

O Contrato de Franquia (*franchising*)

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO ¹

1. Função económica do contrato de franquia. 2. A organização económica do contrato de franquia: sistema de rede. 3. O contrato de franquia como contrato de distribuição. 4. A distinção entre o contrato de franquia e os contratos de concessão comercial e de agência. 5. O equilíbrio económico e jurídico entre franquizador e franquiado na celebração e na execução do contrato de franquia. 6. O enquadramento legal do contrato de franquia. 7. Conteúdo do contrato de franquia. 8. Modalidades do contrato de franquia. 9. A noção de contrato de franquia.

Os estabelecimentos franquiados, caracterizados pela utilização dos mesmos sinais distintivos e a mesma apresentação exterior, de maneira a que o público consumidor chegue a crer que se trata de um único estabelecimento, com uma série de sucursais idênticas em todos os aspectos, e propriedade de um único titular ², oferecem uma imagem pouco habitual de um certo tipo de negócios. Sob esta aparência, a franquia apresenta uma especificidade – é que cada uma destas unidades pertence a um empresário diferente, que assume a total responsabilidade pela sua empresa ³. O que está em causa no contrato de franquia não é a simples

¹ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto.

² HERMENEGILDO BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Economica. Disciplina de la Competencia Desleal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 313.

³ Uma questão prévia que se coloca sempre que pretende falar-se de uma figura contratual de existência recente, naturalmente importada de outros países, é a da terminolo-

divisão entre as tarefas produtiva e distributiva, como pretende a maioria dos autores ⁴, pois a própria tarefa produtiva pode ser atribuída ao franquiado. Em causa pode estar a divisão entre a concatenação de uma fórmula sucedida e o seu controlo, por parte do franquizador; e a respectiva execução, cumprindo as regras dessa fórmula e aceitando o referido controlo, por parte do franquiado ⁵.

1. Função económica do contrato de franquia – Analisando a evolução do contrato de franquia e, dentro do possível, a sua génese, parece forçoso concluir que aquilo que o franquizador começou por pretender terá sido, não tanto escoar os seus produtos, mas tirar proveito da notoriedade da sua marca e dos “ingredientes” de sucesso da comercialização dos produtos e serviços em que a mesma é aposta. Logo, mais do

gia a adoptar. De facto, além da hipótese de se acolher, sem tradução, a terminologia dos países de origem da figura (ou doutros em que a mesma se tenha fortemente implantado), é sempre possível preferir termos que correspondam ao sentido que a mesma figura tem entre nós, ou a traduções mais ou menos “livres”. Então, a terminologia adoptada ao longo deste trabalho para designar, respectivamente, esta figura e as partes contratantes, será a de franquia ou contrato de franquia, franquizador e franquiado.

⁴ Vide ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, pág. 19; GIORGIO SALA, *Il Franchising. Aspetti Contrattuali ed Esperienze Internazionali*, Milão, 1994, pp. 71 e ss..

⁵ A origem desta figura tem sido encontrada no mercado norte-americano, na fase de reconstrução económica subsequente à Guerra da Secessão, tendo o caso Singer Sewing Machine Company sido, muito provavelmente, o primeiro, ainda nos finais do século passado, por volta de 1892. Terá surgido em consequência da impossibilidade de os industriais nortistas expandirem as suas actividades para o oeste e o sul do país mediante actuação directa e capitais próprios. Então, os comerciantes locais terão arriscado os seus parcos capitais na venda de produtos que ostentavam marcas prestigiadas e reconhecidas pelos consumidores. Vide LENA PETERS/MARINA SCHNEIDER, *Le contrat de franchisage*, in “Revue de Droit Uniforme”, UNIDROIT, Roma, 1985, pág. 156; JEAN-MARIE LELOUP, *La Franchise. Droit et Pratique*, 2.^a ed., Delmas, Paris, 1991, pág. 13; ALDO FRIGNANI, *Franchising*, in “Dizionari del Diritto Privato”, dir. NATALINO IRTI, vol. 3, “Diritto Commerciale e Industriale”, dir. CARNEVALLI, Giuffrè, Milão, 1981, pp. 521 e ss.; PAOLO GNIGNATI, *Franchising*, in “Rivista di Diritto Civile”, 1987, II, pp. 444 e ss.. No entanto, só no nosso século, nos anos 20 e sobretudo depois do *crash* de 1929, este sistema de vendas se desenvolve, através de redes que operavam em sectores como o do petróleo, dos automóveis e, fundamentalmente, da rede multinacional de franquias Coca-Cola no mercado dos refrigerantes. Finalmente, é nos anos 50 que começa o seu período áureo, ainda nos EUA, sobretudo em sectores como o *fast food*, com marcas como McDonald’s ou Kentucky Fried Chicken e o seu sucesso rapidamente se estende a outras áreas de produção e serviços, só posteriormente se alargando à distribuição de produtos. Nesta fase, a introdução da franquia em território europeu acontece em virtude da implantação

que uma licença de marca ⁶, existirá aqui uma “licença de imagem de marca” ⁷, ou seja, da fórmula que permitiu à marca em causa garantir o seu êxito comercial. Só mais tarde e em alguns tipos de franquia passa a utilizar-se este contrato com o objectivo de distribuir os bens efectivamente fornecidos pelo franquizador, pelo que será precipitado incluir *tout court* o contrato de franquia na categoria dos contratos de distribuição. Prioritariamente, o franquizador vai poder beneficiar do êxito da sua “imagem de marca” ⁸, recebendo uma prestação inicial (*initial fee*) bem como prestações periódicas (*royalties*) pela transmissão da licença de uso de marca e outros sinais distintivos e de todo o saber-fazer ⁹ industrial e comercial, bem como da assistência técnica, todos necessários à manutenção e preservação dessa “imagem de marca”. Através da celebração de contratos de franquia, vai ser difundida esta mesma marca e

de algumas empresas norte-americanas: o franquizador é uma empresa norte-americana, o franquiado uma empresa europeia. Cfr. PETERS/SCHNEIDER, ob. cit., pág. 156. Aparentam-se, geralmente, os exemplos das redes Coca-Cola, Hertz, Lavamatic, Holiday Inn, Avis... E só nos anos 80 a franquia se expande verdadeiramente na Europa (sendo ambas as partes do contrato empresas europeias), na sequência da saturação de mercados que se iniciou nos anos 70; descobre-se que não basta ter um produto para conseguir o acesso a um mercado, falta algo mais: “uma qualificação, uma marca, uma aparência ou roupagem personalizada, um emblema, uma ideia ou um formato inovador e atractivo”. MODESTO BESCÓS TORRES, *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*, Ed. Pirámide, Madrid, 1990, pág. 120. Por isso, convém deixar já bem claro que não houve, agora, transposição pura e simples do modelo norte-americano da franquia – nos Estados europeus a franquia foi adaptada a uma realidade específica, demarcando-se de forma mais concreta de outras realidades económicas e jurídicas com vista à colocação de bens e/ou serviços no mercado. Por esse motivo se fala, como de realidades distintas que efectivamente são, da “franquia americana” e da “franquia europeia”. De salientar que, também na Europa e com a sua roupagem própria, a franquia teve um desenvolvimento que pode ser qualificado como rápido e espectacular.

⁶ A licença de marca, como veremos, nem sequer está presente em todos os contratos de franquia.

⁷ À “licença de imagem” já se refere, nomeadamente, GOFFREDO ZUDDAS, *Il Franchising*, Perugia, 1991, pág. 9; e RENZO MARIA MORRESI, *Modello Commentato di Contratto di Franchising per la Distribuzione di Prodotti*, IPSOA, Milão, 1989, pág. 27, parafraseando SANTINI-BONVICINI, como refere, *ibidem*, nota (16).

⁸ Referida por LOUPEL, *La Franchise...*, cit., pp. 33 e 148. E, ainda, por GIUSEPPE BONANI, *Guida al Franchising*, 2.^a ed., Buffetti, Roma, 1995, pp. 18 e ss..

⁹ A par do que se defendeu para a franquia, também aqui parece preferível adoptar a expressão portuguesa correspondente ao original *know-how*, embora com a consciência de que a tradução saber-fazer, vulgarmente utilizada entre nós e usada ao longo deste trabalho, não expressa cabalmente todo o sentido da expressão traduzida.

restantes sinais distintivos, o que vai conferir aos mesmos um grande valor acrescentado, cujos frutos o franquiador perceberá na celebração de futuros contratos de franquia. Em termos de investimentos, a franquia vai permitir ao franquiador a transferência daqueles normalmente ligados à pessoa do comerciante para a esfera do franquiado; nomeadamente, é ao franquiado que compete a disponibilização do estabelecimento, local apto para o exercício da actividade objecto do contrato.

Também para o franquiado as vantagens deste contrato são múltiplas. Por um lado, mantendo a sua independência jurídica, vai poder comercializar bens já conhecidos do público (ou com fortes probabilidades de implantação junto do mesmo), utilizando a marca e demais sinais distintivos de uma grande empresa, o que lhe permite nomeadamente poupar investimentos. Por outro lado, o franquiado vai beneficiar dos conhecimentos, experiência e assistência técnica que lhe são transmitidos pelo franquiador: existe, então, uma clara redução do risco empresarial que o franquiado vai assumir¹⁰, quando comparado com o risco que assume um comerciante não integrado numa rede de franquia.

O contrato de franquia traz ainda, reflexamente, benefícios de grande vulto para os consumidores. Em primeiro lugar, vai permitir um aumento notável da qualidade dos bens e serviços prestados pois, mais do que através de uma política de preços, os diferentes franquiados vão concentrar os seus esforços para angariar clientela na qualidade e na quantidade dos serviços acessórios prestados. E o consumidor poderá até, eventualmente, beneficiar de preços mais reduzidos, pois os custos do franquiado podem diminuir sensivelmente, por acção da formação e assistência que lhe presta o franquiador; nos casos em que exista fornecimento de bens ou prestação de serviços acessórios ao franquiado, este pode também adquiri-los a preços mais baixos, devido às economias de escala geradas pelo funcionamento da rede.

Ainda quanto aos benefícios que este sistema pode trazer a ambas as partes e ao mercado em geral, acrescenta-se que a franquia permite “um crescimento mais veloz no processo de diversificação”¹¹; ou seja, o fran-

¹⁰ Cfr. ROBERTO BALDI, *Il Diritto della Distribuzione Commerciale nell'Europa Comunitaria*, Cedam, Pádua, 1984, pág. 128. Esta redução de risco há-de ser, contudo, fonte potencial de alguns problemas, pois o franquiado não pode ignorar a álea deste contrato.

¹¹ MARISA AMOROSO, *Il franchising e le strategie di diversificazione*, in “I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete”, Luciano Pilotti/Roberto Pozzana, EGEA, Milão, 1990, pág. 252.

quiador, obtendo liquidez financeira através da actividade de franquia, pode decidir (e, normalmente, decide) investi-la para financiar novas redes. De um ponto de vista mais genérico, esta figura contribui para a formação de novos comerciantes ¹² e a reconversão de trabalhadores por conta de outrem ¹³, podendo assumir uma função social importante quando estes são desempregados recentes sem outros recursos senão a indemnização pela cessação do respectivo contrato de trabalho.

2. *A organização económica do contrato de franquia: sistema de rede* – Os sistemas de franquia apresentam-se invariavelmente organizados em rede ¹⁴, embora a determinação do conteúdo de tal conceito não seja coincidente na doutrina ¹⁵. No fundo, está em causa uma estratégia distributiva, no sentido de que a rede é composta pela universalidade de pontos empresariais que aparecem aos olhos do público, independentemente de serem pontos de fabrico e venda, de prestação de serviços, ou só de venda. Ou seja, é uma organização criada e animada por uma empresa que reparte os seus elementos em diferentes pontos de um mercado, para exercer a sua acção em toda a extensão deste último ¹⁶. A organização em rede parece ser aquela que melhor se situa entre as alternativas tradicionais de externalização das funções distributivas (uso do mercado) e de internalização das mesmas (uso da hierarquia); sendo, no fundo, uma estratégia para gerir a “externalidade distributiva” ¹⁷

¹² Cfr. BALDI, *Il Diritto...*, cit., pág. 128; vide, ainda, GALLEGO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 27.

¹³ Vide JEAN-PAUL CLÉMENT, *La Franchise Commerciale et Industrielle. Le Franchising, le Franchisage*, 2.^a ed., Entreprise Moderne d'Édition, Paris, 1983. pág. 19.

¹⁴ A. SPRANZI, *Presentazione*, in “I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete”, LUCIANO PILOTTI/ROBERTO POZZANA, EGEA, Milão, 1990. pág. XI. coloca os sistemas de franquia entre os exemplos mais evidentes de empresas organizadas em rede.

¹⁵ Sobre alguns desses possíveis conteúdos, vide RAOUL NACAMULLI, *Reti di organizzazioni dinamiche e gruppi dirigenti*, in “I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete”, LUCIANO PILOTTI/ROBERTO POZZANA, EGEA, Milão, 1990. pp. 143 e ss..

¹⁶ Cfr. LELOUP, *La franchise...*, cit., pág. 66.

¹⁷ Cfr. ENZO RULLANI, *Reti e informazione: la rivoluzione commerciale prossima*, in “I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete”, LUCIANO PILOTTI/ROBERTO POZZANA, EGEA, Milão, 1990. pág. 34. Para maiores desenvolvimentos, vide GAETANO GOLINELLI, *Rapporti tra 'industria' del franchising e sistema dell'intermediazione finanziaria*, in “I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete”, LUCIANO PILOTTI/ROBERTO POZZANA, EGEA, Milão, 1990. pp. 81 e ss..

– ou seja, a aparência de uma distribuição uniforme, directa –, que se traduz numa exigência de maior controlo ou, pelo menos, de uma maior eficácia comunicativa ¹⁸.

3. *O contrato de franquia como contrato de distribuição* – Pelos motivos expostos costuma, ainda, situar-se o contrato de franquia no âmbito dos contratos de distribuição ¹⁹; mas este contrato prescinde do componente distributivo normalmente relacionado com esses acordos – mesmo num contrato de franquia “de distribuição” de produtos pode estar convencionalmente a possibilidade de o franquiado também produzir ou adquirir (total ou parcialmente) os bens a comercializar junto de fornecedores que podem ser indicados ou não pelo franquiador, que cumpram rigorosamente os seus requisitos de qualidade. Obviamente, esta realidade aparece ampliada nos contratos de franquia de serviços e de produção ²⁰ em que, pura e simplesmente, pode não haver qualquer tipo de fornecimento de bens ou materiais pelo franquiador ao franquiado. Então, a franquia não é, essencialmente, uma operação de distribuição de mercadorias mas antes, sem dúvida, uma operação de difusão de serviços adaptável a uma finalidade suplementar ²¹ – a distribuição de produtos ²². Pode, até, afirmar-se

¹⁸ Tradicionalmente, tal controlo era garantido pela concentração, no interior da própria empresa, dos recursos e das operações, ou seja, pela formação, por parte do produtor/grossista, de uma organização hierárquica. Cfr. LAURENCE AMIEL-COSMÉ, *Les Réseaux de Distribution*, L.G.D.J., Paris, 1975, pág. 8.

¹⁹ Neste sentido, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Do regime jurídico dos contratos de distribuição comercial*, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles”, volume I, “Direito Privado e Vária”, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 574 e ss.. O Autor aponta um conjunto de notas essenciais, comuns aos contratos que podem ser reunidos na categoria jurídica dos contratos de distribuição: a obrigação, fundamental, de o distribuidor promover os negócios da outra parte, a obrigação de o distribuidor zelar pelos interesses da outra parte no exercício da actividade distributiva, a independência jurídica do distribuidor e a integração do distribuidor na rede comercial da outra parte.

²⁰ Cfr. ALDO FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-Out, Hardship Clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising, Know-How*, G. Giappichelli Ed., Turim, 1993, pág. 280.

²¹ Como, admiravelmente, sintetizam MOUSSERON/BURST/CHOLLET/LAVABRE/LELOUP/SEUBE, *Droit de la Distribution*, Librairies Techniques, Paris, 1975, pág. 278. Estes Autores, recordam, *idem*, pág. 279, o carácter eventual do fornecimento do franquiado pelo franquiador.

²² Vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising). Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 44 e ss..

que a franquia “já não é um sistema de distribuição”, para se concluir que se tornou “um sistema muito mais universal”²³, ligando esta evolução ao facto de a quase totalidade dos franquidores do pós Segunda Guerra mundial desenvolverem a sua actividade no sector dos serviços. Ora, “ninguém pode distribuir outros serviços que não os seus próprios”²⁴, dado que, consistindo os serviços numa actividade, é impossível ao franquiado vender pessoalmente os serviços do seu franquidor. O que acontece, neste caso, é que ele distribui serviços que foram concebidos pelo franquidor, o qual não lhe fornece o próprio serviço, mas a ideia do serviço ou a forma de o prestar²⁵. A imagem de homogeneidade da rede torna-se, então, mais importante do que a do produto²⁶.

Ou seja, embora o contrato de franquia possa prever a venda de produtos pelo franquidor ao franquiado, para que este os coloque no mercado (situação em que o contrato cumprirá uma função distributiva específica), esse não é um elemento essencial do contrato de franquia²⁷ – nem aí ele será “um mero contrato de distribuição”²⁸. De uma forma mais genérica, o que está em causa no contrato de franquia é, não a distribuição de produtos/serviços do franquidor para o consumidor através do franquiado; mas, antes, o recurso a esse franquiado para que coloque no mercado esses produtos/serviços *concebidos* pelo franquidor, da forma por este indicada (ou seja, tal como foi concebido pelo franquidor).

²³ Cfr. THIERRY DE HALLER, *Le Contrat de Franchise en Droit Suisse*, Imprimeries Populaires Lausanne, Lausanne, 1978, pág. 33 (sublinhado nosso).

²⁴ *Idem, ibidem*.

²⁵ *Idem*, pág. 34.

²⁶ Cfr. V.V.A.A., *Nouvelles approches de la franchise commerciale*, dir. DIDIER FERRIER e JEAN-MARIE LELOUP, in “La Semaine Juridique”, J.C.P. Éd. Entreprise, n.º 27, 25 de Junho de 1986, Suplemento, pág. 15.

²⁷ Como nota, nomeadamente, MOUSSERON, que sublinha que o contrato de franquia é um contrato de comunicação de saber-fazer comercial, “muitas vezes liberto de qualquer obrigação de fornecimento de mercadorias” – cfr. JEAN-MARC MOUSSERON, *Aspects juridiques du know-how*, in “Cahiers du Droit de l’Entreprise”, suplemento de “La Semaine Juridique, Éd. Commerce et Industrie”, n.º 17, 27 de Abril de 1972, Études, pág. 3.

²⁸ Cfr. ISABEL MARIA DE OLIVEIRA ALEXANDRE, *O contrato de franquia (franchising)*, in “O Direito”, 1991, Lisboa, pág. 377. Nos casos em que tal aconteça, poderá não existir um puro contrato de franquia, mas antes um contrato misto, compreendendo um contrato de franquia e um contrato de concessão comercial. *Vide*, em sentido parcialmente coincidente, DE HALLER, ob. cit., pág. 34; LAMY DROIT ÉCONOMIQUE, *Concurrence, Distribution, Consomation*, 1992, pág. 1316; MOUSSERON e outros, *Droit de la Distribution...*, cit., pág. 288.

Depois, naturalmente, há-de ser mais vantajoso, ou, em alguns casos, só há-de ser possível, dar execução a esta ideia através do recurso à franquia de produção ou à franquia de serviços, em que, pura e simplesmente, o franquiador pode não distribuir ao franquiado qualquer bem que se destine a uma colocação no mercado. Mas esta última vantagem não pode ser entendida como essencial para a definição do núcleo da franquia, antes revestindo carácter meramente accidental ²⁹.

Deve acrescentar-se que, na doutrina, a qualificação do contrato de franquia como um contrato de distribuição se traduz quase sempre, afinal, na afirmação de que o “sistema” da franquia se desenvolve, do ponto de vista da estratégia distributiva, no âmbito de uma rede.

4. A distinção entre o contrato de franquia e os contratos de concessão comercial e de agência – No âmbito dos contratos que assumem uma função distributiva geral, reveste particular interesse distinguir o contrato de franquia do contrato de concessão comercial, do qual se afirma que o primeiro não é senão um natural prolongamento; e do contrato de agência, em relação a cujas normas surgirá, frequentemente, o problema da respectiva aplicação analógica ao contrato de franquia ³⁰.

4.1. O contrato de franquia e o contrato de concessão comercial – No contrato de concessão comercial, uma parte concede à outra o direito de venda, exclusivo ou não, de determinado produto numa determinada área geográfica, para que o concessionário proceda à sua

²⁹ E seria mais consentâneo com a natureza de um contrato de distribuição que o franquiador, retirando uma tão generosa fatia da autonomia económica do franquiado (ainda mais, como veremos, do que nos restantes contratos apontados como de distribuição), se sentisse forçado a proporcionar-lhe maiores oportunidades de lucro; ora, o que de facto acontece é que o franquiador onera o franquiado com prestações adicionais a seu favor. Isto é assim porque a franquia, mesmo a de distribuição, não pode ser perspectivada apenas como um contrato de distribuição, mas configura, mais propriamente, um contrato de licença. Vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pág. 53.

³⁰ Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, volume I, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 520, o recurso à protecção do contrato de agência (já que não se justificará o recurso a uma tutela de tipo laboral, por ser o franquiado juridicamente autónomo) permitiria resolver “o problema da tutela do franquiado” que, em virtude da celebração do contrato de franquia, “fica numa patente subordinação económica”. E o Autor defende que, porque “injunctivas”, se apliquem ao contrato de franquia, particularmente, as regras “que fixam pré-avisos e a indemnização de clientela”, “ainda que dependendo sempre de um juízo em concreto”.

revenda³¹. Existe, à partida, uma característica que aproxima o contrato de franquia do contrato de concessão comercial: é o facto de franquiado e concessionário venderem os produtos em seu nome e por sua conta; ou, de forma mais genérica, agirem em seu nome e por sua conta. Todavia, o leque de diferenças entre estas duas figuras é substancialmente maior do que a simples definição dos dois contratos deixa perceber³². Como se verifica pela análise da definição proposta, o contrato de concessão comercial não é vocacionado para a prestação de serviços, nem tão-pouco para a produção dos bens a distribuir. Neste contrato, trata-se apenas de escoar produtos, fornecidos pelo concedente, para que o concessionário os coloque no mercado do consumidor final, enquanto a franquia pode ter por objecto a prestação de serviços, a produção de bens e/ou a venda de bens; em qualquer dos casos, os produtos desempenham uma função instrumental em relação à actividade objecto do contrato³³. Mas subsiste o problema de delimitar o contrato de concessão comercial do contrato de franquia de distribuição. O concessionário age normalmente sob nome e insígnia próprios e utilizando técnicas de gestão empresarial e de comercialização também próprias, o que não sucede na franquia; aqui, a par da transmissão dos sinais distintivos necessários à identificação da rede, transmitem-se, além do mais, outros bens objecto de direitos de propriedade industrial, de entre os quais se destaca o saber-fazer comercial³⁴.

³¹ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *O contrato de franchising*, in "Revista da Ordem dos Advogados", Lisboa, Abril de 1989, pág. 136.

³² A propósito das diferenças entre estas duas figuras, vide, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de agência, de concessão e de franquia ("franchising")*, in "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia", número especial do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1984, pág. 320; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial. Direito Industrial*, vol. II, Lisboa, 1988, pág. 313; FRIGNANI, *Franchising*, in "Dizionario del Diritto Privato"..., cit., pp. 536 e ss.; BALDI, *Il Diritto*..., cit., pp. 125 e ss.; ORESTE CAGNASSO, *Concessione di vendita*, in "Concessione di Vendita, Merchandising, Catering, Il Diritto Privato Oggi", cur. PAOLO CENDON, Giuffrè, Milão, 1993, pp. 31 e ss.; Giuseppe FAUCEGLIA, *Il franchising. Profili sistematici e contrattuali*, "Quaderni di Giurisprudenza Commerciale", Giuffrè, Milão, 1988, pág. 156; ALDO FRIGNANI, *La disciplina giuridica*, in "Il Franchising", UTET, Turim, 1990, pp. 79 e ss.; GALLEGO SANCHEZ, ob. cit., pp. 72 e ss.; ROBERTO PARDOLESI, *I Contratti di Distribuzione*, Jovene, Nápoles, 1979, pp. 86 e ss. e 183; AUGUSTO BALDASSARI, *I Contratti di Distribuzione. Agenzia, Mediazione, Concessione di Vendita, Franchising*, Cedam, Pádua, 1989, pág. 522.

³³ Cfr. GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *Il contratto di franchising e le procedure consorsuali*, in "Il Contratto. Silloge in Onore di Giorgio Oppo", vol. II, "Iniziativa Economica e Contratto", Cedam, Pádua, 1992, pp. 126 e ss..

³⁴ Vide AMIEL-COSME, ob. cit., pp. 29 e ss..

Por outro lado, o franquiado está sujeito a um rigoroso controlo exercido pelo franquiador, o que não acontece na concessão, sendo mais estreita a relação de colaboração que entre as partes se instaura no primeiro dos contratos referidos³⁵. Outra diferença importante entre os dois contratos respeita à obrigação de abastecimento exclusivo junto do concedente ou do franquiador; enquanto na concessão tal obrigação é essencial, na franquia, mesmo na de distribuição, o seu carácter é facultativo.³⁶ Deve salientar-se, ainda, o facto de o franquiado dever pagar ao franquiador um direito de entrada e/ou *royalties*, obrigação que não se impõe ao concessionário³⁷. Tudo o que fica exposto não obsta a que certos autores considerem a franquia uma variante da concessão comercial³⁸, a sua forma mais recente³⁹, ou, ainda, “concessão agregativa”⁴⁰.

³⁵ Para alguns autores, esta será a diferença determinante entre os dois contratos – vide, nomeadamente, SIEGEL, ob. cit., pág. 19.

³⁶ Neste sentido, vide HUET, ob. cit., pág. 46; DE HALLER, ob. cit., pp. 48 e ss.; PETERS/SCHNEIDER, ob. cit., pág. 218.

³⁷ Vide, entre muitos outros, SAINT-ALARY, *Franchising (Contrat de franchise)*, in “Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit Commercial”, § 15, 1973, pág. 2.

³⁸ Vide PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux. Vente; Mandat; Bail, Contrat d'Entreprise; Échange, Location-vente, Crédit-bail, Contrats de Distribution; Dépôt, Prêts; Jeu et Pari, Rente Viagère*, 4.ª ed., Cujas, Paris, 1990, pág. 427.

³⁹ Vide PHILIPPE LE TOURNEAU, *Concessions. Franchisage dans le domaine des services. Le franchiseur et le franchisé*, in “Juris-Classeur Commercial. Contrats. Distribution, 2”, Éd. Techniques, Paris, 1988, pág. 12; MICHEL DE JUGLART/BENJAMIN IPPOLITO, *Cours de Droit Commercial*, 1.º vol., 10.ª ed., Paris, 1992, pág. 212. Em sentido parcialmente coincidente, embora reconhecendo a autonomia do contrato de franquia relativamente ao contrato de concessão comercial, cfr. FRIGNANI, *Franchising*, in “Dizionari del Diritto Privato”.... cit., pág. 536.

⁴⁰ ENRICO ZANELLI, – *Il franchising*, in “Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova”, Giuffrè, Milão, 1977, pág. 1155. Para este Autor, da franquia resulta, necessariamente, a criação de uma rede de concessionários que, não só aparentemente, mas também pela intensidade dos vínculos internos (dos quais o aspecto é um mero reflexo), integram de facto a organização do concedente, precisamente no estágio sucessivo do processo produtivo ou distributivo da mercadoria ou do serviço próprios daquele concedente. No mesmo sentido, vide, ainda, do mesmo Autor, *Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese*, in “Nuovi Tipi Contrattuali e Technique di Redazione nella Pratica Commerciale, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale”, Milão, 1978, pp. 245 e ss.. Ainda entre os autores que tendem a negar a autonomia deste contrato, assimilando-o ao contrato de concessão, vide, nomeadamente, JEAN GUYÉNOT, *Les groupements de concessionnaires et le franchising*, in “Revue de Droit Commercial”, 1972, pp. 278 e ss.; *idem*, *La franchise commerciale. Étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires*, in “Revue Trimestrielle de Droit

4.2. *O contrato de franquia e o contrato de agência* – No contrato de agência, definido no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, estão presentes os seguintes elementos essenciais: obrigação de o agente promover a celebração de contratos; por conta da outra parte; autonomia; estabilidade; mediante retribuição⁴¹. Destaca-se que é o agente quem, pelo seu conhecimento directo e pessoal do público consumidor, está em condições ideais de prestar à empresa as informações indispensáveis sobre as possibilidades do mercado, sobre as reacções da clientela, sobre o estado da concorrência⁴². Passando à análise das diferenças entre os dois institutos, verifica-se desde logo que, ao contrário do agente, o franquiado adquire a propriedade da mercadoria a vender e/ou a incorporar nos serviços prestados e assume o risco da respectiva comercialização. Outro aspecto que distingue estes dois contratos é a diferente forma de “remuneração” do franquiado e do agente – de facto, enquanto o agente é retribuído pelo principal de acordo com comissões proporcionais ao volume de negócios realizados, o franquiado auferê lucros (ou sofre prejuízos) directamente resultantes da sua própria actividade⁴³. Deve ter-se em consideração, ainda, o facto de o franquiado pagar ao franquiador determinadas quantias para poder entrar na sua rede e usufruir dos seus sinais distintivos e saber-fazer; ao invés, o agente tira sempre proveito, a título gratuito, dos sinais distintivos do principal, mesmo que já possuam bastante notoriedade e, portanto, se traduzam num importante contributo para o sucesso da actividade do primeiro. Por último, no contrato de franquia o franquiado age por conta própria e beneficia da promoção feita pelo franquiador, dado que, em princípio, os produtos e/ou serviços deste último são já bem conhecidos, assim como a respectiva marca; por isso, em regra, cada franquiado desenvolve a sua actividade em relação com um só franquiador; ao invés, a função económica do agente é, frequentemente, a de representar os interesses

Commercial”, 1973, pp. 161 e ss.; PAUL PIGASSOU, *La distribution intégrée*, in “Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique”, n.º 1, 1980, pp. 473 e ss.; JEAN-CLAUDE TESTON/ GENEVIÈVE TESTON-CHAMES, *Le Franchising et les Concessions*, Delmas, Paris, 1973, N7.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos sobre a matéria, vide, por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86*, 5.ª ed., Almedina, 2004, pp. 43 e ss..

⁴² PINTO MONTEIRO, *Contratos de agência...*, cit., pág. 309.

⁴³ Cfr. FAUCEGLIA, *Il franchising. Profili sistematici...*, cit., pág. 150.

de vários industriais ou comerciantes, numa determinada zona, permitindo-lhes a penetração nesses mercados de forma menos onerosa do que aquela que resultaria da distribuição directa⁴⁴.

4.2.1. A possibilidade de aplicação das normas que regulam o direito à indemnização de clientela do agente ao contrato de franquia – Um problema amplamente discutido na doutrina é o da eventual aplicação ao contrato de franquia das normas que prevêm e regulam, para o agente, o direito à indemnização de clientela; a complexidade da questão é aumentada pela ausência de consenso acerca da natureza jurídica da indemnização de clientela no contrato de agência⁴⁵. Quanto a esta última questão, a tese de que a indemnização de clientela constitui “um elemento de retribuição diferida” e de “reposição de um sinalagma perante uma prestação e uma contraprestação não sincronizadas” é aquela que permite ultrapassar todas as contradições e perplexidades que se colocam a quem tentar optar pela tese da indemnização (com origem no instituto da

⁴⁴ Vide BALDI, *Il Contratto di Agenzia. La Concessione di Vendita – Il Franchising*, 5.ª ed., Giuffrè, Milão, 1992, pág. 17.

⁴⁵ Acerca da questão, cfr. CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, especialmente pp. 363 e ss.; a Autora afasta-se do entendimento da indemnização de clientela como quantia que visa compensar uma qualquer atribuição ou deslocação patrimonial, reconhecendo na figura um “escopo de protecção” do interesse ou posição do agente em face da “privação, suscitada pelo termo do contrato, de o agente continuar a participar no aproveitamento do excedente produtivo” gerado pela actividade que ele desenvolveu (e cujo risco económico suportou) na execução do contrato de agência (*idem*, pp. 423-424). MÓNICA DUQUE DA SILVA, *Da indemnização de clientela no contrato de agência*, edição policopiada, Coimbra, 1997, pontos 32 a 34, afasta-se da tese que vê na origem do direito à indemnização de clientela o instituto do enriquecimento sem causa (por ausência de verificação capaz dos respectivos pressupostos) e coloca sérias reservas à tese que pretende atribuir-lhe uma natureza puramente retributiva (em virtude da sua exclusão quando o contrato cessa “por razões imputáveis ao agente”). A Autora entende que a indemnização de clientela pode ser vista como uma obrigação que decorre do próprio contrato, para servir a necessidade de protecção da parte económica e socialmente mais fraca: o agente que, tendo realizado investimentos para desenvolver a actividade objecto do contrato, poderia encontrar-se numa situação de grande vulnerabilidade por força da sua cessação. A indemnização de clientela encontrar-se-á, então, ao serviço de um “princípio de equidade”, estabelecendo a justiça comutativa do contrato de agência, modelando-se numa “ideia de ordem pública de protecção”. Para uma exposição das diferentes concepções da doutrina quanto ao fundamento da indemnização de clientela, optando pela tese de que o fundamento da indemnização de clientela é o enriquecimento sem causa “que se verifica no momento e por causa da cessação do contrato de agência” e defendendo que ela consiste numa “compensação

responsabilidade civil) ou pela tese da compensação (com origem no instituto do enriquecimento sem causa). E é precisamente com base naquela construção que deve analisar-se o problema da pertinência da aplicação, a um contrato de franquia, das normas que prevêm a indemnização de clientela para o contrato de agência.

Se alguém, por força de um contrato de licença, utiliza os elementos do estabelecimento comercial durante um determinado período, com o objectivo de criar, desenvolver ou manter uma clientela, findo o contrato deixa de ter legitimidade para continuar a utilizá-los para esse fim, retornando essa possibilidade à esfera do licenciante. Por força da natureza das prestações do contrato de franquia, pode acontecer – e geralmente acontece – que o bem licenciado, nesta fase, possua um valor superior ao que tinha aquando da celebração do contrato de licença⁴⁶. Resta saber se essa evolução é inerente à execução do próprio contrato de franquia e estava ínsita na sua economia, ou se é um fenómeno de natureza accidental, não previsto pelas partes na divisão das prestações recíprocas e que merece então, findo o contrato, um tratamento autónomo, corrector.

líquida do activo comum das empresas do principal e do agente” (que, para a Autora, é a clientela), cfr. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Contrato de franquia e indemnização de clientela*, in “Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa”, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2002, pp. 470 e ss.. No sentido de uma aproximação da indemnização de clientela a uma ideia de retribuição do agente e, simultaneamente, da figura do enriquecimento sem causa, cfr. JOANA VASCONCELOS, *Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL n.º 178/86*, in “Direito e Justiça”, volume XVI, 2002, tomo I, pp. 244 e ss.. Vide, ainda, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 150 e ss., sobretudo pp. 157 e ss.. Para o Autor, a indemnização de clientela constitui, fundamentalmente, uma compensação a favor do agente, após a cessação do contrato, pelo possível enriquecimento do principal (pelos benefícios de que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente); pelo que não se trata de uma verdadeira indemnização (obrigação cuja fonte é a responsabilidade civil), não dependendo a sua atribuição da prova, pelo agente, dos danos sofridos; mas também não se trata, em rigor, de uma obrigação de compensação com origem no instituto do enriquecimento sem causa, pois o facto de, em certas circunstâncias, não se realizar o benefício, não afasta o direito à indemnização de clientela (PINTO MONTEIRO, ob. cit., p. 159, acrescenta outras incompatibilidades entre o regime legal aplicável à indemnização de clientela no contrato de agência e o instituto do enriquecimento sem causa: a relevância da culpa do agente, o recurso à equidade para o cálculo da indemnização, e o facto de o enriquecimento do principal ter por causa o contrato que vigorou entre as partes).

⁴⁶ Cfr. DE HALLER, ob. cit., pág. 135.

Em nosso entender, aquilo que o franquiador pretende com a celebração de contratos de franquia é precisamente tirar partido da fórmula de sucesso, da imagem de marca, que lhe pertencem. Fá-lo através de contratos em que concede à outra parte o direito de se servir desses bens em proveito próprio, mas também para que esse contraente mantenha e desenvolva o respectivo valor. Ou seja, a valorização da imagem de marca, que lhe proporciona maior volume de clientela, faz parte do próprio objecto do contrato de franquia. O franquiado, quando ingressa na rede, sabe que vai desenvolver uma clientela para outrem, mas esta finalidade liga-se ao seu próprio interesse, porque a difusão dos produtos e/ou serviços representa um objectivo comercial do qual ele próprio retira os seus lucros⁴⁷. Logo, se a clientela permanecer ligada ao franquiador, porque ligada ao elemento essencial que é a imagem de marca deste⁴⁸, existe uma causa legítima para o seu enriquecimento – ele tem origem num contrato que, pela sua própria natureza, tendia a produzir este resultado⁴⁹.

⁴⁷ Neste sentido, vide ANNE-MARIE SANTUCCI, *Clientèle et exploitation autorisée de la marque d'autrui*, tese policopiada, Paris, 1989, ob. cit., pág. 22. Até porque a clientela é instável: assim, quem explora uma marca para beneficiar da sua clientela, tem a obrigação de provar, continuamente, a sua aptidão para a manter e, se possível, ampliar – *idem*, pág. 7.

⁴⁸ Ou o seu capital atractivo, nas palavras de DE HALLER, ob. cit., pág. 135.

⁴⁹ Da mesma forma, o eventual enriquecimento do empregador, decorrente do exercício de funções de um trabalhador, tem a sua causa no contrato de trabalho celebrado entre as partes; o enriquecimento de um empresário na venda de determinados artigos, em consequência de uma feliz campanha publicitária, tem a sua causa no contrato de publicidade. Em nenhum dos casos, bem como noutros semelhantes, ocorre recorrer ao DE HALLER, inspirado pela jurisprudência suíça para o contrato de concessão comercial, entende que é esta valorização do capital atractivo do franquiador, operada pelo trabalho do franquiado, que pode conferir a este último o direito a uma indemnização de clientela. Vide DE HALLER, ob. cit., pág. 135. Contudo, este Autor acaba por nos deixar “de mãos vazias” no que toca a uma solução efectiva para o problema: subjacentes à atribuição desta indemnização ao franquiado estariam a equidade e o facto de o contrato não ter cessado por motivo imputável a este contraente. Então, DE HALLER depara com um grave problema – “é muito difícil determinar objectivamente a partir de quando é devida uma indemnização e qual deve ser a sua medida”. E, como se trata de questões controversas, o Autor conclui que preferiria que ao franquiado não fosse atribuído o direito a qualquer indemnização de clientela, “mesmo se isso pode, por vezes, chocar o sentido de equidade. Este sistema teria, pelo menos, o mérito da clareza e da simplicidade”. A tal ponto não chegamos nós...

No âmbito da comparação entre as características relevantes, para este efeito, entre o contrato de franquia e o contrato de agência, deve-se começar por salientar que o agente que angariou novos clientes ou aumentou substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente, o fez fundamentalmente devido ao seu empenho, ao seu trabalho e a outras características pessoais⁵⁰. No caso de o franquiado conseguir o mesmo resultado, não é de concluir que isso se deve essencialmente a esses factores, mas antes ao uso dos sinais distintivos e saber-fazer do franquiador, bem como ao grau de assistência técnica prestada ao longo do contrato⁵¹. Além do que os interesses subjacentes aos dois contratos, em relação à

⁵⁰ Assim, para alguns autores, de entre os quais ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência (Anteprojecto)*, in "Boletim do Ministério da Justiça", n.º 360, Novembro de 1986, pág. 117, esta clientela nova "pertence" ao agente e não ao principal: "[a] finalidade da indemnização de clientela é de compensar o agente na medida dos benefícios de que a outra parte continue a auferir após a cessação do contrato, em virtude da actividade desenvolvida pelo primeiro. Destina-se, pois, a compensá-lo pela 'expropriação' da clientela em favor do principal", conclui o Autor, citando VAZ SERRA.

⁵¹ Como acaba por reconhecer FIAMMETTA COGGI, *Le condizioni di fine rapporto*, in "I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete", Luciano Pilotti/Roberto Pozzana, EGEA, Milão, 1990, pp. 138 e ss., e apesar das suas tendências proteccionistas, "sempre que o franquiado venda produtos de marca conhecida e afirmada, em relação aos quais o *avviamento* e a actividade do próprio distribuidor estejam a tal ponto assimilados e confundidos com a marca, que façam concluir que as vendas são provocadas pela própria marca ou pelos outros sinais distintivos do produtor, mais do que do distribuidor", não se verificam os pressupostos de aplicação analógica da indemnização de clientela prevista para o contrato de agência. Em nosso entender, a verdade é que esta situação, que COGGI não trata como geral, se verifica sempre num contrato de franquia, pelo menos relativamente à transmissão, pelo franquiador ao franquiado, da capacidade para angariar clientela, ou seja, à transmissão do saber-fazer necessário à reiteração da imagem de marca; por outro lado, o Autor trata marcadamente a franquia como um simples contrato de distribuição, o que, para nós, não corresponde à realidade. Tratasse-a COGGI como um contrato de licença e já não cairia no primeiro erro que lhe apontámos. Maior lucidez demonstra, por isso, DE HALLER, ob. cit., pp. 133 e ss.. Considerando o contrato de franquia um "feixe de licenças" e não o incluindo, necessariamente, nos sistemas de distribuição, este Autor entende a franquia como a concessão do direito de usufruir da clientela (*achalandage*) potencial, ligada a certos sinais distintivos. "Logo, o franquiado recebe uma certa clientela, existente ou virtual. (...) É muito raro que o franquiado traga à sua própria clientela ao franquiador". O Autor ressalva a hipótese em que o franquiado já explorava uma empresa do género daquela que o franquiador pretendia implantar e integrou a rede de franquia porque já não conseguia, por si só, enfrentar a concorrência. Podemos afirmar que, relativamente ao saber-fazer e à assistência técnica, esta diferença existe mesmo entre o contrato de franquia e o contrato de concessão; com efeito, "registra-se uma verdadeira inversão do próprio processo da concessão de venda

clientela, não são idênticos: a actividade do agente traduz--se numa vantagem imediata para a empresa do principal, enquanto a do franquiado se traduz em lucro pessoal, e só indirectamente acaba por beneficiar o franquiador⁵². Aliás, existe, no plano de remuneração das partes, outra diferença entre os dois contratos: é que, no contrato de agência, o agente recebe retribuição pelos contratos *negociados ou concluídos*, como se refere no último requisito legal indicado; ao invés, no contrato de franquia, o franquiado paga para poder negociar e concluir contratos (de compra e venda e/ou de prestação de serviços). Este facto levantaria duas ordens de dificuldades quanto ao cálculo da eventual indemnização de clientela. Em primeiro lugar, a mesma teria de ser calculada, não em função das margens de lucro efectivamente obtidas (como é o caso das comissões auferidas pelo agente), que dariam lugar a “compensações astronómicas”, mas com base numa “ficção”⁵³: deveria identificar-se, nos lucros auferidos pelo franquiado, a percentagem que corresponderia especificamente à remuneração do seu trabalho de angariação ou manu-

exclusiva: neste caso, é o produtor a procurar elevados níveis de competência nos distribuidores, enquanto na franquia são os franquiados a pretender uma particular competência ou especialização do franquiador”, como refere FAUCEGLIA, *Il franchising. Profili sistematici...*, cit., pág. 38.

⁵² Para JEAN GUYÉNOT, *Concessionnaires et Commercialisation des Marques. La Distribution Intégrée*, LINA, Paris, 1975, pág. 1, tanto os franquiados como os concessionários criam ou desenvolvem a clientela de um produto de marca, segundo os métodos e uma política comercial impostos pelo outro contraente, concedente ou franquiador, em virtude de uma integração funcional, a par da integração estrutural das empresas em sistemas constitutivos de grupos tão homogêneos como se fossem dotados de personalidade moral; assim, para GUYÉNOT, estes desempenham funções similares, pela sua finalidade, às dos agentes comerciais e dos V.R.P., com a única particularidade de serem e permanecerem, juridicamente, comerciantes que compram e vendem em seu nome e por conta própria. Por este motivo, entende o Autor, franquiado e concessionário não obtiveram, como os outros intermediários, que agem por conta de outrem, um estatuto que os proteja e lhes atribua, cessado o contrato, uma indemnização correspondente à clientela que criaram ou desenvolveram. Esta visão, se encerra aspectos pertinentes, tem pelo menos o grave defeito de não ser capaz de estabelecer uma distinção adequada entre concessão e franquia, limitação que, aliás, enferma todo o trabalho citado: na pág. 12, o Autor expõe claramente que a franquia é, em seu entender, uma “das diferentes formas de concessões comerciais”.

⁵³ É o entendimento de MARTÍNEZ SANZ, que propõe para o contrato de concessão um cálculo baseado nas comissões que, teoricamente, teria recebido um agente na situação desse concessionário; tal cálculo passa pela exclusão de todos os elementos retributivos do concessionário que não respondam estritamente ao labor de captação e consolidação de clientela – cfr. MARTÍNEZ SANZ, *Contratos...*, cit., pp. 357 e ss..

tenção da clientela. E os *royalties* pagos pelo franquiado durante a execução do contrato são, as mais das vezes, directamente proporcionais ao volume de negócios desenvolvido por este contraente. Para este efeito, nenhuma distinção é feita entre os negócios celebrados com clientes que já eram fiéis à rede de franquias e aqueles celebrados com clientes que angariou, pagando o franquiado uma contrapartida que incide sobre os negócios que celebra mesmo com os clientes que constituiriam a sua “mais-valia”. Uma vez que tal regime é geralmente aceite e não tem gerado qualquer controvérsia, parece que, afinal, esta é uma das formas pelas quais o franquiado reconhece que o papel do franquizador e das suas prestações é igualmente determinante, até na angariação de novos clientes. Por outro lado, a entender-se que o franquiado pode receber uma compensação pela clientela que angariou ou pelo volume de negócios que aumentou usando o saber-fazer e sinais distintivos do franquizador, este crédito deverá ser eventualmente compensado pelo correspondente débito de *royalties* que seriam pagos durante o período de referência para o cálculo da indemnização. Em conclusão, no silêncio do contrato, ou seja, quando não esteja prevista uma indemnização pela cessação do contrato a favor do franquiado, não deve admitir-se, com base na aplicação analógica da disciplina relativa à indemnização de clientela prevista para o contrato de agência, qualquer pretensão do franquiado relativa à clientela⁵⁴.

⁵⁴ No mesmo sentido, CAGNASSO, *Concessione di vendita e franchising...*, cit., pág. 399; BUSSANI/CENDON, ob. cit., pág. 472; GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il franchising, in “Contratti d’Impresa”*, vol. II. BUONONORE, VICENZO/LUMINOSO, ANGELO/FAUCEGLIA, GIUSEPPE/CAPO, GIOVANNI/ROSAPEPE, ROBERTO/D’AMARO, TOMMASO. Giuffrè, Milão, 1993, pág. 1900; GNIGNATI, ob. cit., pág. 458; ECHEBARRÍA SALÉNZ, ob. cit., pág. 545. Entre nós, a questão da atribuição de uma indemnização de clientela ao franquiado no fim do contrato, por via da aplicação analógica das regras relativas ao contrato de agência (artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho) gerou as mais diversas opiniões na doutrina. MENEZES CORDEIRO, *Do contrato...*, cit., pp. 83 e ss., nega tal possibilidade, pois, em seu entender, “na franquia, ao contrário da agência (...), a clientela é angariada através da marca para o franquiado; as vantagens e desvantagens que tudo isso acarrete fazem parte dos riscos próprios do negócio, que as partes livremente assumiram e que a boa fé manda honrar”. Também PEREIRA BARROCAS, *O contrato...*, cit., pp. 157 e ss., nega a possibilidade de aplicação analógica de tal regra ao contrato de franquias. “uma vez que o franquiado actua sempre em nome e por conta própria”. No entanto, para este Autor, certo é que “o franquiado investe normalmente quantias significativas, contrata pessoal e conquista mercado em benefício de si próprio e da marca”, concluindo que “quem faz

5. *O equilíbrio económico e jurídico entre franquidor e franquiado na celebração e na execução do contrato de franquia* – A forma mais “saúdável” de garantir que o contrato de franquia é celebrado no res-

sobretudo perdurar no tempo e alargar no espaço a projecção da marca é, sem dúvida, a actividade e o capital dos franquiados”. Pelo que o prejuízo que estes podem sofrer com a cessação do contrato “é questão delicada que não pode ser resolvida senão por lei”. Entretanto, “[v]alerão apenas as disposições gerais que regulam a tutela da confiança, isto é, as disposições sobre a boa fé (maxime os artigos 239.º e 762.º n.º 2 do Código Civil)”. Ainda no sentido de negar a aplicação analógica das disposições do contrato de agência ao contrato de franquia, vide ANA PAULA RIBEIRO, ob. cit., pp. 58 e ss.. Contudo, esta Autora não aceita que a clientela seja angariada somente através da marca, podendo, em sua opinião, ser atraída pelas qualidades do franquiado. Assim, faz depender a atribuição de uma indemnização de clientela ao franquiado de uma apreciação casuística, de acordo com o princípio geral da boa fé negocial. Um dos elementos que parecem ser determinantes para o efeito é o facto de “o franqueado mudar de actividade”.

PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86...*, cit., pág. 138, entende que “o regime da agência está vocacionado, à partida, para se poder aplicar, por analogia, aos contratos de concessão e de franquia”, sendo necessário apurar, contudo, “relativamente a cada questão e em cada caso concreto, se pode afirmar-se uma analogia de situações que justifique a aplicação a um contrato de normas estabelecidas para outro”. E acrescenta, *ibidem*, que, “em princípio, a actividade típica de concessionários e franquiados, *por si só*, não será susceptível de justificar, por analogia, uma indemnização de clientela”, até porque existem diferenças entre os contratos de concessão e de franquia e o contrato de agência a que não pode deixar de atender-se; particularmente no caso dos franquiados, a “dificuldade” da questão será maior. Mas o Autor conclui que a situação será diferente se as circunstâncias do caso concreto mostrarem que tais sujeitos desempenharam funções, cumpriram tarefas e prestaram serviços idênticos aos que recaem sobre o agente, “em termos de eles próprios deverem ser considerados, pela actividade que exerceram, como um relevante *factor de atracção da clientela*”. Do mesmo Autor, sobre este assunto, vide, ainda, *Contratos de agência...*, cit., pp. 326 e ss.. Pronunciando-se também por uma possível aplicação analógica do preceito relativo ao contrato de agência, vide ISABEL ALEXANDRE, ob. cit., pág. 369. Este preceito, recorda a Autora, “aponta para uma apreciação casuística das várias situações”. E acrescenta que esta solução estabelece o compromisso entre a tese de quem recusa a indemnização com base no benefício adveniente para o franquiado da notoriedade da marca e a de quem advoga a existência de um direito a indemnização como decorrência da contribuição que a actividade do franquiado traz para a perpetuação da marca. “Tudo dependerá, com efeito, da concreta situação”, conclui. Já CARLOS OLAVO, ob. cit., pp. 171 e ss., defende a possibilidade de aplicação analógica do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, mas apenas quando, após a cessação do contrato, o franquiado fique inibido de utilizar a clientela entretanto angariada, pois, para este Autor, “no contrato de ‘franchising’, a clientela tanto pode ficar ligada ao estabelecimento do licenciado como ao do licenciador”. Assim, “se o licenciado continuar a exercer uma actividade similar à que vinha a exercer, nenhuma indemnização de clientela se justifica”. No mesmo sentido parece ir MANUEL DURÃES ROCHA, *La franchise au Portugal*, in “Agencia e Franchising. Diretiva CEE

peito da vontade real dos contraentes passa, a exemplo do que já foi legislado em alguns países europeus, como é o caso da França⁵⁵ e, mais

86/653, Regulamento CEE n.º 4087/88, Ordinamenti Nazionali degli Stati Membri”, dir. ANDREA CHIAVEGATTI, Pádua, Cedam, 1991, pág. 124. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 98, afirma que, no fundo, só existe “analogia” entre a situação tutelada pelo artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86 e um “falso” contrato de franquia – um contrato a que a prática terá conferido a designação de contrato de franquia, mas que deveria ser requalificado (porventura como contrato misto de licença de marca e prestação de serviços, ou como licença de exploração de marca). Só nestes casos reconhece o Autor que será mais fácil ao (falso) “franquiado” ser ele próprio um factor de atracção de clientela. Então, conclui PESTANA DE VASCONCELOS, se se verificar a analogia nesses casos (que, note-se, não casos em que se trate de um contrato de franquia), estando verificados os pressupostos do direito à indemnização de clientela, esta será de conceder. Da nossa parte, um reparo: já não se trata aqui, então, da aplicação analógica da norma do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86 ao contrato de franquia. Para HELENA MAGALHÃES BOLINA, *O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia*, in Revista Jurídica (AAFDL), n.º 21, Junho 1997, pp. 221 e ss., a questão deve ser decidida depois de se ter determinado, cessado o contrato, quem foi responsável pelo acréscimo de clientela: a actividade do franquiado, ou a reputação da marca. Apenas no primeiro caso caberia ao franquiado o “direito a uma compensação, derivada do benefício que proporcionou à outra parte”, ou seja, quando o factor decisivo de atracção de clientela foi o franquiado. Ainda aqui estaríamos, para a Autora, a resolver a questão mediante o recurso à analogia com as normas do contrato de agência. Também ELSA SEQUEIRA, ob. cit., pp. 478 e ss., defende a aplicação analógica do regime da indemnização de clientela ao contrato de franquia: a Autora entende que as situações do agente e do franquiado, no momento da extinção dos contratos, são idênticas, por ter havido nos dois casos apropriação, por uma das partes, de um activo que era comum durante a vigência contratual que fora constituído por ambas as partes – a clientela. Este enriquecimento de uma das partes do contrato, à custa do empobrecimento da outra parte, justificará a analogia de regimes, uma vez que ELSA SEQUEIRA, como se expôs *supra*, vê na indemnização de clientela uma obrigação cuja fonte é, exclusivamente, o instituto do enriquecimento sem causa.

⁵⁵ Pioneira, neste aspecto, é a legislação francesa; de acordo com o preceituado no artigo L330-3 do *Code de commerce* (artigo 1.º da Lei n.º 89-1008, de 31 de Dezembro de 1989, também chamada *loi Doubin*, integrado no *Code de commerce* a partir da codificação introduzida pela *Ordonnance* 2000-912, de 18 de Setembro de 2000), o franquiador deve, pelo menos vinte dias antes da celebração do contrato, comunicar ao candidato um projecto de contrato e um documento “prestando informações sinceras que lhe permitam vincular-se com todo o conhecimento de causa”. E o subsequente Decreto n.º 91-337, de 4 de Abril de 1991, veio especificar as informações que este documento deve conter, relativas, quer ao franquiador, quer à rede de franquia, quer ao contrato projectado. Muito resumidamente, quanto ao franquiador, além da sua identificação, o documento deve informar sobre a respectiva domiciliação bancária, a data de criação da empresa, a experiência profissional e as contas anuais. Em relação à rede, o franquiador deve fornecer ao franquiado a lista das empresas que dela fazem parte, fizeram no último ano ou está

recentemente, da Espanha⁵⁶, pela rigorosa informação das partes na fase pré-contratual⁵⁷. A prossecução de tal objectivo pode, no entanto, ser

previsto que venham a fazer; e informar sobre a presença autorizada pelo franquizador, na zona de actividade prevista, de qualquer estabelecimento que ofereça os bens ou serviços que serão objecto do contrato. Finalmente, o documento deve indicar a duração do contrato proposto, as suas condições de prorrogação, de cessação e de cessão, bem como a extensão da eventual exclusividade; também devem ser precisados a natureza e o montante das despesas e investimentos necessários à exploração. Vide CESARE VACCÀ, *La distribuzione commerciale nel disegno legislativo comunitario: lacune e linee di tendenza*, in "I Contratti della Distribuzione Commerciale. La Disciplina Comunitaria, l'Ordinamento Interno", EGEA, Milão, 1993, pp. 33 e ss.; LELOUP, *La Franchise...*, cit., pp. 183 e ss..

⁵⁶ Em Espanha, a Lei 7/1996, de 15 de Janeiro, que regulamenta o comércio a retalho, impõe ao franquizador um idêntico dever de informação pré-contratual. Este texto dispõe que o franquizador, com uma antecedência mínima de vinte dias em relação à celebração do contrato (ou pré-contrato), ou da entrega pelo futuro franquiado de qualquer quantia pecuniária, deve fornecer à contraparte, por escrito, as informações suficientes para que esta possa decidir livremente e com conhecimento de causa se deve ingressar na rede. Concretamente, deve fornecer os seus dados identificadores, a descrição do sector de actividade do negócio, o conteúdo e as características da franquia e da sua exploração, a estrutura e extensão da rede e os elementos essenciais do contrato de franquia. Estabelece-se, ainda, nesse diploma que as pessoas singulares ou colectivas que pretendam desenvolver em Espanha a actividade de franquizador deverão inscrever-se, para o efeito, no registo de franquizadores, posteriormente criado pelo Real Decreto 2485/1998, de 13 de Novembro.

⁵⁷ Nos EUA, são várias as tentativas legislativas no sentido de resolver, por esta via, o problema da auto-determinação consciente do franquiado; tentativas que são, no âmbito dos países europeus, bem mais escassas. O processo legislativo norte-americano teve início com a aprovação, em 14 de Setembro de 1970, da *California Franchise Investment Law*. A nível federal, a *Federal Trade Commission* só em 1979 publicou uma *Trade Regulation of Franchising*, a *Franchising and Business Opportunity Ventures Trade Regulations Rule*, conhecida como *Full Disclosure Rule*, que entrou em vigor em 21 de Outubro de 1979. Esta lei americana é uma lei preventiva, que obriga quem recruta franquiados a prestar-lhes todas as informações que permitam ao candidato fazer a sua escolha com pleno conhecimento de causa e com toda a liberdade. Os responsáveis por esta informação são os franquizadores e os operadores que angariam franquiados, sendo os respectivos beneficiários os candidatos a franquiados ou os franquiados já existentes e que desejam prorrogar ou expandir os seus contratos de franquia. O documento em que é transmitida a informação, *basic disclosure document*, deve ser entregue ao candidato a franquiado desde o primeiro encontro pessoal entre as partes, ou em momento previsto pela lei. O desrespeito desta lei pode revestir diversas formas e acarretar sanções pesadas para o incumpridor. Vide, a este propósito e para ulteriores desenvolvimentos, OLIVIER GAST, *Aperçu général de la loi américaine sur le franchising*, in "Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique", 1982, cit., pp. 224 e ss.. A obrigação de informação imposta por esta lei ao franquizador é considerada, por BÉNÉDICTE GUÉNÉGO, *Les Relations Contractuelles entre Franchiseur et Franchisé: Équilibre ou Déséquilibre*.

tolhida pelo facto de, na generalidade dos casos encontrados na prática, o contrato de franquia ser um contrato de adesão⁵⁸. Entre nós, e na ausência de regulamentação específica da matéria, um dos caminhos possíveis para a responsabilização do franquizador por falsas informações, na fase de preparação do contrato de franquia, é o recurso às disposições reguladoras da publicidade, nomeadamente em sede de publicidade enganosa

tese policopiada, Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), 1992, pág. 7, “particularmente draconiana”.

No Brasil, os artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 8.955, de 15 de Setembro de 1994, estabelecem o dever de o franquizador fornecer ao interessado em tornar-se seu franquiado uma “circular de oferta de franquia” (documento que deve conter todas as informações relevantes acerca do franquizador, relativas à sua situação jurídica e financeira, e acerca daqueles que serão os direitos e deveres do franquizador e do franquiado no âmbito da execução do contrato de franquia), por escrito e em linguagem clara e acessível, no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia, tal como definido no artigo 1.º dessa Lei (ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franquiado ao franquizador ou a empresa ou pessoa ligada a este). O não cumprimento destas disposições, assim como o facto de o franquizador veicular informações falsas na sua “circular de oferta de franquia”, confere ao franquiado o direito a arguir a anulabilidade do contrato e a exigir a devolução de todas as quantias que já tiver pago ao franquizador ou a terceiros por ele indicados (artigos 4.º, parágrafo único, e 7.º da referida Lei). Estabelece-se, ainda, a obrigatoriedade da forma escrita para a celebração do contrato de franquia; mais: o contrato deve ser “escrito e assinado” na presença de duas testemunhas (artigo 6.º da Lei n.º 8.955).

⁵⁸ Para a análise do fenómeno no âmbito dos contratos de distribuição, vide MANUEL ANTÓNIO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, in “Revista de Derecho Mercantil”, n.º 177, Madrid, 1985, pp. 431 e ss.. Mas tal facto também pode ter a virtualidade de beneficiar os franquiados, pois, se ligados ao mesmo franquizador por um contrato com características idênticas, pertencem a uma rede cujos membros não se encontram discriminados em termos de tratamento. Esta vantagem é, todavia, menos segura do que possa parecer, pois a paridade de tratamento entre franquiados pode ser condicionada por outros factores, exteriores ao contrato, tais como a zona de mercado e geográfica em que aqueles operam. Ou seja, por vezes, para assegurar igual tratamento a franquiados distintos, o franquizador deve, precisamente, adaptar cada contrato de franquia às condições efectivas em que cada franquiado vai operar. Importante para assegurar a livre determinação das partes na conclusão de um contrato de franquia é, ainda, a celebração de contratos de pré-franquia que, como se verá *infra*, podem facultar o pleno conhecimento recíproco das partes. Fala-se em conhecimento recíproco, pois convém não esquecer que a obrigação de informação não deve valer apenas para uma das partes: “[é] do interesse do franquizador e dos outros membros da rede que o franquizador possa obter sobre o eventual franquiado tantas informações como aquelas que este tem direito a obter sobre o franquizador e a rede”; cfr. LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 185. Entim, como sintetiza DIDIER FERRIER, *Droit de la Distribution*, Litec, Paris, 1995, pág. 332, através da

ou desleal⁵⁹. Independentemente da validade desta solução, resta sempre à parte a quem não foram prestados os esclarecimentos necessários o recurso ao disposto no artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil, que regula a *culpa in contraendo*⁶⁰.

5.1. A autonomia jurídica do franquiado. Dependência económica v. autonomia jurídica – É comum encontrar na doutrina, a propósito do contrato de franquia, referências à parte mais fraca, o franquiado, e à necessidade da sua protecção pelo legislador⁶¹; nestes casos, não é rara a declaração de “insuficiência” da disciplina dos contratos duradouros e dos de adesão para “uma cobertura medianamente satisfatória dos interesses dos distribuidores”⁶², categoria em que é costume incluir-se os franquiados. Então, a necessidade de protecção de uma das partes também pode assentar na noção de dependência económica, esgrimida pela doutrina que pretende ver-lhe inerente a subordinação profissional⁶³.

informação pré-contratual “o franquiador deve assumir o seu passado e o franquiado o seu futuro”.

⁵⁹ A publicidade enganosa é proibida, entre nós, pelo artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Novembro, por violar o princípio da verdade, que deve reger a actividade publicitária e está consagrado no artigo 10.º do mesmo diploma.

⁶⁰ De facto, no nosso ordenamento jurídico, para esta matéria cabe o recurso ao preceituado no artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil, que consagra a responsabilidade pré-contratual: assim, impende sobre quem negocia com outrem para conclusão de um contrato, tanto nos preliminares como na formação dele, um dever de informação e prestação de esclarecimentos, pois só assim pode entender-se que procede “segundo as regras da boa fé”. Vide, a este propósito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1984, pp. 549 e ss., e *Do contrato de franquia (“franchising”) – Autonomia privada versus tipicidade negocial*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Lisboa, Abril de 1988, pág. 81.

⁶¹ Vide, entre outros, COGGI, ob. cit., pp. 131 e ss.; GEORGES J. VIRASSAMY, *Les Contrats de Dépendance. Essai sur les Activités Professionnelles Exercées dans une Dépendance Économique*, LGDJ, Paris, 1986, pág. 87 e pp. 133 e ss.; e PARDOLESI, *I Contratti di Distribuzione...*, cit., pág. 305. Vide, ainda, a propósito da subordinação económica e profissional de concessionários e franquiados, JEAN GUYENOT, *Concessionnaires...*, cit., pág. 3. Entre nós, cfr., nomeadamente, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição refundida e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 502, que, referindo uma “posição de predomínio” do franquiador, convoca a intervenção do Tribunal para combater eventuais abusos.

⁶² Cfr. DOMÍNGUEZ GARCÍA, ob. cit., pág. 443.

⁶³ A noção de dependência económica está consagrada, entre nós, no artigo 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Regime Jurídico da Concorrência), que visa proibir a exploração abusiva do estado em que se encontra a empresa, fornecedora ou cliente, que

Embora sem a pretensão de ser um elemento de qualificação dos contratos, a noção de dependência económica tem, para os seus seguidores, a vantagem de permitir distinguir, de todos os outros, os contratos que regem actividades profissionais exercidas numa situação de *vassalagem*, na submissão a outrem, para se encontrar um quadro jurídico protector que limite os efeitos desta situação particular⁶⁴. A maior crítica que merece este tipo de tese é a de ser discutível a oportunidade de proteger, no fim do contrato, entidades que escolheram trabalhar de forma independente, assumindo o risco da respectiva actividade⁶⁵. Como se expôs, o contrato de franquia apresenta vantagens económicas inequívocas para ambas as partes; pondo em causa a existência de um equilíbrio de génese, pode estar a pôr-se em causa a validade do próprio contrato e do seu fim. Em síntese, será mais sensato encontrar a necessidade de protecção no equilíbrio de interesses das partes no contrato, com a consequente repartição do poder de decisão. Em caso de desequilíbrio, está-se perante uma situação de desvio ao modelo do contrato de franquia, o que, entre outras possíveis consequências, pode determinar a sua requalificação. Tais desvios situam-se, precisamente, ao nível do equilíbrio de poderes entre os contraentes; logo, e sobretudo, quanto ao exercício do poder de controlo do franquizador sobre o franquiado ou, por outro lado, no que respeita à

não dispõe de alternativa equivalente. Ou seja, como completa YVES SERRA, em *Le Droit Français de la Concurrence*, Dalloz, Paris, 1993, pág. 88, “que não pode encontrar uma solução de substituição nas relações existentes com a parte em relação à qual se encontra em estado de dependência económica”, o que, ainda segundo o mesmo Autor, foi qualificado como o critério do “parceiro obrigatório”. *Vide*, ainda, a propósito da subordinação económica e profissional de concessionários e franquizados, JEAN GUYÉNOT, *Concessionnaires et Commercialisation des Marques. La Distribution Intégrée*, LINA, Paris, 1975, pág. 3. Para VIRASSAMY, ob. cit., pp. 133 e ss., são três as premissas necessárias à determinação da situação de dependência económica: a existência de uma relação contratual entre as partes; a importância desta relação para a existência do submetido; e a regularidade e a permanência destas ligações contratuais.

⁶⁴ SERRA, *Le Droit Français de la Concurrence*, cit., pág. 142.

⁶⁵ *Vide* MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pp. 87 e ss.. É sintomático, a este respeito, o que VIRASSAMY afirma, ob. cit., pág. 239, acerca do fim da relação contratual em que existe dependência: “[a] cessação das relações contratuais é a ocasião para o submetido se tornar credor de diversas indemnizações”. CHRISTIAN JOERGES, *Contract and Status in Franchising Law*, in “Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 29 e ss., entende ser paradoxal que o franquiado, desejando tornar-se um comerciante, deva sacrificar esta sua identidade logo no momento em que alcança este objectivo, o que, de resto, a análise económica nega resolutamente.

excessiva colaboração entre as partes. Ambas as situações, embora de forma diferente, são capazes de pôr em causa a indispensável independência jurídica entre franquizador e franquiado. Se o franquiado for uma pessoa singular, o excessivo controlo exercido pelo franquizador pode levar à requalificação do contrato em causa como contrato de trabalho⁶⁶. Sendo o franquiado uma pessoa colectiva, nomeadamente uma sociedade comercial, serão necessariamente diferentes as consequências resultantes dos atentados praticados pelo franquizador contra a independência do franquiado. Esta pode, em tal caso, ser posta em causa de diversas formas. Mais comumente, através de uma participação no capital social da empresa franquiada; embora geralmente vista com bons olhos e por vezes até recomendada, esta participação pode importar consequências nefastas para a independência das empresas envolvidas, seja a detenção de participações maioritária ou não⁶⁷. Excedida a normal dimensão da colaboração entre as partes do contrato em apreço, questionar-se-á a sua eventual qualificação como, entre outras hipóteses, contrato de sociedade ou contrato de consórcio. De entre as várias diferenças que existem entre a franquia e estas figuras, identificadas, respectivamente, nos artigos 980.º do Código Civil e 2.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, realça-se aquela que parece essencial: não existe, na franquia, o exercício de uma actividade comum, apenas colaboração entre as partes.

⁶⁶ Neste sentido, *vide*, entre outras, as decisões do Tribunal de Poitiers, 2 de Junho de 1976, e do Tribunal de Paris, 28 de Abril de 1978, in JEAN-PAUL CLÉMENT, *La Franchise. Vingt Ans de Jurisprudence. Deux Cents Décisions Commentées (1973-1993)*, IREF, Paris, 1993, pp. 52 a 54. Nestes casos, no plano da eficácia profissional, o franquiado será um empresário subordinado ao franquizador: o franquizador priva-se da iniciativa do franquiado que até seria, naturalmente, mais eficaz do que a de um trabalhador subordinado, "porque trabalha por sua conta e procurando rentabilizar o seu investimento". Cfr. LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 104.

⁶⁷ Pois, mesmo nesta última hipótese, o franquizador pode dispor de direitos que lhe permitam influenciar a gestão da sociedade franquiada. Mas, também bastante frequente, embora mais difícil de identificar, é a hipótese de ingerência de facto na gestão da sociedade franquiada, substituindo-se o franquizador aos dirigentes legais desta sociedade. Por último, embora mais raramente, a independência recíproca pode ainda ser afectada pelo estrangulamento do objecto social da sociedade franquiada, determinando-se o seu âmbito, exclusivamente, à exploração daquela franquia específica e a consequente dissolução da sociedade se o contrato de franquia em causa cessar, por qualquer motivo. *Vide* LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 112. A ingerência do franquizador pode ter como consequência, nestes casos, a requalificação do contrato em causa como contrato de prestação de serviços (hipótese prevista por CARLOS OLAVO, *O contrato de franchising*, in "Novas Perspectivas do Direito Comercial", Centro de Estudos Judiciários da Faculdade

6. *O enquadramento legal do contrato de franquia* – O contrato de franquia é fonte de problemas relativamente ao direito europeu da concorrência, sobretudo quanto ao artigo 81.º do Tratado de Roma, que proíbe os acordos restritivos da concorrência salvo se, cumulativamente, contribuírem para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, reservarem aos consumidores uma parte equitativa das vantagens daí resultantes, não impuserem às empresas em causa restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos e, finalmente, não derem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa⁶⁸.

de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Coimbra, 1988, pág. 169), contrato de gestão de empresas, ou contrato de subordinação entre sociedades comerciais (JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES. *Os Grupos de Sociedades*. Almedina, Coimbra, 1993, pág. 417, alerta para o problema da celebração de um contrato de subordinação “camuflado”, que visará a obtenção de “um poder de direcção fáctico sobre a sociedade ‘subordinada’”, sem que as partes tenham de suportar as responsabilidades e encargos que a lei lhe faz associar), os quais diferem substancialmente do contrato de franquia. Em sentido parcialmente coincidente, *vide*, ainda, PETERS/SCHNEIDER, *ob. cit.*, pág. 228.

⁶⁸ Cfr. artigo 81.º, n.º 3, do Tratado de Roma. A relação entre o artigo 81.º TCE e os contratos de franquia foi pela primeira vez abordada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Acórdão Pronuptia, de 1986 (Acórdão de 28 de Janeiro de 1986, caso n.º 161/84, ou caso “Pronuptia”: Pronuptia de Paris c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis). Posteriormente, entre 1986 e 1988, a Comissão das Comunidades Europeias decidiu em cinco casos concretos acerca da compatibilidade com o direito comunitário de certas cláusulas contidas noutros tantos contratos de franquia, respondendo a pedidos de isenção individual (decisão da Comissão, de 17 de Outubro de 1986 – Yves Rocher; decisão da Comissão, de 17 de Dezembro de 1986 – Pronuptia; decisão da Comissão, de 13 de Julho de 1987 – Computerland; decisão da Comissão, de 14 de Novembro de 1988 – Service Master; decisão da Comissão, de 2 de Dezembro de 1988 – Charles Jourdan). A 30 de Novembro de 1988, a Comissão emitiu o Regulamento de isenção por categoria n.º 4087/88, relativo à aplicação do artigo 81.º do Tratado de Roma a certas categorias de acordos de franquia, mais propriamente aos contratos de franquia de distribuição e de franquia de serviços. Graças a este Regulamento de isenção, são autorizados *ipso facto* os acordos que, embora caindo na proibição do artigo 81.º, n.º 1, preenchem as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo, ficando dispensados do ónus da notificação. Finalmente, a Comissão adoptou, em 22 de Dezembro de 1999, o Regulamento de isenção n.º 2790/1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, destinado a substituir alguns dos regulamentos de isenção por categoria específica existentes, nomeadamente o Regulamento n.º 4087/88; o contrato de franquia deixou, assim, de merecer um tratamento distinto em relação aos restantes acordos verticais.

Como na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos outros países europeus⁶⁹, não existe em Portugal regulamentação específica aplicável aos acordos de franquia⁷⁰. Todavia, quando o recurso às cláusulas que as partes convencionaram no contrato não se mostre viável ou suficiente para o tratamento dos problemas que a relação contratual pode gerar, vários princípios gerais do direito são potencialmente aplicáveis a estes contratos, celebrados ao abrigo do artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil, que consagra o princípio da liberdade contratual⁷¹. Este contrato não é, entre nós, um contrato formal⁷², mas a conveniência e a generalização do recurso à forma escrita têm a sua origem no próprio interesse de uniformidade do sistema. Não obstante a sua atipicidade, são-lhe aplicáveis

Para uma análise detalhada (embora não actualizada, porque anterior ao Regulamento de isenção n.º 2790/1999, de 22 de Dezembro) da relação entre o artigo 81.º TCE e o contrato de franquia, vide MIGUEL MARIA TAVARES FESTAS GORJÃO-HENRIQUES DA CUNHA, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a Franquia de Distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998.

⁶⁹ Com excepção da Espanha: o artigo 62.º da Lei 7/1996, de 15 de Janeiro, define actividade comercial em regime de franquia como aquela que se leva a efeito em virtude de um contrato pelo qual uma empresa, franquidora, cede a outra empresa, franquida, o direito à exploração de um sistema próprio de comercialização de produtos ou serviços; o artigo 2 do Real Decreto 2485/1998, de 13 de Novembro, veio depois definir o que se entende por actividade comercial em regime de franquia com maior detalhe – será a actividade que se realiza em virtude do contrato pelo qual uma empresa, o franquidor, cede a outra, o franquido, em troca de uma contrapartida financeira directa ou indirecta, o direito à exploração de uma franquia para comercializar determinados tipos de produtos ou serviços e que compreende, pelo menos, o uso de uma denominação ou nome comercial comum e uma apresentação uniforme dos locais ou dos meios de transporte objecto do contrato, a comunicação pelo franquidor ao franquido de um saber-fazer, e a prestação contínua pelo franquidor ao franquido de assistência comercial ou técnica durante a vigência do acordo.

⁷⁰ No entanto, existem diversos códigos deontológicos emanados pelas várias federações e associações ligadas à franquia, dos quais o mais divulgado parece ser o Código Europeu de Deontologia em Matéria de Franquia, elaborado pelos presidentes das associações de franquia da Europa Comunitária e aprovado em Bruxelas, em Setembro de 1979.

⁷¹ Graças ao qual é possível a celebração de contratos atípicos e a existência de contratos que são, como vimos, legalmente atípicos mas socialmente típicos. A este propósito, fala-nos ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1981, pág. 16, de um “poder jurisdicção (criador de Direito) da pessoa comum”.

⁷² Como resulta do preceituado no artigo 219.º do Código Civil, que consagra o princípio da liberdade de forma, salvo quando a lei a exigir.

as normas do Código Civil que consagram regras gerais⁷³/⁷⁴. Além destas, podem eventualmente ser aplicadas, por analogia, normas do Código Civil que regulem outros contratos, se e quando tal for defensável. No mesmo sentido, pode pensar-se na extensão analógica dos preceitos que regulam outros contratos, consagrados em diplomas avulsos: é o caso do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, cujas normas regulam o contrato de agência. Embora a aplicação de alguns dos preceitos deste diploma ao contrato de franquia não seja pacífica, parece existir algum consenso em relação à aplicação da exigência de forma escrita para a previsão de uma obrigação de não-concorrência, contida no artigo 9.º do referido Decreto-Lei para a agência. Dado o conteúdo do contrato de franquia, não raras vezes estarão em causa licenças de exploração de direitos de propriedade industrial, pelo que o Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março (Código de Propriedade Industrial), será chamado a reger essas situações. Sendo o contrato de franquia, em regra, um contrato de adesão, também as normas que regulam as cláusulas contratuais gerais devem ser aplicadas em tais casos; essas normas estão consagradas no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, com a extensão resultante do Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho e as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. Por outro lado, também no plano interno existem normas relativas à defesa da concorrência que abrangem os contratos que origi-

⁷³ Mesmo por força da aplicação do disposto no artigo 3.º do Código Comercial, que determina a remissão para o Direito Civil quando as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas pela lei comercial (o que não significa, no entanto, que deva ser respeitado um critério de precedência formal entre o Direito Comercial e o Direito Civil). Sobre o carácter subsidiário do Direito Civil e o título a que a ele devemos recorrer, *vide*, entre outros, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, 1973, pp. 43 e ss.; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Lisboa, 1978, pp. 45 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1985, pp. 35 e ss.; VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito Comercial*, Coimbra, 1977/1978, pp. 13 e ss.. Damos como assente que o contrato de franquia é um acto de comércio, no sentido em que este é definido pelo artigo 2.º do Código Comercial, desde logo porque se trata de um dos contratos “dos comerciantes”.

⁷⁴ São aplicáveis, nomeadamente, as normas do artigo 227.º (que regula a responsabilidade pré-contratual), do artigo 236.º (quanto à interpretação da declaração negocial), do artigo 239.º (que determina que a declaração negocial deve ser integrada de acordo com a presumível vontade das partes, sujeita aos ditames da boa fé), do artigo 280.º (possibilidade do objecto, não contrariedade à lei, à ordem pública e aos bons costumes) e do artigo 762.º n.º 2 (dever de agir de boa fé na execução do contrato).

nem uma repartição de mercados, consagradas na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Regime Jurídico da Concorrência).

7. *Conteúdo do contrato de franquia.* 7.1. *Conteúdo essencial do contrato de franquia.* 7.1.1. *Obrigações essenciais do franquizador: a cedência do uso de uma marca implantada no mercado; a comunicação de saber-fazer; o fornecimento de assistência técnica* – De entre as cláusulas que mais frequentemente se encontram num contrato de franquia, destacar-se-á a concessão ao franquizado do direito de utilizar a marca de que o franquizador é titular⁷⁵, com o correspondente dever de o mesmo a utilizar efectivamente; é comum essa concessão/dever estender-se a outros sinais distintivos, como o nome e a insígnia. Mas o que se deixa

⁷⁵ No entanto, esta licença de uso ou utilização de marca não deve confundir-se com a licença de marca, no sentido de licença que confere ao licenciatário o direito de apor a marca nos seus próprios produtos. É claro que, para os autores que entendem a licença de marca como o contrato pelo qual o titular da marca confere a um terceiro o direito de apor a sua marca nos seus produtos, ou o direito de a utilizar comercialmente (cfr. ALBERT CHAVANNE/JEAN-JACQUES BURST, *Droit de la Propriété Industrielle*, 3.ª ed., Dalloz, Paris, 1990, pp. 690 e ss.), ou seja, para uma concepção lata de licença que englobe nesta categoria todas as autorizações conferidas pelo proprietário da marca, está presente uma licença de marca mesmo nos contratos de franquia de distribuição. Vide LELOUP, *La Franchise....*, cit., pág. 45. Pois, se o direito que nasce do contrato de licença é um direito de uso com duas vertentes – não só o direito a apor a marca nos seus produtos, mas também o direito de utilizar a marca no seu comércio –, na franquia de distribuição o franquizado, pelo menos, utiliza a marca do franquizador, nomeadamente através dos seus documentos e publicidade; pelo que tal direito de uso só pode ser, sob este ponto de vista, uma licença de marca. Neste sentido, vide, entre outros, PAUL MATHÉLY, *Le Droit Français des Signes Distinctifs*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1984, pp. 365 e ss.; GIORGIO AGHINA, *La Utilizzazione Atipica del Marchio Altrui*, Giuffrè, Milão, 1971, pp. 83; e BURST, *Droits de propriété industrielle....*, cit., pág. 205. Para este Autor, é demasiado restritiva a noção de licença de marca que a reduz à autorização dada a um terceiro para apor a marca nos seus produtos. No entanto, discordamos da leitura que BURST faz destas concepções – é que não se trata de atribuir à licença de marca o conteúdo, exclusivo, que acabámos de referir. Obviamente, quem lhe atribui este conteúdo não exclui que aquele que apõe a marca de outrem nos seus produtos a possa utilizar no seu comércio, dado que a primeira vertente da licença engloba a segunda, aí necessariamente contida. Mas o inverso já não é verdadeiro: nem todos os que podem utilizar a marca de outrem no seu comércio a podem apor nos seus próprios produtos, como é o caso dos contratos de franquia de distribuição, de concessão comercial ou de distribuição selectiva. Logo, urge estabelecer que pode existir licença de utilização de marca sem licença de marca; cfr. MÁRIO ROTONDI, *Diritto Industriale*, Pádua, 1965, pág. 150. O legislador português não fornece uma definição de licença de marca. Mas, através da análise dos preceitos que se referem a tal negócio, sobretudo o artigo 213.º

bem claro é que não se encontra nenhum contrato de franquia em que o franquizador não conceda ao franquiado o direito de utilizar uma marca bem implantada junto do público (consumidores), funcionando assim como garante do êxito comercial para os eventuais franquiados ⁷⁶. E, como nota a generalidade dos autores, a marca é o sinal distintivo que permite angariar ou manter a clientela, dado que é através da mesma que os clientes identificam o produto ou o serviço em causa ⁷⁷.

Nos contratos de franquia encontra-se sempre a obrigação de o franquizador transferir saber-fazer para o franquiado. E, apesar das várias caracterizações possíveis deste elemento, o seu sentido resume-se ao seguinte: o franquizador deve transmitir ao franquiado todo o saber-fazer que permitiu à sua marca conquistar notoriedade, e que permitirá aos seus franquiados manter exactamente a mesma reputação dessa marca. Este saber-fazer deve ser, obrigatoriamente, fruto da experiência do franquizador. Deve ser secreto – enquanto conjunto ou na configuração e montagem dos seus componentes, não é do conhecimento geral ou de fácil acesso ⁷⁸; deve ser substancial, incluindo conhecimentos importantes para a venda de produtos ou para a prestação de serviços a utilizadores finais e, em especial, para a apresentação de produtos para venda, para a transformação de produtos em ligação com a prestação de serviços, para os métodos de negociar com os clientes e para a administração

do Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, que fornece o elenco de comportamentos do licenciado contra os quais o titular da marca pode reagir, parece-nos que a concepção acolhida foi a mais estrita.

⁷⁶ Como salienta MICHEL KHAN, “[e]lemento essencial da franquia, a marca é, com a insígnia e o nome comercial, a pedra angular do sistema, qualquer que seja o tipo de franquia”: cfr. MICHEL KAHN, *Franchise et Partenariat. Guide Pratique*, 3.ª edição, Dalloz, Paris, 1994, pág. 7; PHILIPPE LE TOURNEAU, *Le Franchisage*, Economica, Paris, 1994, pág. 59; JEAN-JACQUES BURST, *Droits de propriété industrielle et franchise*, in “Mélanges Offerts à Albert Chavanne”, Litec, Paris, 1990, pág. 204.

⁷⁷ Vide, entre outros, a este propósito, CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchisage*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Maison Larcier, Bruxelas, 1992, pág. 19; LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 39. Além desta função da marca e demais sinais distintivos, é de salientar outra de não menos importância: a de permitir aos que os ostentam colocar os produtos ou serviços no mercado em condições que, de outro modo, lhes seriam à partida inacessíveis, nomeadamente o preço. A este propósito, vide PIERFRANCO DEVASINI, *Il Sistema Franchising. Deontologia, Normativa, Giurisprudenza, Creazione e Sviluppo della Rete, Aspetti Internazionali*, Etaslibri, Milão, 1990, pág. 111.

⁷⁸ Não deve ser entendido restritivamente, no sentido de cada componente individual do saber-fazer dever ser totalmente desconhecido ou não susceptível de ser obtido fora da empresa do franquizador.

e gestão financeira⁷⁹; por último, o saber-fazer deve ser identificável, ou seja, deve ser descrito de modo a poder verificar-se o preenchimento dos requisitos de confidencialidade e de substancialidade⁸⁰. Finalmente, importa concluir que esta transmissão de saber-fazer pode classificar-se como uma verdadeira licença de segredo industrial⁸¹ ou licença de saber-fazer⁸², pois o franquizador torna possível a aquisição, pelo franquiado, do conhecimento de um segredo industrial e a sua exploração durante um tempo determinado⁸³. Findo o contrato de franquia, seja a que título for, cessa o direito de o franquiado utilizar o saber-fazer e os sinais distintivos do franquizador. De facto, este é um direito conferido pelo contrato e cujo exercício supõe a sua existência válida⁸⁴. Mas esta *restituição* dos elementos constitutivos da franquia⁸⁵ nem sempre pode operar-se em condições objectivas (como será o caso de grande parte do saber-fazer transmitido ao franquiado), o que vai levantar o problema da salvaguarda

⁷⁹ Deve ser útil para o franquiado ao ser susceptível de, à data da conclusão do acordo, melhorar a sua posição concorrencial, em especial por melhorar os seus resultados ou ajudando-o a penetrar num novo mercado; ou seja, no fundo, ser substancial implica, para o saber-fazer, a capacidade de oferecer uma vantagem competitiva à empresa que o conhece e aplica, em relação às empresas que não têm essa possibilidade. Cfr. DOMINIQUE BASCHET, *Le savoir-faire dans le contrat de franchise*, in "Gazette du Palais". 1994 – 1.º sem., Doctrine, pág. 692. Logo, implica ter um valor económico, pelo que a substancialidade do saber-fazer traduz-se no facto de o mesmo ter valor patrimonial. Vide, neste sentido, JOSÉ MASSAGUER FUENTES, *Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico*, in "Estudios sobre Marcas", coord. NAVARRO CHINCHILLA/VÁZQUEZ GARCÍA, Comares, Granada, 1995, pág. 192.

⁸⁰ A descrição do saber-fazer pode constar do acordo de franquia, de documento separado, ou ser registada por qualquer outra forma adequada.

⁸¹ Na aceção que lhe é dada por GÓMEZ SEGADE, ob. cit., e que, já se viu, engloba os segredos comerciais.

⁸² A licença de saber-fazer, ou licença de segredos empresariais, pode ser definida como o contrato em que uma das partes (licenciante), titular de um segredo empresarial (segredo empresarial licenciado), autoriza outra (licenciado) a explorá-lo durante um tempo determinado ou não, em troca de um preço certo. MASSAGUER FUENTES, *Los secretos...* cit., pág. 209.

⁸³ Tal construção apenas deixaria por englobar, nesta licença, os conhecimentos que pertencem ao domínio comum e que o franquiado pode não possuir, referidos por DE HALLER, ob. cit., pp. 43 e ss..

⁸⁴ Vide JEAN-JACQUES BIOLAY, *Droit de la Distribution Commerciale*, Paris, 1990, pág. 109; LAMY DROIT ÉCONOMIQUE..., cit., pág. 1344; MORRESI, ob. cit., pág. 138; RINALDI, *Il franchising*, in "Rivista di Diritto Industriale", 1988, pág. 99.

⁸⁵ Como lhe chama MICHÈLE PEREZ, *Les contrats de franchise. Analyse Comparative*, Centre d'Études du Commerce et de la Distribution, Paris, 1986, pág. 102.

dos interesses correspondentes do franquiador. Quanto às formas externas ou objectivas que estes elementos podem assumir, não se coloca esta questão; assim, o franquiado deve abster-se de continuar a usar os sinais distintivos do franquiador no seu estabelecimento, nos documentos e em material comercial e publicitário, directamente ou de forma a poder criar confusão, junto do público, com a rede de franquia a que pertencia^{86/87}. No que respeita especificamente ao saber-fazer do franquiador, é difícil o controlo do seu destino uma vez terminado o contrato de franquia; como

⁸⁶ A este propósito, JEAN-MARC MOUSSERON, *Technique Contractuelle*, Francis Lefebvre, Paris, 1988, pág. 515, chega a falar de uma “obrigação de destruição”, muitas vezes consagrada nos contratos de franquia, impondo a eliminação dos elementos caracterizadores do ponto de venda franquiado no fim do contrato de franquia.

⁸⁷ Teoricamente, no entanto, não está excluída a hipótese de o franquiador autorizar o franquiado a continuar a utilizar os seus sinais distintivos depois de expirado o contrato, provisoriamente, durante o período de tempo necessário ao escoamento do *stock* em seu poder, como é referido em LAMY DROIT ÉCONOMIQUE.... cit., pág. 1344. Mesmo em tal caso, então, o franquiado “deverá evitar que se gere confusão entre a cessação da sua actividade e a do franquiador. Devendo ser condenado por publicidade enganosa o franquiado que tenha anunciado ‘a liquidação total’ dos produtos do franquiador, deixando supor que este último abandonava a sua actividade”.. Esta situação, ainda que hipoteticamente consentida pelo franquiador, pode constituir um atentado contra os interesses da rede, como se verá adiante. Porém, na doutrina, chegou até a defender-se que, terminado o contrato de franquia pelo recurso, por parte do franquiador, a cláusula resolutiva expressa, o franquiado deveria ser dada a oportunidade de continuar a utilizar esses sinais distintivos e o saber-fazer da rede – não só para escoar as mercadorias, mas também para amortizar os seus investimentos (é o chamado princípio da “ultractividade” do contrato, com base no qual este, mesmo depois de cessado, continua a produzir os seus efeitos pelo período necessário ao escoamento das existências e à amortização dos investimentos do franquiado, nas palavras de BENEDETO CALPONE, *Il Contratto di Franchising. Un’Alternativa ai Tradizionali Contratti di Distribuzione*, Pirola, 1992, pág. 106). Essa corrente surgiu em reacção à sentença do Tribunal de Milão, de 30 de Abril de 1982 (no caso Soc. Standa c. Soc. Arcobaleno Market, publicada in “Foro Italiano”, 1982, I, col. 2042, com nota de ROBERTO PARDOLESI, *Contratto di “franchising”, risoluzione di diritto, provvedimenti d’urgenza*; na sentença, o tribunal concluiu que “[s]e, celebrado um contrato de franquia com uma empresa comercial que opera no campo da grande distribuição com vasto *avviamento* comercial e notoriedade da marca, a empresa franquiada se coloca em situação de incumprimento quanto ao pagamento de parte relevante das mercadorias fornecidas pela primeira no âmbito da relação de franquia, e por isso o franquiador invocou a cláusula resolutiva expressa, vai determinado em sede de procedimento cautelar, reconhecendo-se grave e irreparável prejuízo no perigo de desvio da clientela, e *fumus boni turis* na prova documentada do incumprimento, que a empresa franquiada se abstenha do uso da marca e de outro sinal distintivo do franquiador, de qualquer referência à relação de franquia e de qualquer técnica comercial e publicitária, a que estava autorizada por força

ficou exposto, uma vez comunicado ao franquiado, esse saber-fazer não poderá ser, pelo menos integralmente, “restituído” ao franquiador. Contudo, existem diversos mecanismos⁸⁸ a que este poderá recorrer para o preservar: assim, a previsão contratual de uma obrigação de segredo pós-contratual de duração ilimitada imposta ao franquiado⁸⁹; ou, ainda, as cláusulas de não integração numa rede concorrente ou de não-concorrência pós-contratual.

Naturalmente, a obrigação de transmissão de saber-fazer ficaria rapidamente esvaziada de sentido se, a seu lado, não existisse a obrigação de prestação de assistência técnica pelo franquiador ao franquiado, sempre e enquanto durar o respectivo contrato de franquia⁹⁰. Por isso, deve

do contrato de franquia”), que determinou que o franquiado deveria abster-se do uso dos sinais distintivos e saber-fazer do franquiador depois de este ter resolvido o contrato de franquia com base em incumprimento quanto ao pagamento das mercadorias fornecidas. Alguns autores entenderam que não devia ser negada ao franquiado a possibilidade de se servir destes sinais distintivos, nestas condições (mediante o recurso a um procedimento cautelar, pois tal só produziria um efeito meramente punitivo do franquiado, causando-lhe um prejuízo desproporcionado em relação ao seu incumprimento; *vide* PARDOLESI, *Contratto di “franchising”, risoluzione...*, cit., col. 2049; BALDASSARI, ob. cit., pág. 514; ANDREA DE GUTTRY, *Il problema della “termination” nel contratto di franchising*, in “Tipicità e Atipicità nei Contratti”, Milão, 1983, pág. 85; e BALDI, *Il Contratto...*, cit., pág. 133, que considera ser esta a única alternativa à não reaquisição dos *stocks* pelo franquiador; também COGGI, ob. cit., pp. 136 e ss., referindo-se aos cuidados a ter na consideração dos fundamentos de resolução do contrato, veio criticar esta sentença, com o argumento de que a proibição, decretada pelo Tribunal com carácter urgente, de o franquiado utilizar os sinais distintivos e o saber-fazer da rede, teve um efeito marcadamente punitivo; com efeito, o franquiador apenas havia denunciado a falta de pagamento de parte das mercadorias; as perdas impostas ao franquiado, em consequência, assumiriam uma “desajustada dimensão de desastre”). A generalidade da doutrina (como FRIGNANI, *La disciplina giuridica...*, cit., pp. 94 e ss.) entende que, findo o contrato de franquia, em caso algum deve subsistir para o franquiado essa possibilidade, exclusivamente restrita à duração do mesmo. Também se propôs uma solução de compromisso (*vide* FAUCEGLIA, *Il franchising...*, cit., pp. 1928 e ss.): tal medida (de carácter urgente) só deve obter provimento quando o incumprimento de um franquiado incida sobre a utilização dos sinais distintivos; ou seja, sobre a qualidade dos produtos e serviços, que deve ser homogênea (o que caracteriza toda a rede); pois, nesse caso, constituirá “uma verdadeira violência” permitir que o franquiado inadimplente possa utilizar o *know-how* e os sinais distintivos do franquiador.

⁸⁸ LAMY DROIT ÉCONOMIQUE..., cit., pág. 1345.

⁸⁹ *Vide* ALFRED JAUFFRET, *Droit Commercial*, 22.^a ed., JACQUES MESTRE, Paris, 1995, pág. 509.

⁹⁰ Contra a necessidade de incluir a obrigação de o franquiador prestar assistência técnica ao franquiado na noção de contrato de franquia, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ,

o franquiador fornecer a assistência técnica necessária ao franquiado durante a execução do contrato⁹¹, de modo a ajudá-lo a implantar ou preservar a imagem da marca e da rede⁹², com um limite: a manutenção da independência jurídica do franquiado⁹³.

7.1.2. Obrigações essenciais do franquiado: a utilização da imagem de marca do franquiador na execução do contrato; o pagamento de uma contrapartida; a obrigação de suportar o controlo do franquiador – Normalmente, a obrigação de o franquiado utilizar a imagem de marca do franquiador não vem prevista nestes termos, mas antes como uma obrigação de o franquiado, no exercício da sua actividade⁹⁴, respeitar as directrizes impostas pelo franquiador. O franquiado tem, em primeiro lugar, a obrigação de desenvolver a actividade objecto do contrato de franquia, utilizando os sinais distintivos da rede do franquiador e explorando o respectivo saber-fazer conforme as suas indicações⁹⁵.

Contratos Comerciais. Apontamentos. Principia, Cascais, 2001, pág. 25, com o argumento de que se admite que “em vários tipos de franquia, designadamente na de serviços, não haja nenhuma assistência técnica a prestar”.

⁹¹ Vide JEAN-MARIE LELOUP, *Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise*, in “La Semaine Juridique”, Éd. G., n.º 23, 1989, 3395; e in “La Semaine Juridique”, Éd. E., n.º 13-14, 1989, pág. 208. LAMY DROIT ÉCONOMIQUE..., cit., pág. 1315; DOMINIQUE LEGEAIS, *Franchise*, in “Juris-Classeur Commercial, Droit des Entreprises”, Éd. Techniques, Paris, 1991, pág. 8; BASCHET, ob. cit., pág. 693.

⁹² No fundo, esta assistência visa facilitar, ao franquiado, a utilização dos meios ou processos comunicados pelo franquiador. Vide SAINT-ALARY, *Franchising*..., cit., 1973, pág. 1.

⁹³ Cfr. LELOUP, *Le règlement*..., cit., pág. 208.

⁹⁴ E apenas enquanto durar o contrato de franquia. O uso de sinais distintivos e/ou a actuação com a imagem comercial do franquiador é absolutamente vedado ao franquiado após a cessação do contrato de franquia, pois vem associar a imagem de marca da rede de franquia a produtos ou serviços estranhos a essa rede. No Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2003, publicado na Colectânea de Jurisprudência, n.º 168, ano XI, tomo II/2003, pp. 29 e ss., foi decidido que lesou o “direito de imagem e o prestígio” do franquiador, justificando-se a tutela do direito, o franquiado que, após a resolução do contrato de franquia, negociava produtos de outra marca num posto de abastecimento facilmente identificável com a marca da rede de franquia (mesmo se tapado o logótipo desta).

⁹⁵ Vide SAINT-ALARY, *Franchising*..., cit., 1973, pág. 1; RAFAELLE LA PLACA, *Contributo alla ricerca dei confini giuridici del contratto di franchising*, in “Giurisprudenza Italiana”, Março de 1991, I, 2, col. 207; LELOUP, *La Franchise*..., cit., pág. 47; MORRESI, ob. cit., pp. 96 e ss.; ALBERTO TOFFOLETTO, *Il franchising nel progetto di regolamento della Commissione CEE*, in “Diritto del Commercio Internazionale”, 1988, pp. 234 e ss.;

Ao franquiado cumpre realizar certas prestações pecuniárias, pagando normalmente ao franquiador um direito de entrada fixo (*initial fee*) e uma renda anual proporcional ao volume de negócios (*royalties*). Cumpre ter aqui presente que, fruto da evolução e da crise comercial que se vive em quase todos os sectores da economia, muitos franquiadores começam a prescindir do pagamento do direito de entrada. Mais especificamente, o franquiado deve pagar ao franquiador uma contrapartida, que pode dividir-se em prestação inicial e prestações periódicas ⁹⁶, cumulativas ou alternativas, ou, nalguns casos ⁹⁷, suportar apenas a inclusão no preço dos bens fornecidos pelo franquiador de uma determinada percentagem ⁹⁸ – pelo que, aparentemente, encontram-se casos em que não está previsto o pagamento de nenhum correspectivo por parte do franquiado, existindo "pagamentos ocultos" ⁹⁹.

GIORGIO BARBIERI. *Contenuto tipico di un contratto di franchising*, in "Gazzetta Valutaria e del Commercio Internazionale", n.º 5. 15 de Março de 1987. pp. 242 e ss..

⁹⁶ Que podem ser – e são, geralmente – determinadas através do recurso a uma percentagem sobre o volume de negócios do franquiado, o que não perturba a natureza do contrato de franquia. "pois têm o significado de preço e não de correspectivo da participação" – cfr. MAGGIORE. ob. cit., pág. 128.

⁹⁷ Naqueles casos em que o franquiador seja o fornecedor exclusivo dos produtos colocados no mercado pelo franquiado, o que pode acontecer mesmo quando o franquiador não é o produtor, ao invés do defendido por CLÉMENT, *La Franchise Commerciale*.... cit., pág. 44 – por exemplo, na situação em que o franquiador é um grossista ou uma central de compras. É apenas devido à existência destas situações que LA PLACA. ob. cit., col. 199, conclui que não são elementos essenciais do contrato de franquia a *entry fee* ou os *royalties*, acrescentando, *idem*, col. 202, que a contrapartida pecuniária pode ser directa ou indirecta – este último caso será o da situação em apreço.

⁹⁸ Cfr. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ. *Contratos de Distribución Comercial: Concesión y franchising*, in "Scientia Iuridica", tomo XLIV, n.ºs 256/258, Braga, 1995, pág. 364.

⁹⁹ Vide DE HALLER, ob. cit., pág. 49; DE NOVA, ob. cit., pág. 216. Uma prestação pecuniária diferente é referida por FAUCEGLIA, em *Il franchising: profili sistematici*.... cit., pág. 78: trata-se de *ricarichi* e o mesmo Autor define *ricarico* como "uma soma que o franquiador calcula adicionalmente ao custo suportado por fabricar as mercadorias ou por as adquirir ao produtor, para cobrir os custos de armazenagem e transporte para o ponto de venda do franquiado". Como acrescenta o Autor, os contratos que prevêm tais obrigações são aqueles em que, simultaneamente, está presente uma obrigação específica de o franquiador produzir ou adquirir, regular e continuamente, a mercadoria e de a transportar para o ponto de venda do franquiado. Ora, facilmente se deduz que esta contrapartida não o é em relação às obrigações essenciais do franquiador, mas é antes a contrapartida de uma obrigação acessória, a par de tantas outras que podem ser consagradas pelas partes e que merecem, naturalmente, retribuição autónoma.

Em consequência do objectivo fundamental de manutenção da imagem de marca através dos contratos de franquia, o franquiador tem o direito e o dever de controlar os produtos vendidos e/ou os serviços prestados pelo franquiado, bem como as condições em que tal acontece. O franquiado tem o dever de aceitar e facilitar esse controlo, sempre que tal lhe seja solicitado pelo franquiador, sem pôr em causa o limite da preservação da sua independência, e apenas relativamente à manutenção da imagem de marca da rede e à protecção do saber-fazer transmitido.

7.2. Obrigações necessariamente decorrentes do conteúdo essencial do contrato de franquia – Existem certas obrigações que decorrem do conteúdo essencial do contrato de franquia e que são além disso, em regra, consagradas pelas partes. Entre estas, encontra-se a chamada cláusula de localização, que impõe que o estabelecimento do franquiado não possa ser espacialmente transferido sem o consentimento do franquiador¹⁰⁰; aliás, o franquiado nem tem, em princípio, o direito de escolher livremente o local exacto da respectiva implantação¹⁰¹. Encontra-se ainda a proibição de o franquiado vender produtos com a marca do franquiador a revendedores não pertencentes à rede¹⁰²; a necessidade de acordo do franquiador para a publicidade local¹⁰³; a obrigação de o franquiado

¹⁰⁰ Para certos autores, até, o contrato de franquia é concluído *ratione loci*, pois a implantação do ponto de venda é um elemento do saber-fazer – cfr. LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 194 e *Les rapports juridiques dans le contrat de franchise. Analyse du contrat de franchise (conclusion, obligations des parties, durée du contrat...)*, in "Aspects juridiques de la franchise", Librairies Techniques, Paris, 1986, pág. 29.

¹⁰¹ Cfr. MATRAY, ob. cit., pág. 77. A consagração desta cláusula não é essencial, mas antes uma consequência inevitável de outras obrigações: de facto, a imagem da marca está relacionada com a zona e o tipo de estabelecimento em que são comercializados os bens e/ou prestados os serviços; e os métodos para a sua escolha podem também fazer parte do saber-fazer.

¹⁰² A causa desta obrigação está relacionada com a marca e a sua reputação, que poderiam ser seriamente afectadas através da comercialização dos bens em causa na ausência de todas as condições consideradas essenciais, nomeadamente o saber-fazer transmitido. Cfr. MATRAY, ob. cit., pág. 88.

¹⁰³ Essa necessidade também decorre, naturalmente, das exigências relativas à marca – o franquiador não pode correr o risco de permitir que os seus franquiados façam uma publicidade mal concebida ou de má qualidade, porque isso poderia prejudicar a imagem de marca de toda a rede. Vide CLÉMENT, *La Franchise Commerciale...*, cit., pág. 48. Por isso, parece razoável entender-se que, mesmo no silêncio do contrato, deve existir acordo do franquiador quanto ao tipo e à forma concreta de publicidade em causa, mas não quanto ao facto de o franquiado pretender fazer publicidade local. Vide, ainda,

comunicar ao franquiador os melhoramentos introduzidos no saber-fazer transmitido por este ¹⁰⁴; a obrigação de segredo quanto ao conteúdo dos conhecimentos transmitidos ¹⁰⁵; a proibição de cessão da posição contratual do franquiado sem o acordo do franquiador ¹⁰⁶.

BESCÓS TORRES, ob. cit., pág. 186; e RAMÓN JOSÉ VÁSQUEZ GARCÍA, *El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica*, in "Estúdios sobre marcas", coord. NAVARRO CHINCHILLA/VÁSQUEZ GARCÍA, Comares, Granada, 1995, pág. 274. Mas alguns autores, como BOUTARD-LABARDE, *Note sous PRONUPTIA*, in "Revue Trimestrielle de Droit Européen", 1986, pág. 312, entendem que a exigência de consentimento do franquiador só pode referir-se à natureza da publicidade e não a aspectos relativos, por exemplo, à afixação dos preços. No mesmo sentido, vide OLIVIER GAST, *Les Procédures Européennes du Droit de la Franchise*, 1989, Paris, pág. 8. Vide, ainda, BESCÓS TORRES, ob. cit., pág. 186, que acrescenta que os custos de publicidade são normalmente suportados por uma determinada percentagem dos *royalties* pagos pelos franquiados, que, em última análise, vai constituir um fundo comum destinado a assegurar a promoção da rede.

¹⁰⁴ O franquiador terá, assim, a possibilidade de testar estes melhoramentos e, se os resultados forem satisfatórios, de fazer com que toda a rede beneficie das ideias do franquiado: é aquilo a que costuma chamar-se fenómeno de *feed-back* ou fertilização cruzada. Vide, nomeadamente, CLÉMENT, *La Franchise Commerciale...*, cit., pág. 31. Esta obrigação é natural no contrato de licença de saber-fazer, cujo conteúdo é absorvido, em nosso entender, pelo contrato de franquia; logo, também será um elemento natural neste contrato. Vide JOSÉ MASSAGUER FUENTES, *Licencia de know-how (Dt.º Mercantil)*, in "Enciclopedia Jurídica Básica", vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 4104.

¹⁰⁵ Cfr. TOFFOLETTO, ob. cit., pág. 235. Esta obrigação decorre de tudo quanto ficou exposto a propósito do saber-fazer: sem ela, este perderia todo o sentido. Logo, deve considerar-se inerente ao contrato de franquia. Mas deverão ser prevenidos os eventuais abusos do franquiador nesta matéria: secreto é todo, mas tão-só, o saber-fazer transmitido, no sentido que lhe foi atribuído. Não deve ser exigido segredo quanto àquilo que já é, globalmente, do domínio público, bem como ao material de conteúdo estritamente jurídico. Será, assim, abusiva, para MATRAY, a obrigação de segredo relativa ao próprio contrato de franquia, impedindo o franquiado de o mostrar a um terceiro, "seja a que título for". Cfr. MATRAY, ob. cit., pág. 84. Embora, geralmente, o dever de segredo venha contratualmente previsto a cargo do franquiado, existem muitos contratos, sobretudo no âmbito da franquia de produção, que consagram igual obrigação em relação ao franquiador. Neste sentido, vide, entre outros, Giuseppe FAUCEGLIA, *Il franchising. Profili sistematici ...*, cit., pág. 70.

¹⁰⁶ Que decorre da aplicação de regras gerais (artigo 424.º do Código Civil) e da própria natureza *intuitu personae* deste contrato, pelo que a sua consagração é desnecessária. Veja-se, a este propósito, o Acórdão do STJ de 27 de Junho de 2002, onde se decidiu, nomeadamente, que constitui "desrespeito grosseiro de contrato *intuitu personae*, como é o contrato de franquia", o trespasso do estabelecimento franquiado sem o consentimento do franquiador.

7.3. *Conteúdo não-essencial do contrato de franquia.* – A par das obrigações analisadas no ponto anterior, podem e costumam ser consagradas outras, tais como a concessão de exclusividade territorial, a prestação de serviços especializados ao franquiado (nomeadamente, jurídicos e financeiros) e outras, ao abrigo da liberdade contratual e desde que não violem preceitos legais imperativos nem restrinjam aquelas que ficaram definidas como as obrigações essenciais das partes. Assumem particular relevância a cláusula que prevê um termo para o contrato de franquia ¹⁰⁷, a cláusula que consagra uma obrigação de não-concorrência do franquiado após a cessação do contrato ¹⁰⁸, ou a cláusula pela qual o franquiador se obriga a retomar as existências na posse do franquiado quando da cessação do contrato de franquia ¹⁰⁹.

8. *Modalidades do contrato de franquia.* 8.1. *Franquia de produção, de distribuição, de serviços* ¹¹⁰ – De todo o exposto se retira já que existe

¹⁰⁷ Sobre a inexistência do direito à manutenção das relações contratuais, quer no contrato de franquia com duração indeterminada, quer no de duração determinada. cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pp. 241 e ss..

¹⁰⁸ Para a análise da obrigação de não-concorrência do franquiado, vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pp. 287 e ss..

¹⁰⁹ Sobre a conveniência da previsão de uma tal obrigação, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pp. 287 e ss..

¹¹⁰ A doutrina mais recente tem indicado uma outra modalidade de franquia, a franquia financeira. Vide, entre outros, LE TOURNEAU, *Le franchisage...*, cit., pp. 30 e ss.; DEVASINI, ob. cit., pág. 44; Mémento Pratique FRANCIS LEFÈVRE, ed. Francis Lefèvre, Levallois, 1994, pág. 422. Para MANARESI/MARCATI, ob. cit., pp. 266 e ss., a este tipo de franquia também pode chamar-se franquia centralizada, denominação que estes Autores, aliás, preferem. Como veremos, à franquia centralizada contrapõem a franquia empresarial. De acordo com a definição proposta por LE TOURNEAU, trata-se de “*dissociar a função de investimento da de gestão e, desse modo, de oferecer a capitalistas, interessados numa colocação frutuosa, o investimento em estabelecimentos franquiados sem a obrigação de assumir a responsabilidade dos mesmos*”. Ainda para este Autor, a expressão franquia financeira é imprópria, pois não estamos perante uma variedade suplementar de franquia, mas uma “*modalidade de aplicação*”. “A franquia aparece, aqui, como um simples produto financeiro” Cfr. LE TOURNEAU, *Concessions. Franchisage. Les variétés...*, cit., pág. 18. Este Autor acrescenta que a franquia financeira, nas suas formas diversas, nasceu na área da hotelaria, fornecendo os exemplos de Cottage-Hôtel, Fimotel, Grilotel, Reshôtel Primevère, Confortel, etc.; acrescenta que a fórmula se encontra já no sector da restauração, sendo previsível que alastre a outros sectores. Mas as situações consideradas consubstanciam diferentes graus de financiamento prestados ao franquiado e, em nenhuma hipótese, modalidades de franquia ou de aplicação da mesma, dado que estes financiamentos são, em si, estranhos ao cerne do contrato: em última análise, o franquia-

franquia de produção quando o franquiado fabrica produtos que vende sob a marca do franquiador ¹¹¹. A franquia de produção subdivide-se em franquia de produção industrial ou artesanal, em função da forma de produção dos bens. Quando o franquiador opta por esta modalidade pode, entre outros fins, visar investir os seus recursos em investigação, tecnologia ou *marketing*, em vez de os dedicar a unidades produtivas; ou pode, simplesmente, contornar os custos de transporte (ou os riscos inerentes, nomeadamente de deterioração) a que daria origem uma franquia de distribuição ¹¹². Na franquia de produção está sempre presente uma licença de marca e, frequentemente, uma licença de saber-fazer ou de patente que permita ao franquiado fabricar os produtos em causa ¹¹³.

Na franquia de distribuição, o franquiado vende produtos da marca cujo uso lhe foi cedido pelo franquiador no seu estabelecimento que, em regra, ostenta o nome e a insígnia deste último ¹¹⁴. Nestes casos, então, o estabelecimento franquiado é “simplesmente um canal através do qual afluem aos consumidores os produtos portadores da marca do franquiador” ¹¹⁵. Esta categoria pode ser dividida em três tipos diferentes ¹¹⁶: pode existir contrato de franquia de distribuição entre um produtor e um retalhista, entre um grossista e um retalhista ou a chamada franquia de grande distribuição ¹¹⁷. É comumente aceite neste âmbito a mera dis-

dor nem precisaria de ser informado acerca da existência do investidor. Vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO. ob. cit., pp. 224 e ss..

¹¹¹ Por isso, mais correctamente, tal modalidade deveria ser denominada franquia de produção e de comercialização, dado que é disso que se trata: produzir e comercializar. Cfr. LE TOURNEAU. *Concessions. Franchisage. Les variétés...*, cit., pág. 9. Existem poucos, mas bem sucedidos, exemplos deste tipo de franquia: Coca-Cola, Yoplait, Standarm, Cofran. Quanto à noção de contrato de franquia de produção, vide, entre muitos outros, LEGEAIS. *Franchise...*, cit., pág. 9, 1991, 3.

¹¹² A este propósito, vide GALLEGÓ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 42.

¹¹³ LE TOURNEAU, *Concessions. Franchisage. Les variétés...*, cit., pág. 9.

¹¹⁴ Temos, por exemplo, as cadeias Rodier, Pingouin, Stemm, Phildar, Pronuptia.

¹¹⁵ Cfr. GALLEGÓ SÁNCHEZ. ob. cit., pág. 41. Vide, ainda, LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 61; FERNÁNDEZ-NOVOA, *Fundamentos...*, cit., pág. 376.

¹¹⁶ MARISA AMOROSO, *Gli aspetti di marketing*, in “Il franchising”. UTET, Turim, 1990, pp. 8 e ss.. Sobre a tipologia possível dos contratos de distribuição, vide FRIGNANI, *La disciplina giuridica...*, cit., pág. 59; MAURO BUSSANI/PAOLO CENDON, *I Contratti Nuovi. Casi e Materiali di Dottrina e Giurisprudenza. Leasing, Factoring, Franchising*, Giuffrè, Milão, 1989, pp. 412 e ss.; LELOUP, *La Franchise...*, cit., pp. 61 e ss.; e J. P. CLÉMENT, *La Franchise Industrielle et Commerciale*, Delmas, Paris, 1981, pág. 83.

¹¹⁷ Podendo esta última ser examinada nas versões grande distribuição-retalho e grande distribuição-grossista, embora a generalidade dos autores considere que se trata,

tição entre franquia por grosso e franquia a retalho: no primeiro caso, os consumidores dos produtos e/ou serviços do franquiado são grossistas, enquanto na franquia a retalho a actividade dos franquiados se dirige aos consumidores finais.

Existe franquia de serviços quando o franquiado presta um serviço sob a insígnia, nome comercial e marca do franquiador. Este tipo de franquia é essencialmente representativo na área da hotelaria ¹¹⁸, da restauração (sobretudo fast food) ¹¹⁹, aluguer de viaturas ¹²⁰, lavagem a seco ¹²¹, estética e cabeleireiro ¹²², aconselhamento ¹²³. É este o tipo de franquia onde é detectável, nos nossos dias, uma evolução mais espectacular, talvez devido à quase ausência de investimentos que, para certas actividades, são exigidos ao franquiado ¹²⁴. Cumpre salientar que, em última análise, a distinção entre franquia de produção e de distribuição e franquia de serviços pode revelar-se artificial – dado que, bem vistas as coisas, todas as franquias são franquias de serviços. Pois, precisamente, o que caracteriza a franquia e a distingue dos outros contratos de produção e de distribuição é o componente prestação de serviços que existe na primeira ¹²⁵. De facto, a imagem de marca supõe que existam características inerentes aos produtos e/ou serviços em causa que são identificadas sob o uso de determinados sinais distintivos. É a forma como as actividades de produção, venda ou prestação são executadas que vai conferir-lhes essa mais-valia e fazer nascer a causa deste tipo de contrato ¹²⁶. Logo,

aqui, de acordos horizontais. Para mais desenvolvimentos, *vide* AMOROSO, *Gli aspetti...*, cit., pp. 11 e ss..

¹¹⁸ São exemplos as cadeias Novotel, Frantel, Holiday Inn.

¹¹⁹ São exemplos as cadeias Mac Donald, Pizza Hut, Courtepaillie, Kentucky Fried Chicken, Burger King, Rôtisserie St. Humbert.

¹²⁰ Por exemplo as redes Hertz, Avis, Europ Car.

¹²¹ Como é o caso da rede Cinq à Sec.

¹²² Encontramos os casos Jacques Dessanges, Mod's Hair.

¹²³ Como a conhecida rede francesa Institut Psychomatrimonial Felicitas.

¹²⁴ Cfr. LAURENT HERMEL/PATRICK ROMAGNI, *La Franchise de Service. Une Stratégie Marketing pour le Développement des Réseaux*, Economica, Paris, 1992, pág. 33. No entanto, estes Autores alertam para os vícios de que este crescimento pode padecer – na realidade, é possível que, para algumas redes, o franquiador substitua a melhoria e desenvolvimento do serviço em causa pela captação de mais franquiados (e consequente percepção de direitos de entrada), com todas as consequências nefastas que tal comportamento pode acarretar.

¹²⁵ *Vide* MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pp. 216 e ss..

¹²⁶ O que pode traduzir uma evolução económica que atesta a insuficiência do produto para ser vendido por si só; por sua vez, esta evolução vai conferir à marca uma

não pode afirmar-se que no contrato de franquia de produção ou de distribuição existe produção ou distribuição pura e simples: bem ao contrário: quando assim for, não existe contrato de franquia ¹²⁷. Aliás, o facto decorre de uma evolução económica natural nos domínios produtivo e distributivo: a distinção entre a venda de bens e a prestação de serviços torna-se cada vez menos nítida, pois tanto numa como na outra hipótese podem individualizar-se elementos que põem em evidência, do ponto de vista económico mais do que jurídico, um *facere* mais do que um *dare* ¹²⁸. E, afinal, é precisamente isso o que acontece no contrato de franquia em geral: os produtos são tratados como serviços, não se bastando as partes com a cobertura de uma marca, mas antes procurando provocar aos olhos do público, se não uma identificação absoluta, ao menos uma aparência de coligação efectiva entre as várias empresas do sistema.

8.2. *Package franchise e product franchise* – Esta classificação é adoptada por alguns autores e também pela Federal Trade Commission

função de garantia da qualidade dos produtos ou serviços em que é aposta. No mesmo sentido, vide ANNE-MARIE SANTUCCI, ob.cit., pág. 15.

¹²⁷ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pág. 216. Já FAUCEGLIA, *Il franchising. Profili sistematici...*, cit., pág. 20, nota que, no sector da franquia industrial, “a distinção entre ‘produto’ e ‘serviço’ não é sempre inequívoca, dado que na maior parte dos produtos está ínsito um conteúdo de ‘serviços’”. No mesmo sentido, ANGELO LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in “Trattato di Diritto Privato”, dir. GIOVANNI IUDICA/PAOLO ZATTI, Giuffrè, Milão, 1995, pág. 277. E GERARDO SANTINI, *Commercio e Servizi. Due Saggi di Economia del Diritto*, Il Mulino, Bolonha, 1988, pág. 420, entende que, naturalmente, “como a transmissão de um bem comporta até a eventual actividade de *tradens*, sem que esta, todavia, adquira natureza proeminente, também a prestação de serviços pode comportar transmissão de bens à contraparte, mas, ainda neste caso, trata-se de um elemento secundário. Essencialmente, resta a prestação da actividade, o *facere* do sujeito”. Ora, o que pretendemos aqui demonstrar é justamente que, no contrato de franquia, globalmente considerado (e tendo em conta que a sua base fundamental é a imagem de marca), existe uma maior interligação entre os componentes produção, transmissão de bens e prestação de serviços. Além do que, em nosso entender, encontramos o componente prestação de serviços como elemento preponderante, presente em todos os tipos de franquia, sem o qual teríamos, por exemplo, de reduzir a franquia de distribuição de bens a simples contratos de concessão comercial ou venda exclusiva. Aliás, esta é uma tendência natural inerente – por reacção – à vulgarização do uso da marca e à descaracterização das suas funções tradicionais, como a seguir desenvolveremos.

¹²⁸ Recorrendo à expressão utilizada por SANTINI, ob. cit., pág. 420. Neste sentido, vide, ainda, RULLANI, ob. cit., pág. 52.

que, no entanto, também chama *business format franchise* à primeira das modalidades ¹²⁹.

Na *package franchise*, o franquiado está autorizado pelo franquizador a exercer o seu negócio de acordo com um estilo empresarial definido por este último e identificado pela sua marca ¹³⁰. É esta categoria do contrato de franquia nos E.U.A. que corresponde, basicamente, ao contrato de franquia tal como é entendido na generalidade dos países da Europa ¹³¹.

As *product franchises* são, na definição de GLICKMAN, licenças para vender uma linha de produtos de marca em exclusividade ou com outros produtos ¹³². Além de outros problemas que a definição pode levantar, é clara a dificuldade em demarcar este eventual tipo de franquia de outros contratos, como o de concessão comercial.

8.3. Franquia directa, indirecta e associativa – Na franquia directa, o franquizador concede directamente a um comerciante independente (franquiado) o *package* para este exercer o negócio num determinado estabelecimento. É o sistema mais simples para estruturar uma rede de franquia, mas apresenta inconvenientes ao nível da internacionalização ou expansão num território muito vasto e sem sistemas de comunicação

¹²⁹ Alguns autores apontam ainda uma terceira modalidade. o *business franchise* ou *trade mark licensing franchise*, que corresponde à franquia de produção – cfr. GIORGIO BARBIERI, *Il contratto di franchising*, in “Gazetta Valutaria e del Commercio Internazionale”, n.º 5, 1987, pág. 171. Nos Estados Unidos da América, o conceito genérico de franquia abrange realidades distintas que, entre nós e nos restantes países europeus, são absorvidas por outras figuras, normalmente no âmbito da distribuição comercial, como a concessão comercial e a distribuição selectiva. Aliás, JEAN-MARIE LELOUP, *La franchise en Amérique du Nord*, in “Cahiers de Droit de l’Entreprise”, Supplément Distribution, 1979, n.º 2, pág. 8, nota que a distinção entre franquia e concessão não existe na América do Norte, com as consequências que tal acarreta na consideração da força económica das redes de franquia dessa área – para a análise do fenómeno, deve ser comparada à força económica das redes de concessão e das redes de franquia da Europa. A este propósito, vide, ainda, JOERGES, ob. cit., pág. 16.

¹³⁰ GLICKMAN, *Franchising, I*, Matthew Bender, Nova Iorque, 1995, pág. 2-11. Vide, ainda, EVAN D. LERNER, *Current Trends in Franchising*, in “The Comparative Law Year-book of International Business”, vol. 16, 1994, pág. 132; GIANNI MARASCO, *Il Franchising. Guida alla Scelta del Sistema e all’Organizzazione dell’Attività*, IPSOA, Milão, 1988, pág. 141.

¹³¹ Vide, a propósito, JUAN IGNÁCIO RUIZ PÉRIS, *El Contrato de Franquicia y las Nuevas Normas de Defensa de la Competencia*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 16 e ss..

¹³² GLICKMAN, ob. cit., pág. 1-1. Vide, ainda, LERNER, ob. cit., pág. 132.



eficientes. Neste caso, o número e a dispersão dos franquizados podem dificultar o controlo da situação pelo franquizador, com a consequente perda de eficiência da rede. Por outro lado, existe o risco de inadaptação do sistema franquizado às necessidades e características das clientelas locais – a menos que o franquizador tenha o cuidado de desenvolver e manter estudos apurados também nesses mercados (como, aliás, é seu dever, sob pena de desvalorização do saber-fazer transmitido), o que pode revelar-se particularmente dispendioso ¹³³.

Para obviar aos inconvenientes da franquia directa, na franquia indirecta o franquizador constitui, no próprio país da sua sede ou não, uma filial ou uma sociedade que ele domina e a partir da qual efectua franquia directa com empresários locais; esta modalidade apresenta a vantagem de uma presença física na área onde o franquizador pretende implantar a sua rede, bem como a do contacto directo com o mercado a atingir ¹³⁴.

Na franquia associativa, o franquizador constitui uma sociedade com o franquizado, por forma a exercer a actividade; é possível a situação inversa, em que o franquizado participa no capital social da empresa franquidora ¹³⁵. Contudo, daqui pode resultar que não existe independência entre os contraentes ¹³⁶, não sendo franquizador e franquizado as partes do contrato: os direitos e deveres recíprocos do contrato podem deixar de existir na esfera jurídica de um e do outro, para passarem a estar centrados na esfera jurídica do ente social criado por ambos. Assim sendo,

¹³³ Vide GASTINEL, *La franchise internationale*, in “Gazette du Palais”, 1994, 1.º sem., “Doctrine”, pág. 696. Exactamente no mesmo sentido, vide, ainda, MARTIN MENDELSON, *Techniques for international expansion*, in “Franchising in Europe”, ed. por MARTIN MENDELSON, Cassel, Londres – Nova Iorque, 1992, pág. 32.

¹³⁴ Mas, por outro lado, esta presença física no local não é desejada pelo franquizador e pode ter o inconveniente de não lhe proporcionar exactamente a redução de custos que, em princípio, deseja obter através do recurso a um sistema de franquia.

¹³⁵ Cfr. GIANMARIA GALIMBERTI, *Il Franchising*, Giuffrè, Milão, 1991, pág. 23. Sobre as vantagens da opção por esta fórmula, vide, de forma desenvolvida, MAX DE MENDEZ/JEAN-PIERRE LEHNISCH, *Comment Réussir en Franchise*, 2.ª ed., Dunod, Paris, 1991, pág. 33.

¹³⁶ Tal vai depender, naturalmente, do nível de participação que um e o outro contraentes vão deter nessa sociedade. Para MENDEZ/LEHNISCH, ob. cit., pág. 33, a questão resolve-se com relativa facilidade: se o franquizador possuir mais do que 50% do capital da empresa franquizada, esta será considerada sua filial e o franquizado seu trabalhador. Em nosso entender, a importância da percentagem detida pelo franquizador na consideração da existência de independência jurídica entre as partes vai depender do tipo de estrutura societária adoptado, bem como do próprio conteúdo do pacto social. Assim, só caso a caso poderão ser analisados os efeitos de tal opção.

esta não é uma sub-modalidade do contrato de franquia, a menos que as percentagens de participação sejam tão reduzidas que não comprometam a independência recíproca das partes ¹³⁷. Este sistema pode ter, todavia, o mérito de fazer partilhar os riscos de implantação da franquia com um terceiro que, por seu lado, é um autóctone de quem pode razoavelmente esperar-se um perfeito conhecimento das condições locais ¹³⁸.

8.4. Contrato de franquia principal – No contrato de franquia principal (também chamado *master franchising*) ¹³⁹, o franquiador acorda com um operador económico, situado na zona de implantação, que este aí vai desenvolver a rede de franquia, atribuindo-lhe, em regra, exclusividade. Logo, não se trata de uma modalidade do contrato de franquia ¹⁴⁰, dado que o seu objecto não corresponde ao desta figura. É antes um contrato entre o franquiador e um terceiro ¹⁴¹, cujo objecto é a celebração de verdadeiros contratos de franquia entre esse terceiro ou o franquiador e os franquiados. Por seu lado, o franquiador é um terceiro relativamente aos contratos concluídos entre o franquiado principal e os sub-franquiados ^{142 / 143}.

¹³⁷ Vide JANUÁRIO GOMES, “*Contrato de franquia (franchising)*”, in “*Revista do Comércio*”, n.º 4, Março de 1990. No mesmo sentido, ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, Tempus Editores, Lisboa, 1994, pág. 28, nota 26; e GALIMBERTI, ob. cit., pág. 23.

¹³⁸ Cfr. GASTINEL, *La franchise...*, cit., pág. 696.

¹³⁹ Na legislação espanhola, o artigo 2 do Real Decreto 2485/1988, de 13 de Novembro, define o contrato de franquia principal como aquele pelo qual uma empresa, o franquiador, outorga a outra, o franquiado principal, em contrapartida de uma compensação financeira directa ou indirecta, o direito de explorar uma franquia com a finalidade de concluir acordos de franquia com terceiros, os franquiados.

¹⁴⁰ Vide ISABEL OLIVEIRA ALEXANDRE, ob. cit., pág. 354. Ao contrário do que entende, nomeadamente, FAUCEGLIA, *Il franchising...*, cit., pág. 1902, que considera existir aqui um duplo contrato de franquia: o primeiro, entre franquiador e *master franchisor*; o segundo, entre este último e cada sub-franquiado.

¹⁴¹ Quanto à natureza jurídica que pode assumir este contrato, vide DIDIER FERRIER, *La franchise internationale*, in “*Journal du Droit International*”, Éd. Techniques, n.º 3, Paris, 1988, pp. 642 e ss..

¹⁴² Cfr. LAMY DROIT ÉCONOMIQUE..., cit., pág. 1317. Vide, ainda BALDI, *Il Contratto...*, cit., pp. 137 e ss., que analisa estas relações em duas vertentes: por um lado, o franquiado principal será o único responsável perante os sub-franquiados quanto aos seus direitos; por outro lado, responderá contratualmente perante o franquiador pelas violações perpetradas pelos sub-franquiados contra a imagem de marca e o prestígio da franquia.

¹⁴³ Normalmente, a celebração do contrato de franquia principal ocorre no âmbito da franquia internacional, em que franquiador e potenciais franquiados pertencem a Estados diferentes. Cfr. DE NOVA, ob. cit., pp. 231 e ss.. Assim, se o franquiador planeia expandir

No entanto, esta não é a única forma de internacionalização que se oferece ao franquiador – ele pode optar pela relação directa com os franquizados dos outros países, ou descentralizar a gestão da sua rede no novo território, através do recurso à franquia indirecta ou a um terceiro. A primeira das hipóteses consideradas aplica-se, essencialmente, nos casos em que o número de franquizados a instalar é reduzido e comporta dificuldades de controlo e assistência, em virtude da distância entre o franquiador e os seus franquizados. De entre as duas hipóteses de descentralização, a mais frequente é a do recurso a um terceiro, normalmente chamado franquizado principal ou sub-franquiador ¹⁴⁴. Mas, em rigor, estas duas denominações, por vezes usadas indistintamente, referem realidades diversas ¹⁴⁵. O franquizado principal será um franquizado, a cujas funções vem juntar-se a de recrutamento e animação da rede de franquia numa determinada área geográfica; quem celebra os contratos de franquia com estes potenciais franquizados é o franquiador, directamente ¹⁴⁶. Por seu lado, o

a sua rede para o estrangeiro e quer cobrir gradualmente todo o território de um Estado, serve-se do *master franchising* para a celebração dos contratos de franquia com os franquizados locais. *Vide*, a propósito das modalidades que pode apresentar o *master franchising*, SALA, ob. cit., pp. 92 e ss..

¹⁴⁴ FERRIER, *La franchise....*, cit., pág. 642. Aponta-se, normalmente, a existência de um outro tipo de contrato, pelo qual o franquiador garante a um franquizado, *area developer*, exclusividade numa área territorial extensa, para que este aí desenvolva vários estabelecimentos franquizados. Este *area developer* paga ao franquiador uma *area development fee*, como contrapartida pelo direito de inaugurar múltiplos estabelecimentos franquizados nesse território num determinado período de tempo; tal quantia é geralmente calculada em função dos direitos de entrada que um número idêntico de franquizados pagaria ao franquiador. O número de estabelecimentos franquizados a abrir nesse território é normalmente pré-determinado pelo franquiador, através da fixação de objectivos temporais planeados e considerados essenciais para a manutenção dessa exclusividade. *Vide*, para mais desenvolvimentos, LERNER, ob. cit., pp. 135 e ss.; FRIGNANI, *Factoring....*, cit., pág. 334; MORRESI, ob. cit., pág. 33; MENDELSON, ob. cit., pág. 33.

¹⁴⁵ FERRIER, *La franchise....*, cit., pág. 642. No que é secundado por MORRESI, ob. cit., pág. 33, nota (35), quando afirma que, quando o intermediário não gere directamente nenhum estabelecimento franquizado, actua só como sub-franquiador.

¹⁴⁶ Cfr. LERNER, ob. cit., pp. 138 e ss.; este Autor vê no *master franchisee*, essencialmente, um mediador entre o franquiador e o franquizado, e só subsidiariamente lhe atribui a função de ser também um franquizado, beneficiando, com frequência, de custos reduzidos. MORRESI, ob. cit., pág. 35, chama a este operador, além de *master franchisee*, *area representative* ou *area supervisor*; e qualifica este "tipo" de franquia como franquia operativa, mais do que territorial, dado que as partes dos contratos de franquia celebrados são o franquiador e o franquizado, agindo o *area supervisor* apenas como mediador ou, quando muito, na qualidade de mandatário do franquiador. Mas este entendimento

sub-franquiador típico não é um franquiado e o seu papel consiste, unicamente, em desenvolver a franquia e gerir a rede de franquiados como o faria o próprio franquiador, que lhe confere, para o efeito, os poderes necessários ¹⁴⁷; este sistema comporta maiores riscos para o franquiador, dado que é passível de gerar alguma confusão no sistema devido à interposição de um terceiro entre o franquiador e os seus franquiados; outro dos perigos apontados é o da perda de controlo efectivo dos franquiados e da respectiva actividade pelo franquiador, o que pode fazer perigar a imagem uniforme da rede ¹⁴⁸. A fronteira entre estas duas modalidades de contratos pode ser muito ténue, até porque, normalmente, não se apresentam sempre da mesma forma, acabando, na maior parte dos casos, por mostrar grandes áreas de intersecção.

8.5. *Contrato de franquia de balcão* – Este contrato, também chamado *corner* ou franquia parcial ¹⁴⁹, permite aos franquiadores estarem presentes nas grandes superfícies, com *balcões* que representam, se bem que em dimensão reduzida, os pontos de venda ditos *normais* da rede ¹⁵⁰. Os benefícios deste tipo de franquia são pacificamente reconhecidos

não é pacífico. FRIGNANI, por exemplo, vê no *master franchisee* um franquiado para um determinado território, com a faculdade de conceder sub-franquias nessa área que lhe foi atribuída. Assim, para FRIGNANI, os sub-franquiados não estabeleceriam nenhuma relação contratual directa com o franquiador, embora os respectivos contratos devam ser uma repetição fiel das regras e do conteúdo do contrato de franquia celebrado entre o franquiador e o *master franchisee*: são os sub-contratos “transparentes”. Cfr. FRIGNANI, *Factoring...*, cit., pág. 332.

¹⁴⁷ Que podem incluir, entre outros, os direitos de propor, negociar e celebrar contratos de franquia, de supervisionar a actividade dos franquiados que estão sob o seu controlo, de preparar novos franquiados, de gerir os fundos destinados à publicidade e de receber os direitos de entrada e prestações periódicas. Aqui, FRIGNANI entende que os contratos de franquia são sempre celebrados directamente entre o franquiador e os seus franquiados, cabendo ao sub-franquiador agir apenas como intermediário e prestar determinados serviços aos franquiados; este sub-franquiador pode ser, para o Autor, nesta modalidade, também um franquiado, desenvolvendo a sua actividade no estabelecimento piloto. Cfr. FRIGNANI, *Factoring...*, cit., pp. 332 e ss..

¹⁴⁸ LERNER, ob. cit., pp. 137 e ss.; THEODORE A. COSHNEAR, *Il Contratto di Franchising*, 2.^a ed., IPSOA, Milão, 1986, pág. 86.

¹⁴⁹ Cfr. DEVASINI, ob. cit., pág. 43; Mémento Pratique FRANCIS LEFÈVRE..., cit., pág. 422.

¹⁵⁰ Cfr. FRIGNANI, *La disciplina giuridica...*, cit., pág. 57. No entanto, não é pacífica a qualificação do contrato de franquia de balcão como contrato de franquia, dado que, na opinião de alguns autores, “o saber-fazer transmitido é geralmente mínimo”; cfr. LEGAIS, 1991, 3, ob. cit., pág. 9.

e. para alguns, historicamente explicáveis: com efeito, a concentração num só lugar de todos os especialistas deste ou daquele domínio parece aproveitar a todos, “como já pressentiam os mercadores da Idade Média, dado que, nesta época, cada *corps de métier* se agrupava numa rua”¹⁵¹. Por outro lado, a franquia de balcão tem a vantagem de permitir a distribuição de produtos objecto de franquia mesmo em localidades nas quais a densidade populacional não justificaria a abertura de um ponto de venda exclusivo¹⁵².

8.6. Franquia móvel – Fala-se de franquia móvel¹⁵³ para individualizar actividades itinerantes que não supõem, portanto, uma base fixa: não são os consumidores finais que se deslocam à sede fixa do franquiado, mas é este quem se desloca junto dos consumidores para vender os produtos ou prestar os serviços¹⁵⁴. No entanto, também se insere esta modalidade de franquia noutro contexto: por oposição à franquia “convencional” ou “tradicional”, quanto à presença da exclusividade territorial a favor do franquiado para um *determinado* território¹⁵⁵.

8.7. Contrato de pré-franquia e contrato de pilotage – Para contornar o risco, para o franquiado, de celebrar um contrato de franquia com um pseudo-franquiador, sem uma franquia suficiente por falta de experiência, de imagem de marca, de saber-fazer ou de capacidade para prestar assistência técnica; e, para o franquiador, de entabular relações pré-contratuais com candidatos mal intencionados que, obtendo o máximo de informação possível, se esquivarão à celebração do contrato de franquia; para obviar a todas estas situações, existe a possibilidade de celebração, entre franquiador e candidato a franquiado, de um contrato preparatório ou um contrato de pré-franquia¹⁵⁶. A pré-franquia constitui um instru-

¹⁵¹ LE TOURNEAU, *Le Franchising*..., cit., pág. 12.

¹⁵² DEVASINI, ob. cit., pág. 43.

¹⁵³ Também chamada “franquia itinerante”. nomeadamente por FAUCEGLIA, *Il franchising*..., cit., pág. 1899; FRIGNANI, *Factoring*..., cit., pág. 205; GIORGIO FOSSATI, *Il Franchising. Aspetti Giuridici, Finanziari e Fiscali. Prospettive di Sviluppo in Italia*, 3.^a ed., Pirola, Milão, 1995, pág. 20; e DEVASINI, ob. cit., pág. 33.

¹⁵⁴ FRIGNANI, *La disciplina giuridica*..., cit., pág. 56.

¹⁵⁵ É, nomeadamente, o caso de GALLEGGO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 43; FOSSATI, ob. cit., pág. 20; DEVASINI, ob. cit., pág. 41.

¹⁵⁶ Vide, a propósito, entre outros, FAUCEGLIA, *Il franchising*..., cit., pág. 1897. PHILIPPE BESSIS, *Le Contrat de Franchising*, L.G.D.J., Paris, 1990, pp. 69 e ss., distingue entre o pré-contrato de franquia e o contrato de pré-franquia. Para este Autor, o

mento negocial apto a verificar a possibilidade de estabelecer uma futura relação de franquia entre as partes, com a fixação de um período de experiência limitado no tempo ¹⁵⁷ / ¹⁵⁸

O contrato de *pilotage* é a convenção pela qual o hipotético futuro franquiador vai confiar a um terceiro a tarefa de experimentar o projecto de franquia, em vez de o fazer directamente, através de unidades-piloto detidas pela sua própria empresa. Aquele vai ser o responsável pela experimentação prática, nos planos técnico, comercial e financeiro, do objecto da franquia, suportando os riscos dessa experiência em troca de uma contrapartida financeira que lhe atribui o candidato a franquiador. Aqui, o terceiro vai ser um “laboratório de ensaio” ¹⁵⁹.

pré-contrato de franquia corresponde ao que aqui se denomina contrato de pré-franquia; e o contrato de pré-franquia assume, então, um conteúdo e uma função diferentes. No entender de BESSIS, quando o futuro franquiador ainda não está seguro dos seus métodos vai propor a diversas empresas um contrato preparatório, nos termos do qual o eventual franquiado beneficia de um fornecimento de mercadorias ou de uma simples licença de marca, de certas prestações publicitárias e/ou de serviços que o futuro franquiador lhe fornecerá. Juntas, as partes deste contrato determinarão os métodos e construirão a rede, o que importa um intercâmbio de informações estatísticas, comerciais e contabilísticas. No fim de um prazo pré-determinado, as partes deverão decidir; o futuro franquiador deverá optar claramente pelo sistema de franquia ou abandonar o seu projecto, ou ainda escolher uma outra forma de colaboração; por seu lado, o futuro franquiado deverá indicar se pretende ou não aderir à rede assim criada.

¹⁵⁷ Em sentido diferente *vide*, no entanto, LELOUP, *La Franchise...*, cit., pág. 139, para quem a pré-franquia é uma das modalidades, a par do contrato de *pilotage*, de experimentação do saber-fazer – que se pretende venha a ser objecto de contratos de franquia – fora da empresa do franquiador. Este Autor chama ao contrato que descrevemos contrato de reserva, *idem*, pp. 188 e ss..

¹⁵⁸ Neste tipo de contratos é normalmente prevista uma obrigação de segredo, cuja vigência abrange a duração do contrato preparatório; mas, se o contrato definitivo não for celebrado, subsiste a obrigação de segredo do candidato a franquiado, prevendo-se, frequentemente, a proibição de utilização do saber-fazer e das informações fornecidos e até, por vezes, uma obrigação de não-concorrência. Para garantir o cumprimento destas previsões, o franquiador pode pedir ao candidato a franquiado uma determinada prestação pecuniária. Esta, em princípio, permanecerá em poder do franquiador durante a vigência da cláusula de não-concorrência e da proibição de utilização do saber-fazer e informações fornecidos; por vezes, se as partes entenderem que representa a contrapartida pelas despesas na formação prévia do candidato e transmissão de informações, pode ser acordado que essa importância reverte definitivamente a favor do franquiador.

¹⁵⁹ Cfr. LEGAIS, *Franchise...*, cit., pág. 9, 1991, 3. Sobre as vantagens que da celebração deste contrato resultam para o franquiador, *vide*, de forma detalhada, KHAN, ob. cit., pp. 37 e ss.. Também neste caso é necessário salvaguardar o saber-fazer através de meios como aqueles previstos para os contratos de pré-franquia.

8.8. *Franquia própria e franquia imprópria* – Para alguns autores ¹⁶⁰, a franquia será própria quando se convencione uma cláusula de abastecimento exclusivo junto do franquizador, em virtude da qual o franquiado só poderá utilizar e/ou vender produtos por aquele fornecidos, pelo que, neste tipo de franquia, a ligação do franquiado ao franquizador se torna o mais estreita possível.

Na franquia imprópria ou não exclusiva, o franquiado pode abastecer-se junto de outros fornecedores (além do franquizador e daqueles por este indicados ou autorizados) e de outros produtos, excepto daqueles que possam concorrer directamente com os produtos objecto do contrato (no caso de uma franquia de distribuição). A vantagem apontada para esta modalidade de franquia é a de permitir ao distribuidor conservar parte da clientela do estabelecimento aquando da resolução ou não prorrogação do contrato ¹⁶¹. No entanto, para muitos autores, a franquia imprópria não possuiria as características definidoras de uma verdadeira franquia, pois a presença, num estabelecimento franquiado, de bens que podem atentar contra a unidade da imagem da rede e contra a relação de íntima cooperação entre franquizador e franquiado negar-lhe-á tal condição ¹⁶².

9. *A noção de contrato de franquia* – A controvérsia gerada à volta deste contrato assenta, essencialmente, na busca de uma noção básica agregadora e comum aos vários tipos de franquia, ou, pelo menos, na determinação do seu elemento dominante ¹⁶³. Talvez esse elemento não

¹⁶⁰ GNIGNATI, ob. cit., pág. 442; FRIGNANI, *Franchising*, in “Dizionari del Diritto Privato”..., cit., pág. 529; CALPONE, ob. cit., pág. 49. Para outros, como ZUDDAS, ob. cit., pág. 20, esta distinção é actualmente isenta de qualquer significado.

¹⁶¹ Cfr. CLAUDE CHAMPAUD, *La concession commerciale*, in “Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Économique”, 1963, pp. 368 e ss..

¹⁶² Vide GALLEGO SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 43. De referir ainda, a este propósito, a posição de GALGANO, *I Contratti di Impresa. I Titoli di Credito. Il Fallimento*, Bolonha, 1985, pág. 7. *apud* GALLEGO SÁNCHEZ, *idem, ibidem*, quando defende que deve ser nula qualquer cláusula que permita ao franquiado distribuidor vender no seu estabelecimento outros produtos além dos do franquizador. FRIGNANI, *Franchising*, in “Dizionari del Diritto Privato”..., cit., pág. 529, entende, todavia, que a distinção entre franquia própria e franquia imprópria é bastante empírica e perde algum significado, dado que a razão da maior ou menor integração do franquiado na empresa do franquizador depende, mais do que da vontade deste último, da natureza do produto, do sector de mercado e de outros factores.

¹⁶³ Como, com certa graça, entende GALLEGO SÁNCHEZ, “[n]a perspectiva causal encontram-se, fundamentalmente, duas linhas de opinião na doutrina. A daqueles que tentam esvaziar o tema da natureza jurídica atendendo ao que se identificou como a função económica que a franquia incorpora, isto é, a comercialização de determinados

seja um avanço significativo em relação aos conceitos vigentes, antes um “regresso às origens” do direito que tutela o bem em torno do qual todo o regime deste contrato acaba por gravitar: a marca ¹⁶⁴; de facto, a marca recupera aqui a sua função originária, identificando a proveniência dos produtos e serviços em que é aposta ¹⁶⁵. No fundo, a verdadeira função deste contrato é a de criar no consumidor a convicção de que está a adquirir esses produtos e/ou serviços directamente àquele empresário que os tornou famosos pelas suas características de produção, venda, etc.. E o consumidor vai reconhecer estas características pelo conhecimento que tem da marca em causa. Por este motivo, será possível determinar o conteúdo das obrigações do franquizador fixando-o na medida em que tal seja necessário à criação ou manutenção dessa imagem de rede fundada na marca. Ou seja, deve ser transmitido ao franquiado o saber-fazer que permitiu ao franquizador conferir à sua marca o valor que ela tem, bem como a assistência técnica necessária para o manter. E, naturalmente, tal vai depender do tipo de franquia e da actividade em causa. O contrato de franquia será, talvez, a resposta mais adequada a uma questão que, além de preocupar a doutrina, respeita aos consumidores em geral: a evolução do comércio faz com que, geralmente, os produtos ou serviços não sejam vendidos ou prestados por quem os produziu ou idealizou, não obstante ostentarem normalmente a marca deste último. Ora, esta realidade pode pôr em causa a confiança dos consumidores e, ainda mais grave, trair a homogeneidade relativa às características dos bens que ostentam uma

bens e/ou serviços – vertente distributiva – e a daqueles outros que preferem fazer finca-pé na transmissão de certos direitos imateriais – vertente da propriedade industrial”. Cfr. GALLEGÓ SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 71.

¹⁶⁴ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, ob. cit., pp. 296 e ss..

¹⁶⁵ Vide LUCIANO PILOTTI/ROBERTO POZZANA, *Il franchising e la natura ambivalente del controllo: organizzazione o imprenditorialità?*, in “I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete”, LUCIANO PILOTTI/ROBERTO POZZANA, EGEA, Milão, 1990, pág. 11: “[u]m dos elementos de relevo da forma organizativa na franquia, que é salientado, é a dimensão de capital imaterial que identifica a *marca*. A *marca* é identificável como um *specific asset* da empresa, reconhecido como tal pelos consumidores pela informação de venda que transfere, relativa não tanto ao preço como a uma peculiar composição entre preço, qualidade do bem, nível de serviço e ‘estilo’ oferecido”. Parece-nos poder encontrar nesta definição de *marca*, redigida em itálico pelos próprios Autores, o sentido que, afinal, atribuímos à imagem de marca. A confusão de conceitos é sintomática.

determinada marca, num mesmo espaço temporal ¹⁶⁶. Pois mesmo a simples venda de um bem que já foi integralmente produzido quando chega às mãos do revendedor e que, portanto, não sofrerá mais nenhum valor acrescentado em si mesmo, é acompanhada pela prestação de uma série de serviços acessórios, como as condições de armazenagem e de exposição, a assistência pós-venda, a qualidade de aconselhamento na comercialização, entre outros ¹⁶⁷. Por isso, pode revelar-se artificial a

¹⁶⁶ Como sintetiza MAURIZIO AMMENDOLA, *Licenza di Marchio e Tutela dell'Avviamento*, Cedam, Pádua, 1984, pág. 223, esta evolução leva ao reconhecimento de que a marca já não é considerada, no mercado, simplesmente uma indicação de proveniência da mercadoria, mas "uma garantia da constância qualitativa da mesma". Logo, continua o Autor, *idem*, pág. 225, deve ser reconhecida a existência de uma relação de subordinação entre licenciante e licenciado de uma marca para o exercício, pelo primeiro, de um poder/dever de controlo. Este controlo visará reduzir ao mínimo o perigo de engano que, para o público, poderia advir da presença contemporânea, no comércio, de produtos com a mesma marca, mas fabricados por empresários diferentes. Embora estas considerações se dirijam, apenas, ao contrato de licença de marca, poderão, em nosso entender, ser pertinentes em todo e qualquer contrato em que esteja em causa a colocação no mercado de bens que, embora ostentem uma mesma marca, chegam ao público através de entidades diversas, como é o caso do contrato de franquia. Respondendo especificamente a esta questão no âmbito do contrato de franquia, REMO FRANCESCHELLI, *Sui Marchi di Impresa*, Giuffrè, Milão, 1988, pág. 222, afirma, referindo-se à marca, que, aqui, "não existe abuso nem extensão maliciosa do sinal distintivo". Pois, continua, o concedente não deixa de controlar o respeito efectivo pelos padrões de qualidade por si impostos. "e que sejam observadas as modalidades de venda e de comportamento contidas no manual operativo por si elaborado e que assegura que todos os concessionários sejam tratados do mesmo modo". Aceitamos como inteiramente válidas estas suas considerações, embora, para este Autor, a licença de marca seja um dos elementos essenciais do contrato de franquia. No mesmo sentido, *vide*, ainda, VINCENZO ROPPO, *I contratti della distribuzione integrata. Appunti*, in "Economia e Diritto del Terziario", n.º 1, 1994, pp. 185 e ss., que sustenta que as normas que limitam a possibilidade de concessão a um terceiro do uso de uma marca têm como objectivo a tutela do consumidor ou utente final quanto à genuinidade ou à qualidade do produto. Ora, continua o Autor, esta garantia é dada pela própria existência de um contrato de franquia, pois este contrato, visando legitimar a empresa franquizada no uso de uma determinada marca perante o público, submete essa empresa à política, às instruções e ao controlo do titular da marca. "É o próprio contrato de franquia, com as cláusulas que consentem ao franquizador ingerir-se, controlar e sancionar a conduta do franquizado, a garantir o nível qualitativo das prestações do franquizado, mesmo perante o público".

¹⁶⁷ Esta realidade é, aliás, muitíssimo bem ilustrada por ROPPO, *ob. cit.*, pp. 188 e ss.. Este Autor conclui, depois de uma análise aos contratos de concessão comercial e de franquia, que, "na distribuição evoluída, o componente serviços cresce progressivamente e adquire uma prevalência tendencial relativamente ao componente troca de bens. O sistema distributivo tende, cada vez mais, a configurar-se como um sistema de serviços".

distinção rigorosa entre a franquia de produção e de distribuição e a franquia de serviços. Estas questões estiveram na base da forte resistência legal e, em parte, doutrinária, à possibilidade de cessão ou concessão de licenças de marca. Em geral, a doutrina considera suficiente o facto de o adquirente ou licenciado da marca ser posto em condições de colocar no mercado produtos com características equivalentes às dos produtos originais; suficiente, em particular, a troca de informações, de assistência técnica, de instruções, de fórmulas, de modelos ou desenhos, de produtos, de procedimentos de fabrico, de técnicas, de matérias-primas, etc. (numa palavra: a cessão de saber-fazer), ou seja, elementos julgados idóneos para atribuir aos produtos do cessionário da marca as mesmas, ou substancialmente similares, características do produto original ¹⁶⁸.

Quanto à natureza deste contrato, a verdade é que, por tudo quanto ficou exposto, a teoria de que se trata de um contrato de licença ¹⁶⁹ é a que melhor se adapta à realidade e à tradição desta figura ¹⁷⁰. Partindo da análise económica, existem, na franquia, dois vectores fundamentais: as partes têm, inicialmente, a titularidade de diferentes direitos, e, simultaneamente, o interesse em utilizar estes direitos de forma economicamente racional. É o tratamento deste contrato como uma “licença de negócio” ¹⁷¹ ou uma licença de bens imateriais relativos ao estabelecimento comercial ¹⁷² que responde, mais aproximadamente, a estes dois pontos de partida.

E ROPPO realça, *idem, ibidem*, que “o peso do componente serviços cresce, sobretudo, relativamente ao elo final da cadeia distributiva, ou seja, à relação com o público dos consumidores finais”. O nível destes serviços, que “servem para qualificar a oferta” de um determinado bem – prestados antes, durante ou após a venda – é “o que, cada vez mais, permite distinguir, no plano da concorrência, produtos em competição”.

¹⁶⁸ FRANCESCO GALGANO, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati: sub-forniture, gruppi di società, licenze, “merchandising”*, in “Contratto e Impresa”, 1987, n.º 1, cit., pág. 177, que cita FRANCESCHELLI, *Marchi d’ Impresa*, in “Novissimo Digesto Italiano”, X, 1964, pág. 242.

¹⁶⁹ Sustentada, de resto, por DE HALLER, *ob. cit.*, pp. 34 e ss., embora com a diferença de que este Autor encara a figura como um conjunto de licenças – de uso dos sinais distintivos, de saber-fazer, de um sistema comercial completo para a venda de produtos ou de serviços. Este conjunto de licenças visaria conceder ao franquiado um direito à clientela (*achalandage*) do franquiador, mas à clientela ligada aos seus sinais distintivos e não à sua pessoa.

¹⁷⁰ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 299.

¹⁷¹ Cfr. JOERGES, *ob. cit.*, pág. 32.

¹⁷² Teses a que se refere RUTH DÜNISCH, *Der Franchisevertrag*, in “Juristische Arbeitsblätter”, Outubro de 1995, pág. 818.