro exemplo passa por um pedido de autorização para o tratamento de dados, decidido pela CNPD. Neste caso, a franquiada pretendia realizar um tratamento de dados pessoais com a finalidade de *marketing*, dados esses que enviaria à franquiadora para processamento dos mesmos, sendo que esta última “centraliza a prestação de serviços, designadamente no que respeita ao envio de inquéritos de satisfação e ações de marketing”. A franquiada pretendia fazer uma “interconexão de dados” com a franquiadora, por forma a constituir uma “base de dados partilhada”, pelo que pedia a autorização à CNPD. A CNPD entendeu que a franquiadora não poderia utilizar os dados para fins próprios, porquanto tal “pressuporia a qualidade de responsável pela informação”, qualidade essa que a franquiadora não detinha. Entre outros argumentos, a CNPD fundamentou que a franquiadora não poderia ser considerada um terceiro<sup>23</sup>, nos termos da al. f) do art. 3.º da LPD, sendo, na verdade, uma subcontratada para o processamento da informação<sup>24</sup>.

O documento do qual consta a decisão da CNPD não é extensivo, pelo que não podemos apurar com precisão o caso em apreço. Além do mais, corresponde a uma decisão de 2015, portanto o regime aplicável já não é o atual. Importa referir que anteriormente existia um controlo prévio, em que a CNPD considerava uma eventual responsabilidade pelo incumprimento da decisão se, nomeadamente, o consentimento

---

<sup>22</sup>Ac. disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&td=ALL&num=C-25/17>.

<sup>23</sup> Esta definição assume um preenchimento idêntico ao do direito comum. Os terceiros perdem esta qualidade assim que possam ser reconduzidos às demais categorias, nomeadamente à de responsável pelo tratamento, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2020), ob. cit. 310-311.

<sup>24</sup> Comissão Nacional de Proteção de Dados, Autorização n.º 11274/2015, disponível em: [https://www.cnpd.pt/home/decisooes/Aut/10\\_11274\\_2015.pdf](https://www.cnpd.pt/home/decisooes/Aut/10_11274_2015.pdf).

para a interconexão não fosse prestado, tratar-se-ia de um tratamento ilícito<sup>25</sup>, à luz do art. 34.º da lei 67/98. Ora, se isso acontecesse no caso em questão, o facto de a franquiada realizar o tratamento de dados através dos inquéritos fornecidos pela franquiadora, não poderia esta última ser considerada corresponsável, por ter um papel na determinação do modo e do fim do tratamento, tal como no caso supracitado em relação ao Ac. do TJ?

De resto, parece-nos que a CNPD decidiu convenientemente: a existência de uma relação de franquia não valida, sem mais, um tratamento interconexo de dados, pois falamos de entidades juridicamente independentes, sendo, à primeira vista, irrelevante a existência ou não de um contrato de franquia<sup>26</sup>, e, de todo o modo, a decisão não afastaria uma possível responsabilidade do franquiador nos termos gerais.

### 3.1.2. Responsabilidade de Terceiros não Considerados Responsáveis pelo Tratamento

Antes de terminarmos o presente capítulo, convém fazer uma alusão a uma questão levantada por MAFALDA BARBOSA, que averigua a possibilidade de se poderem responsabilizar terceiros que não sejam considerados responsáveis pelo tratamento. No entendimento da autora, se um terceiro se aproveitar da falta de adoção de medidas de proteção técnicas legalmente exigidas para o tratamento de dados pessoais e, com isso, causar prejuízos a terceiro, isto não permite, à luz do RGPD, que sejam responsabilizados.

Esta situação não invalida, contudo, a possibilidade de responsabilizar civilmente esse terceiro; todavia, como alerta a autora – e bem, no nosso entender – a disponibilidade de várias fontes indemnizatórias pode criar problemas de sobrecompensação. Se o responsável pelo tratamento satisfizer a totalidade dos danos sofridos ao lesado, este não deveria poder sustentar um direito de indemnização sobre o tal terceiro, dever-se-ia, pelo contrário, permitir que o responsável pelo tratamento pudesse perseguir frente ao terceiro o reembolso da quantia indemnizatória satisfeita<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Valendo agora um princípio de autorregulação. MAGALHÃES, FILIPA, (2018) “Regulamento Geral de Proteção de Dados”, *Ordem dos Contabilistas Certificados*, p. 11, disponível em: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/rgpd-fmagalhaesmanual.pdf>, consultado a 10/03/2021.

<sup>26</sup> Repare-se que no contrato de franquia não há uma subordinação do franquiado às ordens do franquiador. Porém, como já tivemos oportunidade de expor, se no caso concreto existirem laços mais fortes a unir os dois entes, então a resposta poderia ser diferente, já que o *nomen iuris* (contrato de franquia) não define a relação entre as partes.

<sup>27</sup> BARBOSA, MAFALDA (2018), ob. cit. 72-73.

### 3.1.3. A Exclusão da Responsabilidade

Por fim, é preciso notar que o RGPD estabelece alguns pressupostos que permitem excluir a responsabilidade pelos danos. Quanto a este especto, duas hipóteses se colocam: desde logo, se o lesado falhar na prova de que o dano ocorreu pela preterição das obrigações impostas pelo RGPD a que o responsável pelo tratamento estaria obrigado a cumprir, não logrando a prova da ilicitude, não haverá, então, lugar a qualquer responsabilização. Por outro lado, o lesante poderá arguir que o dano resultou de uma causa externa que ele não poderia nem conseguir evitar<sup>28</sup>. Apesar disso, é duvidoso que o responsável pelo tratamento se possa exonerar da responsabilidade caso se demonstre que o facto externo entrou num curso causal com o facto, de tal modo que se converteu na forma adequada à produção dos danos. A expressão utilizada, “de modo algum”, parece indicar que o incremento do risco atribuível a uma infração normativa poderia servir como base suficiente para a imputação objetiva do dano<sup>29</sup>.

Como exposto, apesar de a construção teórica não suscitar dificuldades, a realidade prática expõe um cenário diverso quando se questiona quem é, realmente, este responsável pelo tratamento.

### 3.1.4. Responsabilidade Civil Contratual ou Extracontratual?

Importa, agora, averiguar que tipo de responsabilidade desencadeia a violação de direitos protegidos pelo RGPD.

Desde logo, no seguimento de MAFALDA BARBOSA, podemos questionar, por um lado, se não estaremos perante uma responsabilidade extracontratual, na medida em que, verdadeiramente, o RGPD protege direitos absolutos e até constitucionalmente protegidos (como é o caso da intimidade da vida privada) pelo que a preterição destes direitos consubstanciaria uma ilicitude indemnizável através do instituto da responsabilidade civil, na modalidade da responsabilidade civil extracontratual<sup>30</sup>.

Por outro lado, não podemos esquecer que a relação contratual que possa existir entre o responsável pelo tratamento e o terceiro – que sofre o dano. Existindo uma relação contratual, esta seria indemnizável pela preterição dos deveres que oneram o responsável

---

<sup>28</sup> PUIG, ANTONI RUBI (2018), ob. cit. 79. BARBOSA, MAFALDA (2018), ob. cit. 431.

<sup>29</sup> PUIG, ANTONI RUBI (2018), ob. cit. 79.

<sup>30</sup> BARBOSA, MAFALDA (2018), ob. cit. 443.

pelo tratamento “ainda que o contrato não tenha por objeto essa proteção de dados, a boa fé pode impor determinados deveres de cuidado que, quando violados, geral responsabilidade contratual”<sup>31</sup>.

Ora, independentemente do que se disserte sobre o tipo de responsabilidade que aqui temos, a pergunta a que queremos dar resposta é a seguinte: sendo apenas o franquiado considerado, à luz do RGPD, o responsável pelo tratamento e, nessa qualidade, violar essas disposições normativas, poderá um terceiro lesado responsabilizar o franquiador para que também este responda pelo dano? É no interesse desta questão que damos seguimento ao ponto seguinte.

### 3.2. O Franquiado como Responsável pelo Tratamento

Repare-se que tanto a doutrina como a JP vêm definindo o contrato de franquia como um contrato quadro<sup>32</sup>, do qual surge uma relação obrigacional complexa. O franquiado terá de aceitar determinadas obrigações, nomeadamente no que concerne, à sua organização, política comercial, assistência a prestar a clientes, sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização por parte do franquiador<sup>33</sup>.

Assim, cabe, desde logo, levantar a questão de saber se um franquiador, no âmbito dos seus deveres de controlo<sup>34</sup>, fiscalização e assistência técnica<sup>35</sup>, não poderá ter um

---

<sup>31</sup> BARBOSA, MAFALDA (2018), ob. cit. 445.

<sup>32</sup> PINTO, FERNANDO A. FERREIRA (2013), *Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa: Universidade Católica, pp. 128 e ss. MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2004), *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*, 2.<sup>a</sup> reimp., Coimbra: Almedina, p. 125. Ac. do TRC de 14/02/2012, proferido no âmbito do processo 3863/07.5TBVIS.C1 (Carlos Moreira).

<sup>33</sup> Ac. do TRL, datado de 16/12/2008, proferido no âmbito do processo 8139/2008-7 (Isabel Salgado).

<sup>34</sup> A existência deste controlo radica da necessidade de o franquiador “preservar y cuidar” da imagem da franquia. IZUZQUIZA, MARIA LAURA (2008), ob. cit. 10.

<sup>35</sup> O contrato de franquia engloba 5 elementos essenciais já assentes pela doutrina e JP: fruição da imagem empresarial, transmissão do *know-how*, assistência técnica, controlo e fiscalização e onerosidade. O dever de prestar assistência técnica pode explicar-se como a obrigação que o franquiador tem em transformar a informação (da franquia, como a experiência e o *know-how* do franquiador) em formação. DEVASINI, PIERFRANCO (1990), *Il sistema franchising: Deontologia, normativa, giurisprudenza, creazione e sviluppo della rete, aspetti internazionali*. Milão: Etaslibri, p. 153. No Ac. do TRL, datado de 06/03/2014, proferido no âmbito do processo 124822/12.4YIPRT.L1-2, (Maria José Mouro), o tribunal entendeu que o facto de o franquiador ter deixado de cumprir o “acompanhamento/assistência” do franquiado, durante um período considerável de tempo, justificaria a resolução do contrato, pela sua manutenção se tornar inexigível. Note-se, contudo, que esta obrigação estava especialmente prevista no contrato quadro entre as partes, pelo que continua a dúvida em saber se, mesmo que esta obrigação não estivesse prevista, se seria o franquiador obrigado a acompanhar e a prestar assistência técnica. Já no Ac. do STJ de 19/10/2010, processo 2114/06.4TVPRT.P1.S1 (Salazar Casanova), considerou-se que, embora o franquiador não tenha enviado representantes ao estabelecimento do franquiado, para lhe prestar assistência técnica de comunicação do *know-how*, o facto de o franquiado nunca ter reclamado tal direito não lhe permite deixar de pagar os royalties a que estaria obrigado. Ora, da leitura integral do Ac. é possível perceber que a decisão do STJ

dever de, pelo menos, fornecer o aconselhamento jurídico necessário para que o franquiado possa tratar os dados de forma adequada.

Se, por um lado, o franquiador se obriga a proporcionar ao franquiado a possibilidade de este último utilizar os seus sinais distintivos (seja o nome, a marca, as insígnias) o franquiado tem direito a que lhe seja comunicado o saber-fazer do negócio, direito a que lhe seja prestada assistência técnica<sup>36</sup>.

Claro está que os termos que regulam a relação de franquia estarão confinados contratualmente nos termos estabelecidos pelas partes, funcionando este contrato como o tronco a partir do qual podem surgir ramificações da exploração do negócio.

Embora o contrato de franquia possa conter cláusulas de confidencialidade, exclusividade, realização de volume mínimo de negócios<sup>37</sup>, etc., não nos parece, que os deveres essenciais que circundam este contrato, como é exemplo o de prestação de assistência técnica, possam ser afastados.

Em alguns casos, principalmente naqueles em que o *iter* da própria relação de franquia é o tratamento de dados pessoais – por exemplo, empresas de *marketing* – temos sérias dúvidas de que o franquiador se possa exonerar deste dever. Claro está que tal não obsta à liberdade de as partes modelarem o conteúdo do contrato, mas se não se prevê a existência deste dever no conteúdo do contrato, então temos dúvidas se existirá, sequer, um verdadeiro contrato de franquia.

Situações haverá em que o tratamento de dados não é condição necessária para o desenvolvimento da atividade, e aqui já poderá ser de admitir que ao franquiador não caiba nenhum dever de controlar esse tratamento. De facto, não podemos esquecer que uma ingerência demasiado intensa do franquiador na atividade do franquiado poderá, em termos opostos, pôr em causa a existência de um verdadeiro contrato de franquia: não havendo um benefício (pelo menos direto) para o franquiador, tampouco lhe caberá controlar todos os aspetos da atividade desenvolvida pelo franquiado<sup>38</sup>.

---

não se conteve com a inexigibilidade de o franquiador prestar assistência técnica ao franquiado, frisando, aliás, que a colaboração entre ambos deveria ser premente. Apenas decidi naquele sentido por ter entendido que o franquiado utilizou a exceção de não cumprimento por mero pretexto e, além disso, não encontrou prova no preenchimento dos requisitos da exceção de não cumprimento invocada.

<sup>36</sup> PEREIRA, ALEXANDRE L.D (1997), “Da Franquia de Empresa (Franchising)”, *Boletim da Faculdade de Direito, LXXIII*, Coimbra, Universidade de Coimbra, s/p, disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/14181>.

<sup>37</sup> Embora ALEXANDRE PEREIRA não o diga desta forma, este autor justifica a possibilidade de inserção de cláusulas como estas pela necessidade de proteção de um bem comum à cadeia: a sua identidade. PEREIRA, ALEXANDRE L.D (1997), ob. cit. s/p.

<sup>38</sup> Embora exista quem defenda que, mesmo quando franquiados são responsáveis, os franquiadores terão um papel importante na proteção da informação dos clientes, nomeadamente dos que pertençam à “marca”.

Independentemente do entendimento adotado – quer se considere que o franquiador tem de aconselhar/fiscalizar/controlar o tratamento de dados do franquiado ou não – temos dúvidas que à violação deste dever corresponda algo mais do que uma responsabilidade contratual do franquiador para com o franquiado. Este dever terá uma eficácia interpartes, servindo exatamente para proteger o franquiado e a própria cadeia de franquia<sup>39</sup>. Parece-nos que, na *ratio* da existência destes deveres do franquiador para com o franquiado, não estão protegidos interesses de terceiros. Ou não será bem assim?

#### 4. A Aparente Independência nas Relações de Franquia

Tivemos oportunidade de ver que franquiador e franquiado são entes diferentes, tese que não questionamos. Mas, quanto a este ponto, urge fazer algumas correções: de facto, juridicamente, não se podem considerar como um mesmo ente, mas e economicamente?

O que une o franquiador ao franquiado é maior do que aquilo que os separa: ora porque ambos utilizam os mesmos sinais distintivos, ora porque o saber-fazer é o mesmo, ora porque pode inclusive o franquiador determinar a disposição dos móveis do franquiado no seu estabelecimento, e até a localização do mesmo. O sucesso de uma cadeia de franquia é fruto do sucesso individual de cada um dos seus membros. Como explica ALEXANDRE PEREIRA: estes entes, mais do que “agregados atomisticamente considerados” estão vinculados à empresa, cuja exploração é concedida pelo franquiador, sendo o estabelecimento do franquiado uma encarnação da empresa do franquiador<sup>40</sup>. Claro que, e como continua o autor, o franquiado não deixa de ter um valor próprio em si mesmo (ele desenvolve o seu próprio saber-fazer, pode “liquidar” o estabelecimento e o sucesso do negócio corre por sua conta); por outro lado, a identidade do estabelecimento do franquiado poderá sempre confundir-se com a identidade não só do próprio

---

BOARDMAN, RUTH, FRANCIS ALDHOUSE, ELIZABETH UPTON (2020), “Data Protection”, *The Franchise Law Review*, Londres, Bird and Bird LLP, p. 52, disponível em: [https://thelawreviews.co.uk/digital\\_assets/60bf5377-f427-497e-9756-e901d4142983/TFLR4.pdf](https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/60bf5377-f427-497e-9756-e901d4142983/TFLR4.pdf), consultado a 27/dez/2020.

<sup>39</sup> Em sentido contrário advoga MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, entendendo que, em determinadas situações, em que a “origem do dano reside no saber-fazer (...) [d]a imagem de marca”, havendo deficiência desse bem, então terceiros estão em condições de responsabilizar extracontratualmente o franquiador, juntamente com o franquiado. RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2001), ob. cit. 107.

<sup>40</sup> PEREIRA, ALEXANDRE L.D (1997), ob. cit. s/p.

franquiador, como até dos restantes franquiados – autonomia não pode ser confundida com independência.

No seguimento desta ideia de que a relação de *franchising* corresponde a algo mais do que cada um dos entes individualmente considerados, têm surgido algumas orientações doutrinárias que procuram olhar o contrato de franquia como um “contrato rede”, dizendo que o mesmo se concebe em “forma de estrela”, onde uma entidade central define as condições a observar para que se atinja o sucesso, sendo o fim unitário da rede o acréscimo da eficiência da atividade dos que nela participam<sup>41</sup>.

Entende GUNTHER TEUBNER que o sistema de franquia é de estrutura híbrida, pressupondo uma dicotomia entre “mercado e hierarquia”<sup>42</sup>, criando externalidades como uma outra qualquer organização<sup>43</sup>, e não se pode olhar para os franquiados como apenas “órgãos” da organização – do *franchising* -, mas também como membros autónomos dessa relação. Ora, isto coloca-nos um problema: a regra geral da atribuição de responsabilidade a um ente por facto de terceiro, assenta, na maioria das vezes, na existência de uma relação de dependência entre as partes. Tratando-se de um ente independente não haverá, em termos gerais, lugar à responsabilização de outrem que não aquele que atuou provocando um dano.

Acontece que os moldes em que estão pensados os vários institutos de responsabilidade acabam por não se adaptar ao modelo do *franchising* que é, inegavelmente, complexo e flexível. Quando a conduta de um franquiado origina um dano, não é totalmente correto dizer que esse dano advém da atuação do franquiado individualmente considerado, porque por detrás dele existe toda a estrutura organizativa da cadeia de franquia. Se é certo que um franquiado pode contratar com um terceiro de forma individual, não é tão certo assim que, numa perspetiva alargada do bem ou serviço prestado, não existam outros intervenientes que terão, no mínimo, que determinar a sua atuação com deveres de cuidado<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> PINTO, FERNANDO A. FERREIRA (2013), ob. cit. 124.

<sup>42</sup> No mesmo sentido PINTO, FERNANDO A. FERREIRA (2013), ob. cit. 122. Entende este autor que a relação de franquia vai “muito para além da simples troca pontual de prestações”, apresentando-se como uma “ordenação hierárquica que se aproxima das relações organizativas ou associativas”, relações essas assimétricas na conformação do contrato.

<sup>43</sup> TEUBNER, GUNTHER (1991), “Beyond Contract and Organization? External liability of Franchising Systems in German Law”, *Franchising and the law: Theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden: Christian Joerges, pp. 105-106, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=896501>, consultado a 23/nov/2020.

<sup>44</sup> TEUBNER, GUNTHER (1991), ob. cit. 131.

Assim, por um lado, não podemos dizer simplesmente que estamos perante uma relação de subordinação; por outro lado, a própria configuração do *franchising* também não nos pode levar a um entendimento no sentido de estarmos perante entidades independentes apenas conexas contratualmente.

Em adição, e no que ao tema da proteção de dados propriamente dito importa, há que ressaltar que vários estudos que mostram que o impacto económico de uma fuga de dados por parte de um franquiado pode trazer consequências para toda a cadeia<sup>45</sup> – e esta, aos olhos do consumidor, tenderá a apresentar-se como uma única entidade<sup>46</sup> (motivo que justifica, uma vez mais, a importância de o franquiador prestar, diligentemente, apoio ao franquiador, por forma a proteger-se a si, à marca e, naturalmente, a outros possíveis franquiados)<sup>47</sup>. Abra-se, no entanto, aqui um parêntese para dizer que nos parece algo criticável esta ideia da doutrina e JP de se referir ao contrato de franquia como criando, sempre, esta imagem no consumidor de uma única entidade. Repare-se que existe no consumidor de hoje uma certa sofisticação, muitos saberão que a empresa com quem contratualizam está integrada numa rede de franquia e que é um ente diferente. Esta proteção da desinformação já levou a decisões que consideramos demasiado condescendentes: é o caso, por exemplo, da decisão *Whitten v. KFC*. Neste caso, um trabalhador da KFC foi severamente queimado pelo equipamento de cozinha processando todo o canal de distribuição. O trabalhador alegou saber que o KFC era uma franquia, mas acreditava que a organização como um todo assegurava a qualidade e segurança das operações, e o tribunal deu-lhe razão. Se da perspetiva do consumidor este entendimento já será algo questionável (pois variará de caso para caso); tratando-se de um trabalhador parece-nos que sobre ele recairia a obrigação de reconhecer a sua entidade patronal.

---

<sup>45</sup> MULLOCK, JAMES, GABE MALDOFF (2017), “Data Protection and International Franchising”, *International Journal of Franchising Law*, V. 15, Cluerhout Publishing Ltd, p. 11, disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intjoflw15&div=6&g\\_sent=1&casa\\_token=3mA\\_Nd\\_419dEAAAAA:R1M4J\\_vdr\\_F6fFGa2R882KyNALIJYpYpRJuDb8DrSJBFCGccvN2VNrKrt3niSXmZzuVfDGxnQ&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intjoflw15&div=6&g_sent=1&casa_token=3mA_Nd_419dEAAAAA:R1M4J_vdr_F6fFGa2R882KyNALIJYpYpRJuDb8DrSJBFCGccvN2VNrKrt3niSXmZzuVfDGxnQ&collection=journals), consultado a 10/12/2020.

<sup>46</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2001), ob. cit. 9. Um caso de referência foi o que envolveu a cadeia de restaurantes *Papa John's Pizza*. Em 2012, foi interposta uma ação contra esta franquia, alegando-se violação do TCPA. Em causa estava o envio de mensagens com teor comercial aos consumidores, sem prévio consentimento dos mesmos. Os consumidores alegavam que o franquiador lhes surgia como indissociável do franquiado. O caso acabou em acordo, causando um prejuízo de milhões de euros, sem que se concluísse se realmente o franquiador poderia ou não ser responsável – LINDSEY, MICHAEL K., MARK S. MELODIA (2013), “Data Protection And Privacy In Franchising: Who is Responsible?”, *American Bar Association 36th Annual Forum on Franchising*, 16-18 de Outubro, p. 5, disponível em: <https://www.technologylawdispatch.com/wp-content/uploads/sites/26/2014/04/Article-Data-Protection-and-Privacy-Entire-Pape.pdf>.

<sup>47</sup> Se o *franchising* fosse uma simples licença de direitos de propriedade intelectual, o franquiador pouco se teria de preocupar com o *day-to-day* do negócio - porém, a franquia é mais do que isso – LINDSEY, MICHAEL K., MARK S. MELODIA (2013), ob. cit. 2.

Todavia, não podemos nem tomar uma posição no sentido de que a franquia não surge aos olhos do consumidor como um único ente, nem a inversa, porque isso dependerá não só do modelo de *franchising* em questão, como também do próprio consumidor individualmente considerado.

De todo o modo, na generalidade dos casos, a divulgação de informação que releve em termos de responsabilidade, seja civil ou seja penal, terá um impacto negativo, não só no respetivo franquiado, mas também em toda a cadeia. Poder-se-ia, no limite, dizer que todos os riscos colocariam em causa a imagem da franquia – o que não deixa de ser verdade – contudo, parece-nos que a proteção de dados é um segmento diferente, merecedor de uma atenção especial, na qual este alongamento da responsabilidade servirá para despertar no franquiador uma cautela adequada ao tema. Não será indiferente o caso de um cliente que, num hotel, parte uma perna, é assaltado, ou veja os seus dados roubados.

Ter acesso aos dados pessoais é ter acesso àquilo que de mais íntimo alguém pode ter: um ingresso à vida privada. Numa hipótese em que a um indivíduo é vedada a entrada num emprego por constar no seu registo criminal uma informação errada quanto a crimes que não praticou, por exemplo, seria errado crer que apenas a sua esfera privada ficaria afetada pela violação dos seus dados pessoais.

Esta consciência de que a fuga, ou o uma falha no tratamento de dados pode ter consequências nefastas não só para a pessoa em si, mas para todos os que o rodeiam, torna este tema especialmente sensível. Uma quebra na proteção dos dados pode significar a machadada final na confiança do cliente para com a marca.

Como referido, o franquiado, por norma, é obrigado a deixar que seja o franquiador a determinar o processamento da operação e a forma como explora a marca – e de resto, até faz sentido que assim seja – só que isto levará, por inerência, a que o franquiado tenha sempre pouca ou quase nenhuma influência na forma de processamento de dados<sup>48</sup>. Adicionalmente, mesmo que na prática isto não aconteça, será sempre dúbio se não será mesmo o franquiador obrigado a manter o controlo e gestão dos dados, dever esse que emerge dos tais deveres supramencionados, que nascem com o contrato de franquia.

---

<sup>48</sup> MEYER, ANDREAS GARD (2018), *Identifying Controllers and Processors Pursuant to the general Data Protection Regulation*, Tese de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Oslo, University of Oslo, p. 33, disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/62543/639.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado a 10/12/2020.

Por este motivo, o art. 82.º do RGPD veio conhecer aos titulares de dados pessoais o direito de serem compensados pelos danos causados pelo tratamento ilícito dos mesmos<sup>49</sup>.

Para que seja bem-sucedida uma ação de responsabilidade civil com base no art. 82.º do RGPD, será necessário cumprir-se determinados requisitos: desde logo, tem de haver alguém que seja considerado como responsável pelo tratamento dos dados, seguidamente, será necessária a existência de uma infração a uma norma que esteja prevista no RGPD; um dado; bem como a existência de uma relação de causalidade entre a infração da norma e o próprio dano<sup>50</sup> Nestes termos, haverá lugar a responsabilidade mesmo nas situações em que não haja influência direta no dano. Acontece, todavia, que este mecanismo de responsabilização civil pela violação das normas do regulamento é tendencialmente irrestrito<sup>51</sup>.

Embora não se verificando os requisitos do Regulamento, e não sendo o franquizador considerado responsável pelo tratamento, nem por isso será de afastar a possibilidade de o fazer responder. Estes tipos de soluções existem em vários ordenamentos jurídicos – mas poderão ser admitidas nosso?

## 5. As Soluções do Direito Português

Não existindo normas específicas para a regulação do contrato de franquia, caberá perceber se existem institutos dos quais nos possamos auxiliar para dar resposta à questão de saber em que medida poderá o franquizador responder pelos atos geradores de responsabilidade civil do franquiado, pelo tratamento de dados, quando aquele não possa ser responsabilizado à luz do RGPD.

Alerte-se, contudo, que dada a densidade do tema, não pretendemos analisar de forma extensiva as hipóteses que levantaremos, pelo que nos limitaremos a dar um enquadramento geral e a questionar em que medida cada instituto poderá ou não aplicar-se.

---

<sup>49</sup> IZUZQUIZA, MARIA LAURA (2008), ob. cit. 56.

<sup>50</sup> IZUZQUIZA, MARIA LAURA (2008), ob. cit. 58.

<sup>51</sup> Tal como explica MENEZES CORDEIRO, note-se que o art. 82.º do RGPD não limita a possibilidade de os lesados se poderem socorrer de outras disposições legais, nacionais ou europeias, como mecanismos de defesa e como forma de levar a bom porto as suas pretensões. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), ob. cit. 3.

## 5.1. A Comissão – art. 500.º do Código Civil

O art. 500.º do CC prevê a possibilidade de o comitente responder, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário cause “desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”.

Mais ainda, se o comitente proceder com culpa na escolha, formação e vigilância do comissário, poder-se-ia até falar numa responsabilidade do comitente, não por facto de terceiro (comissário), mas por facto próprio daquele, na medida em que o ente contribuiu diretamente para o dano<sup>52</sup>.

Ora, estes casos, poderiam ser também eles pensados para a relação de *franchising*, onde o franquizador terá, diligentemente, de escolher os membros da franquia, garantindo que os mesmos são capazes de desenvolver a atividade da cadeia, não havendo também dúvidas que existirá uma obrigação de vigiar e acompanhar a atividade do franquiado.

No entanto, importa referir que a aplicação do art. 500.º do CC implica a existência de uma relação de subordinação entre dois entes. Ora, considerando as características do contrato de franquia, nomeadamente, a ideia de independência jurídica entre franquizador e franquiado, a aplicação desta norma levaria à descaracterização do contrato de *franchising* enquanto tal, razão pela qual será inadequada a invocação desta norma para a defesa da nossa tese.

## 5.2. Atos dos Representantes Legais ou Auxiliares – art. 800.º do Código Civil

Diferente do art. anterior, em que a “circunstância liberatória da responsabilidade do comissário aproveita ao comitente”, na responsabilidade obrigacional, o legislador ficcionou o comportamento do auxiliar na pessoa do devedor, sendo indiferente se o auxiliar é ele próprio também responsável<sup>53</sup>. Ou seja, mesmo que o auxiliar não responda, o devedor poderá responder.

De facto, comparativamente ao preceito anterior, poderá aqui ser irrelevante a existência de uma relação de subordinação, motivo pelo qual poder-se-ia questionar a sua

---

<sup>52</sup> DE LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES, ANTUNES VARELA (1987), *Código civil anotado*, 4.ª Ed., Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, p. 507-508.

<sup>53</sup> ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA (1990 a 1993), “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa.”, separata de *Revista de Direito e Economia*, p. 69.

aplicação. Contudo, este preceito não acautela uma série de situações, limitando-se a proteger o cumprimento da obrigação do devedor perante o credor. Ora, em todas aquelas situações em que um terceiro não contrata com o franquiador, mas sim com o franquiado, aquele não poderá invocar o art. 800.º do CC para responsabilizar o franquiador.

### 5.3. Representação Aparente – art. 23.º do Decreto-Lei 178/86 de 3 de julho

O art. 23.º do DL 178/86, que veio regular o regime do contrato de agência, contém uma solução arrojada no panorama do direito português, uma vez que, preenchidos determinados requisitos, permite que um terceiro de boa fé invoque a eficácia perante o principal de um negócio celebrado por um agente sem poderes de representação.

A primeira questão que se coloca é saber se esta norma se poderá aplicar ao contrato de *franchising*. A maioria da doutrina e a JP têm entendido que o preceito se pode aplicar aos contratos de cooperação e de colaboração<sup>54</sup>. Ora o contrato de franquia pode ser entendido como um contrato de cooperação, uma vez que entre franquiador e franquiado existe um fim comum, o de “organizar a melhor coloração no mercado de determinados bens ou serviços, fornecidos ou não pelo franquiador”<sup>55</sup>.

Aberta assim a possibilidade de aplicar este art. às relações de franquia, é necessário analisar os seus requisitos. Quanto aos requisitos objetivos, tem-se entendido que devem existir razões ponderosas, objetivamente apreciadas *in casu*, que justifiquem “que o terceiro confie na existência de poderes representativos do agente”<sup>56</sup>. Será, ainda, necessário, agora no que respeita aos requisitos subjetivos, a boa fé do terceiro, bem como que o “principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro”.

Do antedito surge, então, um requisito de análise fulcral para o nosso trabalho: se a norma fala em “contribuir”, significa que ambos os entes deverão tomar determinados atos que levem terceiros a crer que existe uma representação com poderes.

Daqui, naturalmente, excluem-se duas situações: aquelas em que apenas uma das partes – principal ou agente – contribuiu para a confiança gerada no terceiro em que o agente representava o principal.

---

<sup>54</sup> MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2017), *Contrato de agência: anotação ao Decreto-Lei 178/86, de 3 de julho*, 8ª Ed., Coimbra: Almedina, pp. 114-116. BARATA, CARLOS LACERDA (1994), *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lisboa: Lex, pp. 60-61. Ac. do STJ, de 11/07/2012, proferido no âmbito do processo 5118/06.3TVLSB.L1.S2 (Granja Fonseca).

<sup>55</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2001), ob. cit. 31 e ss..

<sup>56</sup> BARATA, CARLOS LACERDA (1994), ob. cit. 63.

Portanto, encontramos já duas situações não acauteladas.

Outro ponto importante é o facto de este comportamento do principal poder ser entendido como uma ação ou omissão<sup>57</sup>. Ou seja, transpondo a norma para a relação de franquia, diríamos que o franquiador responderia pelos atos do franquiado, naqueles casos em que o franquiado atua em nome do primeiro, sem poderes, tendo o franquiador contribuído para a criação dessa boa fé em terceiros.

Embora se considere que esta norma tenha vindo proteger, de forma bastante mais ampla, os interesses de terceiros de boa fé, a verdade é que esta continua a deixar sem resposta um conjunto considerável de situações, em especial no que respeita às relações de franquia.

Repare-se que um franquiado não atua como um representante do franquiador: por norma, aquele não vende produtos/serviços de que este último é proprietário; pelo contrário, o franquiado negocia com os seus clientes os bens ou serviços que este próprio tem para oferecer. Deste modo, nestas situações, parece-nos que falar numa “atuação em representação” do franquiador não será, de todo a todo, o mais correto<sup>58</sup>. De facto, até se poderiam configurar situações em que, no que respeita à venda de bens, o franquiado mais não fosse que um intermediário entre franquiador e consumidor, mas, já no que toca ao serviços, e na linha de pensamento de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, será impossível “distribuir serviços que foram concebidos pelo franquiador, o qual não lhe fornece (ao franquiado) o próprio serviço, mas a ideia do serviço ou a forma de o prestar”<sup>59</sup>.

O que temos, então, é uma norma que não permite responsabilizar o franquiador pelos atos do franquiado em todas aquelas situações em que este último não atue por conta do primeiro. Por outro lado, parece-nos que a solução do art. 23.º terá de ser cautelosamente analisada nas situações contrárias àquela. Questionamos se o franquiador não será obrigado a demonstrar explicitamente ao público em geral que franquiado e franquiador são entes distintos, sob o risco de a “omissão” desta informação o colocar numa posição de fragilidade e abrir portas a uma possível responsabilidade. Utilizando a

---

<sup>57</sup> MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2017), ob. cit.115.

<sup>58</sup> Seguindo esta linha de raciocínio, será também forçoso concluir que as denominadas “procurações tácitas” e “procurações aparentes” apresentam uma solução ao problema. As procurações tácitas mais não são do que declarações negociais que pressupõem a consciência da declaração por parte do autor da procuração. As procurações aparentes resultam das situações em que o mandante embora não conheça que alguém atua como seu representante, devia conhecer. ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA (1990 a 1993), ob. cit. 56-57. Ora, estas duas hipóteses também só se colocariam quando, no caso do franchising, o franquiado negociasse em nome do franquiador.

<sup>59</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2005), “O contrato de franquia (franchising)”, separata de *Direito e Justiça*, vol.19, tomo I, p. 83.

mesma marca, a mesma estrutura e, quiçá, usufruindo de uma campanha de *marketing* unitária, não poderá o franquiador a criar em alguns<sup>60</sup> dos potenciais consumidores a ideia de que franquiador e franquiado constituem entes indistintos? Assim, um entendimento desta norma neste sentido porá em risco o modelo de *franchising* até então seguido, uma vez que as vantagens da utilização deste tipo contratual, *maxime* a transferência do risco do insucesso do negócio para o franquiador e o aproveitamento da marca para o franquiado, se podem diluir naquela obrigação de informação.

Aliás, não poderá ser ignorado o art. 22.º do aludido DL: o agente (leia-se franquiado) deve informar os interessados sobre os poderes que, eventualmente possuir, “identificando-se como agente de outrem”<sup>61</sup>.

#### 5.4. Teoria da Culpa na Organização

Como explica MARIA DA GRAÇA TRIGO, a culpa pela organização “verifica-se quando um empresário (...) não cumpre o dever de segurança do comércio jurídico que lhe compete na organização do seu estabelecimento ou empresa e, em consequências, causam danos a um terceiro”<sup>62</sup>. Esta teoria procura “dinamizar os clássicos deveres *in eligendo, in instruendo e in vigilando*, por forma a responsabilizar um ente por danos causados no exercício da sua atividade”<sup>63</sup>.

Ora, um franquiador tem de cumprir determinados deveres para com o franquiado, como a prestação de assistência técnica. Falhando o cumprimento desses, o franquiador coloca em risco não só o próprio franquiado a quem não é prestada essa assistência, mas toda a cadeia, já que, como vimos – e embora consideremos que esta visão deve ser, de certa forma, limitada – franquiador e franquiado surgem aos olhos do público como um único ente.

Assim sendo, a teoria da culpa na organização até poderá surgir com especial relevo na relação de franquia. Esta teoria, inclusive, acaba por se afastar do regime da responsabilidade por atos dos auxiliares na medida em que abrange funções de direção e gestão empresarial, bem como “a montagem de um sistema de vigilância e a emissão de

---

<sup>60</sup> Note-se que, tal como explicamos *supra*, alguns dos consumidores serão aptos a distinguir franquiador e franquiado.

<sup>61</sup> MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2017), *ob. cit.* 112.

<sup>62</sup> TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), *Responsabilidade Civil Delitual por Fato de Terceiro*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 197.

<sup>63</sup> DA FRADA, MANUEL A. CARNEIRO (2006), *Direito civil: responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra: Almedina, p. 86.

ordens gerais”, não sendo necessária uma vigilância em pormenor<sup>64</sup>. Este dever, em certa medida mitigado, permite, assim, contornar o entrave que encontrámos aquando da análise do regime da comissão.

Além disso, esta ideia da culpa da empresa surge naquelas situações em que se entende que houve alguma deficiência no desenvolvimento da atividade, independentemente de haver culpa por parte do titular da empresa<sup>65</sup>. Mais uma vez, a relação de *franchising* pode enquadrar-se aqui, por exemplo, se existir uma deficiente formação dos seus franquizados.

Por fim, MARIA DA GRAÇA TRIGO entende que deverá haver responsabilidade da empresa provando-se determinados elementos: (i) atividade da empresa; (ii) deficiência ou falha nessa atividade; (iii) verificação do dano; (iv) nexo de causalidade entre a atividade defeituosa e os danos<sup>66</sup>.

Ora, o aproveitamento desta teoria obriga ao preenchimento dos pressupostos supramencionados. Quanto à verificação do dano e ao nexo de causalidade, não se apresentam problemas de maior. De igual modo, quanto ao requisito da “deficiência ou falha” na atividade desenvolvida pela empresa, também se poderia, por exemplo, invocar que o franquizador incumpriu as obrigações de prestar assistência técnica e vigiar a atividade do franquizado. O problema colocar-se-á no primeiro requisito: ter-se-ia que entender que o franquizador, quando gere a cadeia de franquia, gere uma empresa em sentido lato. Relativamente a este aspeto importa referir que, na esteira do entendimento de COUTINHO DE ABREU, não parece existir um conceito unitário de empresa. Não obstante, o autor admite haver espaço para o estudo de problemas levantados por determinados instrumentos, como o “contrato de empresa” – dando o exemplo da franquia, mas não concluindo pela sua inserção ou não inserção no conceito<sup>67</sup>.

Assim, embora não afastemos esta possibilidade, temos algumas dúvidas quanto à aplicabilidade da teoria da culpa na organização aos casos de franquia.

No seguimento desta análise, e atento ao facto de não vislumbrarmos, dentro do ordenamento jurídico português, uma solução que nos pareça suficientemente protetora dos interesses de terceiros que contratem com as empresas em *franchising*, importará perceber o que tem sido dito noutros sistemas jurídicos. Uma vez que o ordenamento

---

<sup>64</sup> TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), ob. cit. 200.

<sup>65</sup> TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), ob. cit. 422.

<sup>66</sup> TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), ob. cit. 437.

<sup>67</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO (1996), *Da Empresarialidade: As empresas no Direito*. Coimbra: Almedina, p. 307.

jurídico norte-americano se tem dedicado à temática, focar-nos-emos no mesmo, sem prejuízo de nos debruçarmos ao de leve sobre outros.

## 6. A Responsabilidade Indireta – *Vicarious Liability*

### 6.1. Introdução ao Tema

Em traços gerais, podemos afirmar que o tema da responsabilidade dentro da relação de franquia foi muito pouco explorado pela doutrina portuguesa. Podemos questionar se este postergar se assenta numa atitude reticente em abordar a temática, que, de resto, tem vindo a ser questionada em vários países, ou se, na verdade, se acredita que inexistente qualquer especificidade na relação de franquia que permita falar de uma responsabilidade do franquiador pelos atos do franquiado.

Da nossa parte, embora a questão pudesse já ter um interesse *per se*, a verdade é que a temática do direito da proteção de dados e as normas do RGPD, vieram levantar o pano de uma peça até então nada representada, como tivermos oportunidade de ver.

A *vicarious liability* apresenta-se como uma solução em alguns ordenamentos jurídicos, nomeadamente o norte-americano, para responsabilizar um ente pelos atos de outrem, atuando como uma “responsabilidade indireta”, ou “responsabilidade por factos de terceiros”. Existe este entendimento de que o objetivo socioeconómico por detrás da *VL* é o de ter uma parte capaz de tornar indemne aquele que sofre o dano<sup>68</sup>.

Nos ordenamentos anglo-saxónicos, surge então uma ideia de responsabilidade indireta do franquiador – *VL*<sup>69</sup> – entendendo-se que o franquiador pode ser, em alguma medida, responsável pelo *wrong doing* dos seus franquiados, exatamente naquelas situações em que aquele detém um controlo exacerbado sobre os atos de gestão destes – ou aparente que assim seja. E, como vimos, aquando do estudo do tema no âmbito do RGPD, existe naquele tipo de atividades um dever acrescido de controlo por parte do franquiador, pelo que parece ser de admitir que, a um maior controlo exercido por parte

---

<sup>68</sup> CHINWUBA, NWUDEGO NIKEMAKONAM (2020), “Recent Developments in the application of the doctrine of vicarious liability by United Kingdom Courts”, *Nnamadi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, vol. 11, n.º 1, p. 4, disponível em: <https://www.ajol.info/index.php/nauijlj/article/view/195199>, consultado a 1/nov/2020.

<sup>69</sup> BEYER, DAVID A. (1986), *Vicarious Liability*, Roma: DLA Piper Us LLP, pp. 3-9, disponível em: <https://www.unidroit.org/english/documents/1986/study68/s-68-01-e.pdf>, consultado a 20/12/2020.

do franquiador, terá que corresponder uma responsabilidade acrescida, gradativa<sup>70</sup>. O problema será sempre traçar a linha a partir da qual se pode fazer responder o franquiador: “*How Much Control Is Too Much?*”<sup>71</sup>.

O que não podemos afastar como evidente é a existência de algum controle na relação de franquia, sendo esta, inevitavelmente, uma relação assimétrica<sup>72</sup>.

Esta ideia de ingerência para lá do que corresponde, tradicionalmente, aos deveres da franquia, tende a estar associada à absorção de elementos de outros tipos contratuais. Será comum que o contrato de franquia ganhe uma desenvoltura diferente se lhe forem associados elementos de outros tipos. Ora, no sistema norte-americano, a possibilidade de se fazer responsabilizar o franquiador pelos atos do franquiado assenta exatamente naquelas situações em que se entende que a relação de franquia absorve elementos de outro tipo contratual, designadamente, quando ao contrato são aplicadas normas da *agency*. Com isto defende-se, então, que o franquiador poderá ser responsável mediante a aplicação da tese da *VL*.

Ora, no sistema jurídico norte-americano, tem vindo a defender-se que a *VL* cria um paradoxo com o qual os franquiadores são forçados a lidar: por um lado, se exercerem demasiado controlo da atividade dos seus franquiados, sujeitam-se a ficar expostos a esta doutrina, por outro, se assim não for, ficam eles próprios desprotegidos, na medida em que os atos de um franquiado poderão afetar negativamente não só o próprio franquiador, como também toda a cadeia de franquia<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> LINDSEY, MICHAEL K., MARK S. MELODIA (2013), ob. cit. 3.

<sup>71</sup> GOTASKIE, JOHN (2012), “Vicarious Liability: How Much Control is Too Much?”, *Data Protection Working Party*, article 29, Opinion 1/2010, Fox Rothschild LLP, disponível em: <https://franchiselaw.foxrothschild.com/2012/07/articles/legal-decisions/vicarious-liability-how-much-control-is-too-much/>, consultado a 12/nov/2020.

<sup>72</sup> “The business world would argue that the asymmetry is necessary for the proper protection of intellectual property rights and is also the key to the success of the entire system”, TAJTI, TIBOR (2015), “Franchise and Contract Asymmetry: a Common Trans-Atlantic Agenda”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, p. 249, disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1726&context=ilr>, consultado a 10/out/2020. Esta ideia de assimetria identifica-se de várias perspetivas: assimetrias de exploração, de informação, de risco, de recursos, a nível contratual. BUCHAN, JENNIFER MARY (2010), *Franchisor Failure: An Assessment of the Adequacy of Regulatory Response*, Tese de Doutoramento em Filosofia, Austrália, School of Law, Queensland University of Technology, p. 189 disponível em: <https://eprints.qut.edu.au/39027/>, consultado a 04/fev/2021. SALA, GIORGIO (1994), *Il Franchising: aspetti contrattuali ed esperienze internazionali*, Monza: Consulting, pp. 57-59.

<sup>73</sup> Embora assim seja, a verdade é que nem todas as violações das normas que regulam a proteção dos dados pessoais contêm a mesma importância. Alguns tribunais norte-americanos têm entendido que a violação dessas normas torna-as “*incapable of cure*”. Além disso, o que acontece na maioria das relações de franquia é que, na verdade, acabam por ser consideradas, aos olhos dos tribunais, como verdadeiras relações de trabalho, justificando-se a responsabilidade do franquiador. BARKOFF, RUPERT M. (2014), “Is the Franchising Business Model in Serious Trouble?”, *New York Journal*, 15 de setembro, disponível em:

## 6.2. A Antecâmara da *Vicarious Liability* – a Responsabilidade Direta

Aqui chegados, importará, contudo, fazer um parêntese, porque, embora os tribunais norte-americanos venham a aplicar a doutrina da *VL*, tanto em casos que de tratamento de dados pessoais como outros, a verdade é que, em muitos deles, não será necessário ir tão longe, uma vez que se encontram mecanismos de aplicação primária antes de se partir para o argumento daquela doutrina.

Ora, a doutrina norte-americana tem adiantado algumas possibilidades de responsabilização do franquizador pelos atos do franquiado que se afastam desta ideia de responsabilidade indireta: por exemplo a responsabilidade direta do franquizador pelas suas próprias condutas e dos seus trabalhadores, nos casos em que o franquizador está envolvido na manufatura e *design* de um produto; quando voluntariamente assume essa responsabilidade, em temas como o da *food safety*<sup>74</sup>. Por outras palavras, existe responsabilidade direta do franquizador quando este esteve diretamente envolvido na conduta que conduziu ao dano, podendo ser responsável, por exemplo, por não ter escolhido, criteriosamente, os membros da cadeia, ou porque o dano foi provocado por um trabalhador do franquizador. Ou seja, quando o dano ocorre de uma conduta ativa ou omissa do franquizador, mesmo que relacionada com a supervisão do franquiado, então poderá existir uma responsabilidade direta do próprio franquizador.

Coloca-se ainda a questão de saber se o franquizador poderá ser responsabilizado por uma má escolha dos seus franquiados, por uma escolha não cuidadosa<sup>75</sup>. Tal como MICHAEL FLYINN, entendemos que, mesmo existindo um dever por parte do franquizador de uma seleção criteriosa dos seus franquiados, a negligência nessa seleção levaria a uma responsabilidade direta do franquizador pelos atos do franquiado, e não uma

---

[https://www.kilpatricktownsend.com/~/\\_media/Files/articles/2014/RBarkoff%20NYLJ%20September%2015.ashx](https://www.kilpatricktownsend.com/~/_media/Files/articles/2014/RBarkoff%20NYLJ%20September%2015.ashx), consultado a 06/fev/2021.

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o tema, vide ZHANG MEI, (2015) “International Franchising” *Franchise Law Journal*, Vol. 35, n.º 1, American Bar Association, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26421596?seq=1>, consultado a 5/out/2020.

<sup>75</sup> Um franquizador deve selecionar e aceitar franquiados apenas naqueles casos em entenda, após uma investigação razoável, que os franquiados dispõem das características básicas e de qualidades financeiras suficientes para continuar a relação de franquia. CLARKIN, JOHN E., STEVEN M. SWAVELY (2006), “The importance of personal characteristics in franchisee selection”, *Journal of Retailing and Consumer Services* 13, disponível em: [https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698905000603?casa\\_token=bquufiX1btgAAAAA:15XnL6j6Zv8ObcpT6KM\\_NcktrvNEeKVOXe8f1DRP6MYrWVFj1Uy5llILDJHy1VO8-F5IQqPQTO](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698905000603?casa_token=bquufiX1btgAAAAA:15XnL6j6Zv8ObcpT6KM_NcktrvNEeKVOXe8f1DRP6MYrWVFj1Uy5llILDJHy1VO8-F5IQqPQTO), consultado a 06/fev/2021.

responsabilidade indireta<sup>76</sup>. Repare-se: um franquiador que não seleciona, diligentemente, os entes que passarão utilizar o modelo de negócio do franquiador, não pode depois eximir-se da culpa nessa escolha. O franquiado passará a pertencer a uma cadeia que está organizada de uma determinada forma, que terá de cumprir determinados *standards* com fim último de proteger a imagem da franquia.

Quanto a este ponto, podemos mesmo referir o caso norte-americano *Peterson v. Aarons*, no qual o tribunal condenou o franquiador a par do franquiado, fundamentando essa responsabilidade na base de que o próprio franquiador teria contribuído para o dano. Sinteticamente, a franquia em questão estava ligada à venda de computadores, tendo o franquiado instalado um *software* que lhe permitia vigiar os consumidores. Acontece que o franquiador foi também responsável pelo ilícito, uma vez que se provou que ele teria treinado o franquiado para a utilização daquele tipo de programas, ensinando-o a evitar conflitos com o antivírus, fornecendo-lhe os instrumentos para a violação da privacidade dos clientes.

Num outro caso, que envolvia uma cadeia de hotéis, um franquiado permitiu que pessoas não autorizadas acessem à rede desse mesmo hotel, que tinha ligação à rede dos outros franquiados, tendo sido possível obter dados pessoais, como número de cartões de crédito de clientes de outros hotéis<sup>77</sup>. O caso acabou em acordo, mas seria de aceitar que só o franquiado respondesse por estes danos?

Ora, em todos estes casos não foi necessário recorrer à doutrina da *VL*, até porque que, como veremos, esta tende a ser sempre uma hipótese de última *ratio*, dada a dificuldade de se preencherem os seus pressupostos.

### 6.3. A Doutrina da *Vicarious Liability*

Nos casos que vimos no ponto anterior, não existiu uma verdadeira responsabilização indireta do franquiador, ou seja, não se admitiu a responsabilização destes pelo simples facto de existir uma relação – de franquia, claro está – com o

---

<sup>76</sup> FLYNN, MICHAEL R. (1993), “The law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique”, *Columbia Business Law Review*, p. 97 disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colb1993&div=10&g\\_sent=1&casa\\_token=P-hy528gQJYAAAAA:u6P6jtpX4\\_mva3IsdJh5i0ko0Rfb16EdjorQZczmppLflmTljFdUZe75-d-jjzPx5y6-LCCX-g&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colb1993&div=10&g_sent=1&casa_token=P-hy528gQJYAAAAA:u6P6jtpX4_mva3IsdJh5i0ko0Rfb16EdjorQZczmppLflmTljFdUZe75-d-jjzPx5y6-LCCX-g&collection=journals), consultado a 10/nov/2020.

<sup>77</sup> *FTC v. Wyndham Worldwide Corp.*, Civil Action No. 2:13-CV-01887-ES-JAD (U.S. Dist. Court, D. N.J.).

franquiado, relação essa que podia, de uma forma ou de outra, obrigar a que também ele respondesse pelos danos causados. Pelo contrário, o franquiador foi responsabilizado, na medida em que ele próprio, diretamente, contribuiu para o dano.

Existe, porém, a possibilidade de fazer responder o franquiador pelos atos do franquiado, atos esses que apenas indiretamente relacionam aquele com o dano - a essa responsabilidade indireta que chamamos de *VL*.

Quanto a esta doutrina, têm sido avançados dois possíveis caminhos para a sua aplicação: um deles consegue-se mediante prova de que existe entre franquiador e franquiado não uma verdadeira relação de franquia, mas uma relação entre *principal e agent*; numa segunda hipótese, subsidiariamente, poder-se-á responsabilizar o franquiador naquelas situações em quem apesar de não existir uma relação de *agency*, existe uma de *apparent agency*<sup>78</sup>.

Será, então, necessário começar por explicar o que se entende por relação de *agency*. A *agency* define-se como o contrato através do qual uma ou mais pessoas – o principal – encarrega outra pessoa – o agente – para que este atue em seu nome, envolvendo, por isso, a delegação de algum poder de decisão ao agente<sup>79</sup>, atuando este último sob direção do primeiro. Esta não se confunde, portanto, com a relação de *franchising*: na primeira existe um maior controlo do principal sobre a atividade do *agent*, e, como tal, a regra será a de que o primeiro responderá pelos atos do segundo, diferentemente do que acontece nas relações de *franchising*, em que a regra será a de que cada ente será responsável pelos seus próprios atos.

Acontece que só a avaliação do caso concreto nos permitirá perceber se estaremos ou não perante uma relação de *agency*. Para isso, será necessário perceber qual a intensidade do controlo exercido pelo franquiador sobre os seus franquiados. Repare-se que, como vimos, terá sempre de existir algum controlo do franquiador, o problema será,

---

<sup>78</sup> KING, JOSEPH (2005), “Limiting the Vicarious liability of Franchisors for the torts of their franchisees”, *Washington And Lee Law Review*, 62 p. 429, disponível em: <https://law2.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/62-2King.pdf>, consultado a 13/nov/2020.

<sup>79</sup> CAERS, RALF, CINDY DU BOIS, MARC JEGERS, SARA DE GIETER, CATHERINE SCHEPERS, ROLAND PEPERMANS (2006), “Principal-agent relationships on the stewardship-agency axis”, *Nonprofit Management and Leadership*, vol. 17(1), p. 26, disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/nml.129?casa\\_token=YAH3H31NoPIAAAAA%3AnMAIt-Fk8zNcXqqfbJ4dXHa1-JUMee8rJ0IEG2zoYyeP3J1WOnABOFPKj2IsJ7lsA0tJ3ISeIV-m-Y0](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/nml.129?casa_token=YAH3H31NoPIAAAAA%3AnMAIt-Fk8zNcXqqfbJ4dXHa1-JUMee8rJ0IEG2zoYyeP3J1WOnABOFPKj2IsJ7lsA0tJ3ISeIV-m-Y0), consultado a 23/out/2020.

então, traçar a linha a partir da qual o franquiador já se encontrará sujeito à doutrina da *VZ*<sup>80</sup>.

Vamos apenas debruçar-nos, ao de leve, sobre cada uma destas teorias.

Começando pela *actual agency*, a regra no direito norte-americano é a de haver uma responsabilidade do principal pelos atos ou omissões dos seus *agents*, responsabilidade essa considerada indireta<sup>82</sup>. Assim, o que temos na *actual agency* é um franquiador que exerceu, ou reservou para si – porque poderá não exercer, de facto – demasiado controlo sobre o negócio do franquiado<sup>83</sup>.

Passando, então, para a *apparent agency*, vimos já que, provando-se, então, que o franquiador exerceu ou pôde exercer um controlo sobre o dia-a-dia do negócio do franquiado, poderá aquele ser responsável pelos danos que este possa causar a terceiros. Mas esta não é a única forma de se fazer responder o franquiador. Nestes casos, o franquiador – através de atos ou omissões – leva um terceiro de boa fé a acreditar razoavelmente que o franquiado é um *agent* do franquiador<sup>84</sup>. Existem, contudo, três requisitos que devem verificar-se para que possamos estar perante um caso de *apparent agency*: (i) uma representação do principal; (ii) um terceiro ter confiado nessa representação; e (iii) o terceiro ter alterado a sua posição/decisão, ou ter sofrido um dano<sup>85</sup>.

Ora, perante uma relação de franquia, o primeiro dos três requisitos acaba por ser de fácil observância, pois esta ideia de aparência surge pelo uso da marca que o franquiado faz. Também em relação ao terceiro requisito não parece levantar-se grande problemática: só perante uma situação de dano poderemos falar em responsabilidade do franquiador.

A tónica vai, então, colocar-se sobre o segundo requisito: será necessário provar que o terceiro que sofreu o dano acreditava que franquiador e franquiado correspondiam à mesma entidade. Por outro lado, facilmente se compreende que esta teoria surja com

---

<sup>80</sup> Note-se que os tribunais entendem que o importante é a circunstância de poder exercer o controlo, e não o efetivo exercício. BEYER, DAVID A. (2006), ob. cit. 3.

<sup>81</sup> Estes conceitos não são exclusivos da franquia, mas constituem preceitos baseados na *common law*. BEYER, DAVID (2006), ob. cit. 4.

<sup>82</sup> BEYER, DAVID (2006), ob. cit. 5.

<sup>83</sup> Embora tenda a existir alguma unanimidade no sentido de se entender que este controlo terá de ser um controlo *day-to-day*, em vez de algo esporádico, existem, ainda assim, algumas dúvidas sobre o alcance deste conceito. Nomeadamente, não existe um entendimento uniforme sobre se este controlo se deve reportar a todas as operações do franquiado, à generalidade delas ou se é bastante o controlo sobre a conduta que provocou o dano.

<sup>84</sup> BEYER, DAVID (2006), ob. cit. 7.

<sup>85</sup> BEYER, DAVID (2006), ob. cit. 8.

maior incidência nas relações de franquia, já que o consumidor tenderá a não estar apto a distinguir o franquiador do franquiado, exatamente porque a pedra quadrante da relação de *franchising* assenta na uniformidade e standardização da marca, dos produtos e dos serviços<sup>86</sup>. Essencial será, enfim, que exista uma conduta (ou várias condutas) que levem um terceiro a crer que entre o franquiador e o franquiado não existe uma relação de franquia, mas antes uma “relação de agência”.

Quanto a este ponto importa ainda salientar que, contrariamente ao que sucede na teoria da *actual agency*, na agência aparente não existe uma relação em que o franquiador exerce um controlo sobre o franquiado; por esse motivo, somos levados a crer que o sistema norte-americano vai um pouco mais longe do que qualquer norma do Direito português no respeitante à proteção de terceiros por atos do franquiado. Nesta teoria o que existe é a criação de um ambiente que gera uma aparência de controlo (independentemente do grau, ou amplitude que se entenda que esse controlo deve atingir)<sup>87</sup>: não se trata de uma mera aparência que transpareça perante terceiros que o franquiado é, na verdade, franquiador – mas sim, uma em que o próprio franquiador aja de tal modo que permita criar esta ideia num terceiro<sup>88</sup> (repare-se que neste ponto podemos admitir uma semelhança ao art. 23.º do DL 178/86 de 3 de julho, no entanto a *apparent agency* acaba por ir mais longe na proteção que oferece a terceiros, uma vez que prescinde que o franquiado atue por conta do franquiador). Não é, contudo, suficiente que o franquiado atue como se o fizesse em representação do franquiador: é necessário que um terceiro acredite razoavelmente na suposta relação (de *agency*) entre franquiador e franquiado.

KING compara esta *justifiable-reliance* a uma *hydra* de 4 cabeças, porquanto devam estar cumpridos 4 requisitos para que se possa considerar que existe uma convicção razoável<sup>89</sup>. Estes separam-se, desde logo, em dois grupos: um de requisitos subjetivos e um outro de requisitos objetivos.

- i. *Primo*, o terceiro deve provar que acreditava que o franquiado era um *agent* do franquiador, no sentido de o franquiador deter um controlo sobre as operações do franquiado.

---

<sup>86</sup> KING, JOSEPH (2005), ob. cit. 439.

<sup>87</sup> KING, JOSEPH (2005), ob. cit. 441.

<sup>88</sup> Seja porque, por exemplo, o franquiado atende o telemóvel e fá-lo utilizando o nome do franquiador, seja porque a publicidade é feita apenas no nome do franquiador.

<sup>89</sup> KING, JOSEPH (2005), ob. cit. 444.

- ii. *Secundo*, o terceiro deve ter acreditado nessa aparência e deverá ter *detrimentally relied by a change of position in response to the franchisor conduct*<sup>90</sup>. Isto é, a conduta do terceiro foi condicionada pelo facto de ele acreditar que entre franquizador e franquiado existia uma relação de *agency*.
- iii. *Tertio*, deverá haver uma razão justificativa para o facto de o terceiro ter acreditado na representação;
- iv. Por fim, o facto que determinou a convicção do terceiro na existência da suposta relação deve ser relevante ao ponto de aquele ter alterado a sua posição/decisão<sup>91</sup>.

Enfim, provando-se que existe uma relação de *agency* ou *apparent agency*, o franquizador será também ele responsável pelos danos que o franquiado possa criar num terceiro<sup>92</sup>.

Pelo exposto, bem se percebe que esta doutrina vai mais além do que qualquer instituto previsto no ordenamento jurídico português. No nosso país esta ideia de responsabilidade vem associada à ideia de representação, na medida em que o franquiado atuou – com ou sem poderes – representando o franquizador nos negócios por ele realizados. Isto é, o franquiado é responsabilizado se negociar “em nome” e “por conta” do franquizador.

Ora, a doutrina da *VL* – na vertente da *apparent agency* (e apenas nesta) - permite que o franquizador seja responsável pela atividade realizada pelo próprio franquiado, pelos seus próprios negócios, não sendo o último reduto da sua responsabilização os casos de representação. Nessa medida, cremos que o sistema jurídico norte-americano acaba por oferecer uma solução a determinados problemas que possam surgir, que escapam à proteção do ordenamento jurídico português.

---

<sup>90</sup> KING, JOSEPH (2005), ob. cit. 444.

<sup>91</sup> KING, JOSEPH (2005), ob. cit. 445.

<sup>92</sup> Note-se que, já no caso da China, a regra é também a de que o franquizador não responderá pelos atos do franquiado. Todavia, aceita-se que, em determinadas situações, assim não seja: nos termos da lei chinesa, no “Chapter 4 of the Tort LAW”, estão taxativamente elencadas as situações sobre as quais uma parte poderá ser responsável vicariamente sobre a outra - falamos dos casos de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores ou incapazes, casos de responsabilidade indireta do empregador pelos atos dos seus trabalhadores. ZHANG MEI (2015), ob. cit. 100.

#### 6.4. A Contraposição das Soluções do Ordenamento Jurídico Português com as do Ordenamento Jurídico Norte-Americano

Suponha-se agora a seguinte situação: a empresa “X”, sita na Alemanha, dedica-se à produção e aplicação de uma tecnologia que permite uma gestão sustentável dos recursos energéticos do domicílio pessoal, desligando equipamentos eletrónicos quando ninguém se encontra dentro da habitação. Face ao enorme sucesso, a empresa decide montar um modelo de negócio, optando pelo *franchising*. “Y”, interessado em fazer parte da franquia, contrata com “X”, ficando acordado que o franquizador dará toda a formação necessária para que “Y” consiga criar e aplicar ele próprio um mecanismo semelhante ao do franquizador. Ficou acordado que ficaria a cargo do franquizador toda a operação de *marketing* a ser realizado em Portugal, contactando possíveis clientes indicando-os de que já poderiam usufruir daquela tecnologia no seu país, nunca revelando a existência de uma relação de franquia. O franquizador deu toda a formação necessária ao desenvolvimento do produto, e à formação dos trabalhadores (considerados qualificados para o trabalho).

Contudo, uma fuga de informação permitiu que terceiros acessem a dados dos clientes, aproveitando-se da informação recolhida para invadir e roubar domicílios. Era o franquiado quem determinava o modo e o como do tratamento dos dados pessoais, uma vez que ele próprio desenvolveu a tecnologia – ainda que apoiada na formação e investigação realizada pelo franquizador.

Os clientes de “Y”, quando contrataram com este, confiaram na reputação nacional e internacional da marca, acreditando estar a contratar com a empresa alemã. *Quid iuris?*

No caso apresentado, temos dúvidas quanto a uma possível responsabilização do franquizador à luz do RGPD, uma vez que tendo sido o franquiado a determinar o modo e o fim do referido tratamento, apenas este seria considerado um responsável pelo tratamento. Seria possível responsabilizar o franquizador com recurso a outras normas? Vejamos.

Ora, do que falamos aqui será, inevitavelmente, da responsabilidade de um ente por facto de um terceiro. Quando é que esta responsabilidade é admitida? De forma geral e seguindo aquele que é o entendimento de MARIA DA GRAÇA TRIGO, a responsabilidade por ato de terceiro está dependente de uma “conexão particular, ainda que incipiente” em que “potencialmente” o agente atua em nome de alguém que, “reunidos determinados

pressupostos”, será responsável pela reparação do dano<sup>93</sup>. Ora, o critério de análise desta responsabilidade é exatamente o critério do “controle”<sup>94</sup>. Acontece que, entre nós, admitir a existência de controle poderá necessariamente levar a concluir pela existência de uma relação de subordinação. O problema, pois, coloca-se exatamente neste ponto: o franquiado não tenderá, teoricamente, a surgir como um subordinado do franquidor, porque, a ser assim, esbatia-se aquele que é um dos elementos fundamentais da caracterização da relação de franquia: a independência jurídica das partes. Por estas e outras razões já apresentadas, vemos com dificuldade a possibilidade de se fazer responsabilizar o franquidor no caso apresentado, embora fira a nossa sensibilidade jurídica que assim não seja.

Por outro lado, aplicando-se a teoria da *VL*, acreditamos que o franquidor poderia ser responsabilizado, uma vez que foi criada a imagem de que franquiado e franquidor correspondiam ao mesmo ente, bastando provar-se que os terceiros (clientes) acreditaram, de forma razoável, nessa unidade entre ambos.

## 7. Conclusão

A responsabilidade do franquidor, no âmbito de aplicação do RGPD, poderá não oferecer grandes dificuldades, cabendo uma análise do caso concreto, de modo a aferir quem, num determinado tratamento de dados, é responsável por esse mesmo tratamento.

O problema surge quando o Regulamento não se torna aplicável, por não estarem reunidos os pressupostos que permitam considerar o franquidor como um responsável pelo tratamento.

Não podemos esquecer que o dever de prestar assistência técnica tem, no seu conteúdo, a assistência jurídica<sup>95</sup>. O franquiado entra na cadeia de franquia por ser, por

---

<sup>93</sup>TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), ob. cit. 16.

<sup>94</sup>TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), ob. cit. 103.

<sup>95</sup> “Otro elemento evidente presente em la relación de franchising es el relativo a la obligación de dirección y vigilancia radicada em cabeza del franquiciante y cuyo propósito esencial es el de permitir una adecuada articulación del sistema operativo de la franquicia (obligación, que entre otras, se señala como uno de los elementos estructurales de la franquicia comercial)”. QUIÑONES, SERGIO ALBERTO ROJAS (2010), “La responsabilidad del franquiciador ante terceros clientes del franquiciado: un asunto frente al cual el derecho comercial está em mora”, *Opin. Jurid.*, Vol. 9, n.º 17, Medellín Jan-June 2010, s/p, disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302010000100008#b](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302010000100008#b), consultado a 3/01/2021.

norma, inexperiente, e cabe ao franquiador, entre outros, prestar essa assistência jurídica. O tratamento de dados pode, perfeitamente, incluir-se nessa vertente.

Portanto, *a priori*, parece haver fundamento suficiente para dizer que o franquiador tem uma obrigação de garantir que o franquiado tem os meios e os conhecimentos necessários para fazer um correto tratamento de dados.

E *a posteriori*? Aqui pode colocar-se o verdadeiro problema. A assistência técnica não se esgota no âmbito inicial da aplicação do contrato, pelo contrário, perdura no tempo enquanto subsistir a relação de franquia<sup>9697</sup>.

A pergunta que se impõe é a seguinte: supondo que os meios adequados foram dados ao franquiado para que a proteção de dados se efetive, no caso de este não lhes dar uso adequado, poderá o franquiador ser responsável? Embora não isentos de dúvidas, diríamos que o franquiador está adstrito a um dever de fiscalização, de modo a garantir que o franquiado cumpre com as normas de segurança. Parece-nos, porém, que ir muito para além disso seria descaracterizar o contrato de franquia. Esta não é uma relação de responsabilidades parentais, em que os pais têm que agir no superior interesse da criança – o franquiado. Têm sim que garantir o interesse de um bem maior: a cadeia de franquia, a marca, essa sim é a criança da relação.

Ora, muito embora esta tenha de ser a solução de raiz, vimos que, em caso contados, poder-se-ia ou dever-se-ia admitir a responsabilidade do franquiador, mesmo fora dos casos que escapem ao Regulamento, uma vez que da relação de franquia resultam especificidades que permite a aplicação de outras normas. Ainda assim, vimos que muitas situações poderão não sair acauteladas, razão pela qual somos levados a crer pela necessidade de se repensar a responsabilidade emergente das relações entre terceiros e o *franchising* como um todo, ainda que com cada ente individualmente considerado.

---

<sup>96</sup> Embora se admita a distinção entre assistência técnica inicial, mais ampla, e sucessiva. PESTANA DE VASCONCELOS, L. MIGUEL (2010), ob. cit. 42.

<sup>97</sup> ALMEIDA, VÍTOR LUÍS (2014), “O contrato de Franquia”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, n.º 4, pp. 2430-2431, disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014\\_04\\_02349\\_02447.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02349_02447.pdf). Este autor sugere que poderá caber responsabilidade do franquiador porquanto este só contrate com quem quer, sendo que da sua “escolha exclusiva” caberá uma culpa *in eligendo*, sempre que houver uma má seleção. Por outro lado, haverá uma culpa *in vigilando*, quando ocorrer uma deficiência no dever de fiscalização, gerando responsabilidade civil que será isenta de presunção de culpa, uma vez falarmos de entes autónomos.



## 8. Bibliografia

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), *Da Responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais*, working paper, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/2ae6399f13bb/>

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2020), *Direito da proteção de dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, reimp., Coimbra: Almedina

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO (1996), *Da empresarialidade: as empresas no direito*. Coimbra: Almedina

ALMEIDA, VÍTOR LUÍS (2014), “O contrato de Franquia”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, n.º 4, disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014\\_04\\_02349\\_02447.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02349_02447.pdf)

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA (1990 a 1993) “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, separata de *Revista de Direito e Economia*

BARATA, CARLOS LACERDA (1994), *Anotações ao novo regime do contrato de agência*. Lisboa: Lex

BARBOSA, MAFALDA (2018), “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, *Revista de Direito Comercial*, disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5abd4e770e2e72b0285ec4e5/1522355838274/2018-10.pdf>

BARKOFF, RUPERT M. (2014), “Is the Franchising Business Model in Serious Trouble?”, *New York Journal*, 15 de setembro, disponível em: <https://www.kilpatricktownsend.com/~media/Files/articles/2014/RBarkoff%20NYLJ%20September%2015.ashx>

BEYER, DAVID A. (2000), *Vicarious Liability*, Roma: DLA Piper Us LLP, disponível em: <https://www.unidroit.org/english/documents/1986/study68/s-68-01-e.pdf>

BOARDMAN, RUTH, FRANCIS ALDHOUSE, ELIZABETH UPTON (2020), “Data Protection”, *The Franchise Law Review*, Londres: Bird and Bird LLP, disponível em: [https://thelawreviews.co.uk//digital\\_assets/60bf5377-f427-497e-9756-e901d4142983/TFLR4.pdf](https://thelawreviews.co.uk//digital_assets/60bf5377-f427-497e-9756-e901d4142983/TFLR4.pdf)

BUCHAN, JENNIFER MARY (2010), *Franchisor Failure: An Assessment of the Adequacy of Regulatory Response*, Tese de Doutoramento em Filosofia. Austrália, School of Law, Queensland University of Technology, disponível em: <https://eprints.qut.edu.au/39027/>

CAERS, RALF, CINDY DU BOIS, MARC JEGERS, SARA DE GIETER, CATHERINE SCHEPERS, ROLAND PEPEMANS (2006), “Principal-agent relationships on the stewardship-agency axis”, *Nonprofit Management and Leadership*, vol. 17(1), disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/nml.129?casa\\_token=YAH3H31NoPIA AAAA%3AnMAIt-Fk8zNcXqqfbJ4dXHa1-JUMee8rJ0IEG2zoYyeP3J1WOnABOFPKj2IsJ7lsA0tJ3ISeIV-m-Y0](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/nml.129?casa_token=YAH3H31NoPIA AAAA%3AnMAIt-Fk8zNcXqqfbJ4dXHa1-JUMee8rJ0IEG2zoYyeP3J1WOnABOFPKj2IsJ7lsA0tJ3ISeIV-m-Y0)

CHINWUBA, NWUDEGO NIKEMAKONAM (2020), “Recent Developments in the application of the doctrine of vicarious liability by United Kingdom Courts”, *Nnamadi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, vol. 11, n.º 1, disponível em: <https://www.ajol.info/index.php/naujilj/article/view/195199>

CLARKIN, JOHN E., STEVEN M. SWAVELY (2006), “The importance of personal characteristics in franchisee selection”, *Journal of Retailing and Consumer Services* 13, disponível em: [https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698905000603?casa\\_token=bquufiX1btgAAAAA:l5XnL6j6Zv8ObcpT6KM\\_NcktrvNEeKVOXe8f1DRP6MYrWVFj1Uy5llILDJHy1VO8-F5IQqPQTQ](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698905000603?casa_token=bquufiX1btgAAAAA:l5XnL6j6Zv8ObcpT6KM_NcktrvNEeKVOXe8f1DRP6MYrWVFj1Uy5llILDJHy1VO8-F5IQqPQTQ)

Comissão Nacional de Proteção de Dados, Autorização n.º 11274/2015

DE OLIVEIRA, SARA VIEIRA (2014), *O contrato de Franchising: o conteúdo essencial do contrato de franchising, os desvios ao seu molde típico e a dependência económica do franquiado*, Tese de mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios. Porto, Escola de Direito, Universidade Católica Portuguesa, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15474/1/O%20Contrato%20de%20Franchising.pdf>.

DEVASINI, PIERFRANCO (1990), *Il sistema franchising: Deontologia, normativa, giurisprudenza, creazione e sviluppodellarete, aspettiinternazionali*. Milão: Etaslibri

FLYNN, MICHAEL R. (1993), “The law of Franchisor Vicarious Liability: A Critique”, *Columbia Business Law Review*, disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colb1993&div=10&g\\_sent=1&asa\\_token=P-hy528gQJYAAAAA:u6P6jtpX4\\_mva3IsdJh5i0ko0Rfbl6EdjorQZczmppLflmTljFdUZe75-d-jjzPx5y6-LCCX-g&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/colb1993&div=10&g_sent=1&asa_token=P-hy528gQJYAAAAA:u6P6jtpX4_mva3IsdJh5i0ko0Rfbl6EdjorQZczmppLflmTljFdUZe75-d-jjzPx5y6-LCCX-g&collection=journals)

FOSSATI, GIORGIOM (1995), *Il Franchising: aspetti giuridici, finanziari e fiscal, prospettive di sviluppo in Italia*, Terza edizione, 3.º Ed., Milão: Pirola Azienda

DA FRADA, MANUEL A. CARNEIRO (2006), *Direito civil: responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra: Almedina

FRIGNANI, ALDO (1990), *Il Franchising*, Turim: UTET

GALIMBERTI, GIANMARIA (1991), *Il Franchising*, Milão: Giufrê Editore

GOTASKIE, JOHN (2012), “Vicarious Liability: How Much Control is Too Much?”, *Data Protection Working Party*, article 29, Opinion 1/2010, Fox Rothschild LLP, disponível em: <https://franchiselaw.foxrothschild.com/2012/07/articles/legal-decisions/vicarious-liability-how-much-control-is-too-much/>

GT 29, Parecer 1/2010, *Data protection Working Party Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor*

IZUZQUIZA, MARIA LAURA (2008), “El Contrato de Franquicia”, *Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, n.º 14, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2881380>

KING, JOSEPH (2005), “Limiting the Vicarious liability of Franchisors for the torts of their franchisees”, *Washington And Lee Law Review*, disponível em: <https://law2.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/62-2King.pdf>

DE LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES, ANTUNES VARELA (1987), *Código civil anotado*, 4.ª ed., vol. I., Coimbra: Coimbra Editora

LINDSEY, MICHAEL K, MARK S. MELODIA (2013), “Data Protection and Privacy in Franchising: Who is Responsible?”, *American Bar Association 36th Annual Forum on Franchising*, 16-18 de Outubro, disponível em: <https://www.technologylawdispatch.com/wp-content/uploads/sites/26/2014/04/Article-Data-Protection-and-Privacy-Entire-Pape.pdf>

MAGALHÃES, FILIPA, (2018) “Regulamento Geral de Proteção de Dados”, *Ordem dos Contabilistas Certificados* disponível em: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/rgpd-fmagalhaesmanual.pdf>

MEYER, ANDREAS GARD (2018) - *Identifying Controllers and Processors Pursuant to the General Data Protection Regulation*, Tese de Mestrado em Direito, Escola de Direito, Oslo, University of Oslo, disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/62543/639.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MILLARD, CHRISOPHER, FRED H. CATE, ORLA LYNKEY, NORA NI LOIDEAIN, DAN JERKER B. SVANTESSON (2019), “At this rate, everyone will be a (joint) controller of personal data!”, *International Data Privacy Law*, Vol. 9, n.º 4, disponível em: <https://academic.oup.com/idpl/article/9/4/217/5771498?login=true>

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2017), *Contrato de agência: anotação ao Decreto-Lei 178/86, de 3 de julho*, 8ª Ed., Coimbra: Almedina

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2009), *Contratos de distribuição comercial*, Coimbra: Almedina.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (2004), *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*, 2.ª reimp., Coimbra, Almedina

MULLOCK, JAMES; GABE MALDOFF (2017), “Data Protection and International Franchising”, *International Journal of Franchising Law*, V. 15, Claerhout Publishing Ltd., disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intjoflw15&div=6&g\\_sent=1&asa\\_token=3mANd\\_419dEAAAAA:R1M4J\\_vdr\\_F6fFGa2R882KyNALIJYpYpRJuDb\\_8DrSJBFCGccvN2VNrKrta3niSXmZzuVfDGxnQ&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intjoflw15&div=6&g_sent=1&asa_token=3mANd_419dEAAAAA:R1M4J_vdr_F6fFGa2R882KyNALIJYpYpRJuDb_8DrSJBFCGccvN2VNrKrta3niSXmZzuVfDGxnQ&collection=journals)

PEREIRA, ALEXANDRE L.D, (1997) “Da Franquia de Empresa (Franchising)”, *Boletim da Faculdade de Direito, LXXIII*, Coimbra, Universidade de Coimbra, disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/14181>

PESTANA DE VASCONCELOS, L. MIGUEL (2010), *O contrato de Franquia (Franchising)*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina

PINTO, FERNANDO A. FERREIRA (2013), *Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa, Universidade Católica.

PUIG, ANTONI RUBI (2018), “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales, el remedio indemnizatorio del artículo 82.º RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, n.º 4, disponível em: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/354/321>

QUIÑONES, SERGIO ALBERTO ROJAS (2010), “La responsabilidad del franquiciador ante terceros clientes del franquiciado: un asunto frente al cual el derecho comercial está em mora”, *Opin. Jurid.* Vol, 9, n.º 17, Medellin Jan-June 2010, disponível em:

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302010000100008#b](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302010000100008#b)

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2005), “O contrato de franquia (franchising)”, separata de *Direito e Justiça*, vol. 19, tomo I.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2014), “Responsabilidade nas relações de domínio”, *III Congresso Direito das sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA (2001), *O contrato de franquia: franchising, noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*, Coimbra: Almedina

SALA, GIORGIO (1994), *Il Franchising: aspetti contrattuali ed esperienze internazionalli*, Monza: Consulting

TAJTI, TIBOR (2015), “Franchise and Contract Asymmetry: A Common Trans-Atlantic Agenda”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, disponível em:

<https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1726&context=ilr>

TEUBNER, GUNTHER (1991), “Beyond Contract and Organization? External liability of Franchising Systems in German Law”, *Franchising and the law: Theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden: Christian Joerges, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=896501>

TRIGO, MARIA DA GRAÇA (2009), *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra: Coimbra Editora

VASCONCELOS, PEDRO PAIS (1995), *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina

ZHANG MEI (2015), “International Franchising” *Franchise Law Journal*, Vol. 35, n.º 1, American Bar Association, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26421596?seq=1>