

# DO CONTRATO DE FRANQUIA («FRANCHISING»): AUTONOMIA PRIVADA *VERSUS* TIPICIDADE NEGOCIAL

*Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro*

## 1. *Autonomia privada e tipos negociais*

I. O Direito Privado é uma ordem de pessoas autónomas <sup>(1)</sup>. Nessa medida, o Direito juridifica a vontade manifestada pelas partes, associando-lhe os efeitos por ela indiciados. A regra surge no artigo 405.º do Código Civil e estende-se em profundidade, através de todo o Direito Civil, e até aos confins do Direito Comercial, do Direito da Economia e do Direito do Trabalho <sup>(2)</sup>. Por certo, há limites. Mas eles não contestam o princípio; antes recordam que, quando ausentes, a autonomia privada retoma toda a sua plenitude. Num pano de fundo de liberdade jurígena, os vectores que a contraditem assumem-se, sabidamente, como excepcionais.

---

<sup>(1)</sup> Cf., com indicações, MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 1 vol. (1987, reimpr.), 49 ss. e *Teoria Geral do Direito Civil*, 1 vol., 2.ª ed. (1988), 343 ss., PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito da família*, (1986), 8 ss. e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, tit. IV, *Ações e factos jurídicos* (1983/84), 26 ss..

<sup>(2)</sup> A autonomia privada tem vindo, aliás, a penetrar no Direito público, que dela retira vários instrumentos adequados para prosseguir os seus objectivos; cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* (1987), 465 ss..

A autonomia privada não foi fácil. Desde logo, ela exige, para se alargar até aos seus confins naturais, uma estruturação político-social dominada pela ideia de liberdade e de igualdade. Mas mais do que isso: a autonomia privada emerge dum estágio histórico-cultural que haja logrado, da Ciência do Direito, um desenvolvimento capaz de lidar com categorias altamente abstrac-tas, concretizáveis apenas aquando da decisão jurídica constituinte.

II. No Direito Romano, o panorama contratual era domi-nado pela — em linguagem actual — ideia de tipicidade. As posi-ções jussubjectivas apenas se podiam fazer valer através de acções rígidas postuladas na lei: o sistema das *legis actiones* (3). O repensar desse sistema, incentivado pelas necessidades da expan-são mediterrânica conduziu ao processo formulário (4), porta aberta para os juízos *bonae fidei* (5). Estes seriam a fonte, por seu turno, da maioria dos contratos da actualidade, com relevo para a compra e venda, a locação, a sociedade e o mandato: tal o poder criativo do pretor, apoiado na Ciência dos Prudentes. Apesar destes alargamentos sucessivos, a ideia manteve-se: cada contrato correspondia a uma figura pré-fixada na lei, cabendo tão-só às partes escolher, de entre o mostruário legal, a figura que lhes aprouvesse.

O progresso da Ciência do Direito operou a partir daí, na base de um processo contínuo de abstracção e redução. De múl-tiplas declarações contratuais esparsas fez-se a ideia de declara-ção negocial; de vários contratos dispersos alcançou-se o conceito de contrato; e da possibilidade de opções concretas concebeu-se a autonomia em geral. O retorno não oferece dúvidas: as partes podem confeccionar contratos não previstos na lei.

---

(3) WENGLER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (1925), 118 ss. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966), 24 ss..

(4) WLASSAK, *Römische Prozessgesetze / Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens* (1888), I, 104 ss., e *Die Klassische Prozessformel* (1924) ss., WENGER, *Institutionen*, cit., 125 ss. e KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 162 ss..

(5) MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, 1.º vol. (1984), 73 ss..

III. A evolução das Ciências Humanas é, muitas vezes, ondulatória. As ideias sofrem progressos pendulares, com avanços e recuos, fugindo à linearidade reclamada pelos espíritos geométricos. Os avanços duma época podem ser entraves no período seguinte, sobretudo quando a humildade dos cientistas não baste para o repensar do lastro pré-existente.

A autonomia privada, inegável progresso jusracionalista, acabaria por potenciar, em conjunto com diversos outros conceitos muito abstractos, um reducionismo excessivo: da realidade jurídica concreta, fez-se um conjunto de traços estereotipados que provocaram empobrecimentos crescentes no pensamento jurídico.

Foi, pois, bem-vinda a doutrina dos tipos, enquanto instrumento afeiçoado ao combate daqueles excessos. A doutrina dos tipos repousa em proposições simples: na descrição conceituada da realidade, confeccionam-se modelos irreais que operam na base de características desinseridas do meio em que se corporizam; a ela contrapõe-se uma descrição típica, que trabalha com modelos reais, confeccionados através do retratar substancial da própria realidade. Assim, a ideia de perfeição ou de beleza será substituída pela descrição impressiva de uma coisa bela <sup>(6)</sup>.

Ou seja: à autonomia privada, categoria abstracta por excelência, sucedeu a necessidade de trabalhar com modelos contratuais mais concretos: os tipos contratuais constantes da lei.

IV. O movimento operado deve ser reconduzido às devidas proporções. Não se tratou de voltar atrás no domínio da liberdade das partes mas, tão-só, de melhor conhecer as opções potenciadas por essa liberdade, conhecimento esse que se encontrava ameaçado por generalizações e reduções excessivas.

---

<sup>(6)</sup> Cf., p. ex., G. RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, InsZThR 12 (1938), 46-54, JÜRGEN VON KEMPSKI, *Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften*, StG 5 (1952), 205-218, KARL-HEINZ STRACHE, *Das Denken in Standards / Zugleich ein Beitrag zur Typologik* (1968), 21 ss., DETLEF LEENEN, *Typus und Rechtsfindung / Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB* (1971), 63 e LOTHAR KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie* (1977), 43. Entre nós, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* (1968), 21 ss..

O tipo contratual é um modelo regulativo eminentemente supletivo. Ele cumpre uma função dupla: facilita a contratação, uma vez que permite aos operadores jurídicos concluir contratos por mera remissão, sem necessidade de repetir longamente cláusulas habituais, e permite ao legislador uma intervenção pedagógica, recordando às partes as suas possibilidades e inculcando, no infinito das saídas possíveis, quais as mais equilibradas (7). E sobretudo, o tipo possibilita um melhor conhecimento da realidade e uma sua interpretação mais profunda.

As vantagens possibilitadas pela aplicação, aos contratos, da doutrina dos tipos ultrapassaram o óptimo, levando a distorções. Uma tendência exacerbada para tudo reduzir a tipos — mais precisamente a tipos legais — pode levar a distorções que nenhuma lei legitime. O tipo contratual legal não restringe a autonomia: ajuda a conhecê-la (8).

Dentro da ideia de movimento ondulatório, acima descrita, terá chegado o momento de prevenir contra os excessos da tipicidade legal nos contratos: tudo reduzir às unidades é tornar mais pobre o Direito, perdendo de vista a complexidade infinita da realidade.

Estas considerações vão ser testadas à luz de uma figura contratual não regulada, de modo expresso, na lei portuguesa: o contrato de franquia ou *franchising*.

## 2. O contrato de franquia; modalidades

1. A ideia de franquia anda em torno da de privilégio ou liberdade (9): há franquia quando a alguém seja concedida uma permissão de agir em área que, de outra forma, estaria vedada.

(7) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., 1 vol., 530 ss..

(8) Vide CARLO BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, RDCiv XXXII (1986), 351-381 (378 ss.).

(9) Cf. THOMAS A. QUEMNER, «Franchise», em *Dictionnaire juridique français-anglais* (1977), 188, DAVID M. WALKER, «Franchise», em *The Oxford companion to law* (1980), 487, JOWITT / WALSH, «Franchise», em *The dictionary of english law*, 2.ª ed., (1979), 824, JOHN B. SAUNDERS, «Franchise» em

No contrato de franquia faz-se um aproveitamento mais restrito destas potencialidades significativas; nele *uma pessoa — o franquizador — concede a outra — o franquiado — a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos de fabrico e técnicas empresariais e comerciais, mediante contrapartidas* <sup>(10)</sup>.

Propõem-se, assim, as expressões *contrato de franquia, franquizador e franquiado* para exprimir, em vernáculo, as locuções inglesas *franchise* ou *franchising, franchisor* e *franchisee*, as francesas *franchisage, franchiseur* e *franchisé* ou as alemãs *Franchise-Vertrag, Franchise-Geber* e *Franchise-Nehmer*, respectivamente.

---

*Mozley and Whiteley's law dictionary* (1970), 153, HENRY CAMPBELL BLACK, «Franchise» em *Black's law dictionary* (1968), 786-787 e FRANCESCO DE FRANCHIS, «Franchise», em *Dizionario giuridico / law dictionary* (1986), 759.

<sup>(10)</sup> Os autores são unânimes em sublinhar as dificuldades da definição do contrato de franquia, dada sobretudo a necessidade de, nela, incluir fenómenos bastante diferenciados. DE FRANCHIS, *Franchise* cit., 760, define-o como «... um acordo entre o titular de um *trade mark* ou de um *trade name*, dito *franchisor* (ou concedente) e o concessionário, dito *franchisee*, com o qual se consente a este último vender um produto ou serviço com a dita marca ou nome»; ENRICO ZANELLI, «Franchising», *Appendice* ao NDI 3 (1982), 884-891 (886), depois de longas considerações introdutórias, acaba por definir: «O contrato de *franchise* ou concessão agregativa é o contrato (...) mediante o qual uma parte (... *franchisor*) concede à outra parte (... *franchisee*) exercer, em determinadas condições e sob o controlo da concedente, uma actividade, normalmente de produção e prestação de serviços, valendo-se no interesse recíproco de meios comuns, seja de sinais distintivos e de outros elementos de identificação do estabelecimento do concedente, seja de patentes de invenção ou de outros conhecimentos (*know-how*) e da própria assistência técnica do concedente, contra a prestação correspectiva, por parte da concessionária, de um preço ou compensação...». Uma sentença do BAG (*Bundesarbeitsgericht*, o Tribunal Federal do Trabalho) de 3-Mai.-1978 definiu essa figura dizendo que «Através dum contrato de franquia, o franquizador (*Franchise-Geber*) concede ao franquiado (*Franchise-Nehmer*) contra remuneração, o Direito de distribuir determinadas mercadorias e/ou prestações de serviços com a utilização de nomes, marcas, insígnias, etc., assim como da experiência empresarial e técnica do franquizador, bem como com o recurso ao sistema de organização e de publicidade por este desenvolvido» — NJW 1979, 335.

Muitas vezes os autores procedem a breves descrições exemplificativas do seu conteúdo, evitando definições; cf., p. ex., WOLFGANG FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht* — vol. I — *Weltwirtschaftsrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht* (1983), 622.

II. A franquia sedimentou-se na prática comercial, segundo linhas de orientação económica, antes de se verter nos moldes das definições jurídicas <sup>(11)</sup>.

Com origens medievais <sup>(12)</sup>, a franquia foi despoletada nos Estados Unidos, durante a década de trinta <sup>(13)</sup>, ficando associada à popularização dos automóveis. Na década de sessenta, ela expandir-se-ia através da Europa, atingindo, na actualidade, cifras significativas <sup>(14)</sup>. Tal expressão tem sido imputada a três factores <sup>(15)</sup>:

- às possibilidades abertas pela publicidade televisiva, no tocante à divulgação de marcas;
- à crescente mobilidade dos consumidores, que facilita a oferta uniforme de bens;
- ao aumento dos rendimentos.

A franquia cobre, no entanto, situações tão diversas que, de imediato, obriga a efectuar várias distinções.

III. De entre as múltiplas classificações de franquias, uma delas, adaptada pelo Tribunal das Comunidades Europeias em

---

<sup>(11)</sup> Vide PETER ULMER, rec. a VOLKER BEHR, *Der Franchisevertrag / Eine Untersuchung zum Recht der Vereinigten Staaten mit Vergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht*, RabelsZ 1978, 190-195 (190-191), UWE BLAUROCK, *Kartellrechtliche Grenzen von Franchise-Systemen*, FS Winfried Werner (1984), 23-39 (24-26) e CHRISTIAN JOERGES, *Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht*, ZHR 151 (1987), 195-223 (197).

<sup>(12)</sup> Cf. J. C. e G. TESTON, *Le franchising et les concessionaires* (1973), A2.

<sup>(13)</sup> Vide ULMER, rec. cit., 190 e PHILIPPE BESSIS, *Le contrat de franchisage / Notions actuelles et apport du Droit européen* (1986), 5.

<sup>(14)</sup> Nos Estados Unidos, calcula-se que 30 % dos estabelecimentos comerciais tenham sido lançados com recurso a franquias; na Europa desenvolvida, essa cifra oscila entre os 20 % (R.F.A.) e os 10 % (França). Cf. BLAUROCK, *Kartellrechtliche Grenzen von Franchise-System* cit., 24 e, entre nós, CARLOS OLAVO, *Contrato de franchising*, em *Novas perspectivas do Direito Comercial*, C.E.J. (1987), n.º 1.

<sup>(15)</sup> JOERGES, *Franchise-Verträge* cit., 197, retomando MATHEWSON / WINTER.

1986, no conhecido caso *Pronuptia*, abaixo referido, merece ser retida. Ela distingue <sup>(16)</sup>:

- *a franquia de serviços*, pela qual o franquiado oferece um serviço sob a insígnia, o nome comercial ou mesmo a marca do franquiador, conformando-se com as directrizes deste último;
- *a franquia de produção*, pela qual o próprio franquiado fabrica, segundo as indicações do franquiador, produtos que ele vende sob a marca deste;
- *a franquia de distribuição*, pela qual o franquiado se limita a vender certos produtos num armazém que usa a insígnia do franquiador.

Exemplos de *franquias de serviços* são as da *Avis* ou da *Hertz*, no domínio da locação de automóveis, que permitem, a pequenas empresas em todo o Mundo, locar automóveis em termos uniformes a um público essencialmente móvel, aproveitando as insígnias, a publicidade, a promoção e a clientela da casa-mãe; de *franquias de produção*, as da *Coca-Cola* ou da *Pepsi-Cola*, que facultam a confecção, também por todo o Mundo, das conhecidas bebidas, por produtores dispersos, sempre sob a mesma designação e em conformidade com certas especificações técnicas dadas pelas casas-mães, e também aqui de modo a aproveitar as insígnias, a publicidade, a implantação e a clientela por estas

---

<sup>(16)</sup> Acórdão de 28-Jan.-1986, cujo texto pode ser confrontado, entre outros locais, em NJW 1986, 1415-1417 = RTDE 1986, 298-306 = CML Rev 1986, 23: 683-691 e, ainda, em anexo a BESSIS, *Le contrat de franchisage* cit., 103-115, aqui citado pelo primeiro dos referidos locais.

Outras distinções aparecem, mais simplificadas, designadamente na literatura de inspiração anglo-saxónica. Assim, separa-se, nos EEUU, o *tradicional franchising do business format franchising*: no primeiro há simples prestações ou distribuições sob as marcas ou insígnias do franquiador, enquanto no segundo se verifica a adopção, pelo franquiado, de toda uma técnica empresarial do primeiro; esta contraposição aparece, também, sob as designações, respectivamente, de *product franchise* e de *package franchise*; cf. JOERGES, *Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht* cit., 197-198 e GALAN CORONA *Los contratos de «franchising» ante el derecho comunitario de la libre competencia*, RIE 13 (1986), 687-702 (689).

promovidas ou alcançadas <sup>(17)</sup>; de *franquias de distribuição* as da *Pronuptia*, pela qual estabelecimentos pela Europa vendem ao público trajes de noiva, sob o timbre parisiense, numa apresentação uniforme e tirando partido do prestígio daí derivado <sup>(18)</sup>.

### 3. *As figuras afins*

I. O contrato de franquia pode, também, explicitar-se pela negativa, através da sua delimitação de figuras afins, típicas ou atípicas.

De entre as típicas — portanto com regulação legal — a franquia distingue-se:

*do contrato de agência*, pelo qual «... uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos em certa zona ou determinado círculo de clientes, de modo autónomo e estável e mediante retribuição» — artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho <sup>(19)</sup>; na franquia, o franquiado age *por conta própria*; além disso, ele beneficia da promoção feita pelo franquizador, e não o inverso;

*do contrato de mandato*, pelo qual «... uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta de outrem» — artigo 1157.º do Código Civil <sup>(20)</sup>; de novo se deve focar que o franquiado actua *por conta própria*; além disso, ele adstringe-se a múltiplas *actividades materiais* e não, apenas, jurídicas;

---

<sup>(17)</sup> Exemplo europeu é o da *Campari*, cujas franquias foram autorizadas pela Comissão Europeia em 23-Dez.-1977, JO N. L 70/69-78 (78), de 13-Mar.-1978.

<sup>(18)</sup> E cujo teor pode ser confrontado nos locais sup. cit., na nota 16 ou, em língua portuguesa, a propósito da decisão da Comissão Europeia em 17-Dez.-1986, JO N. L 13/39-47 (39-41), de 15-Jan.-1987.

<sup>(19)</sup> Cf. JANUÁRIO GOMES, *Da qualidade de comerciante do agente comercial*, BMJ 313 (1982), 17-49 (36) e PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência (Anteprojecto)*, BMJ 360 (1986) 43-139 (62) e *Contrato de agência / Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho* (1987), 17 ss..

<sup>(20)</sup> Cf. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (1961), 271 ss..

*do contrato de trabalho*, pelo qual «... uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta» — artigo 1152.º do Código Civil e artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969 <sup>(21)</sup>; o franquiado não presta qualquer actividade ao franquizador nem este remunera aquele; pelo contrário: documenta-se, em regra, uma actividade do franquizador e uma retribuição do franquiado; por outro lado, a fiscalização que, por vezes, incumbe ao franquizador não se confunde com o poder de direcção patronal;

*do contrato de comissão*, pelo qual «... o mandatário executa o mandato mercantil, sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente» — artigo 266.º do Código Comercial <sup>(22)</sup>; mantém-se quanto foi dito a propósito do mandato o qual, como é sabido, pode ser com ou sem representação;

*do contrato de sociedade*, pelo qual «... duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade» — artigo 980.º do Código Civil <sup>(23)</sup>; na franquia, não há propriamente uma actividade comum — o franqueador age por si e para si — nem afluxo de bens para um acervo comum, nem, por fim, pelo menos como elemento essencial, um quinhão nos lucros;

*do contrato de consórcio*, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam entre si a realizar certa actividade de forma concertada <sup>(24)</sup>; na franquia, não há propriamente uma

---

<sup>(21)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, 1.º vol., 2.ª ed. (1988), 3 ss..

<sup>(22)</sup> Cf. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* cit., 340 ss..

<sup>(23)</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *O contrato de sociedade civil* (1988, polic.), 6 ss..

<sup>(24)</sup> *Vide* as especificações do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho.

actividade comum, antes se verificando que o franquiado age por si.

II. O contrato de franquia também se distingue, com facilidade, de vários contratos atípicos — portanto não regulados por lei — embora, desta feita, não se possa recorrer ao auxílio das definições legais. Assim:

*do contrato de mediação*, pelo qual uma pessoa — o mediador — se abriga a pôr em contacto duas ou mais pessoas, para a conclusão de um negócio, sem estar ligado a qualquer delas por um vínculo de colaboração, de dependência ou de representação<sup>(25)</sup>; o franquiado, embora independente do franquiador não se obriga a promover qualquer aproximação entre este e terceiros;

*do contrato de concessão*, pelo qual uma pessoa — o concedente — reserva a outra a venda de um seu produto em determinada área geográfica, para que esta o revenda<sup>(26)</sup>; na franquia, o mais característico é a autorização para o uso da marca, insígnias ou similar, auto-

---

(25) Cf. MANUEL J. G. SALVADOR, *Contrato de mediação* (1964), 32. Certas modalidades de mediação têm regulação legal, o que mais permite sedimentar a clivagem apontada no texto; cf., p. ex., quanto à mediação de seguros, o artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 336/85, de 21 de Agosto. Vide, ainda, PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* cit., 231 ss..

(26) Cf., com matizes diferentes embora sobre uma ideia comum, GONÇALVES SALVADOR, *Contrato de mediação* cit., 244-245, PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência* cit., 22 e PHILIPPE LE TOURNEAU, *Contrats / Les diverses concessions*, J.G. / *Comm* Fasc. 520 (1984), n.º 3. A matéria foi esclarecida pela Comissão Europeia ao considerar inaplicável, ao contrato de franquia, o Regulamento (CEE) n.º 1983/83, JO N. L 173/1 de 30-Jun.-1983, que substituiu o anterior Regulamento n.º 67/67/CEE da Comissão, JO 849-852/67, de 25-Mar.-1967, relativo às concessões; assim sucedeu na Decisão da Comissão de 17-Dez.-1986 (*Pronuptia*) JO N. L 13/39-47 (45-46), de 15-Jan.-1987, em cujo n.º 33 expressamente se diz: os contratos de concessão não abrangem cláusulas de tipo franquia. Surpreendentemente, isso não impediu que a versão portuguesa do JO, tivesse, nessa própria decisão, traduzido *franchise* por concessão, num grave lapso linguístico e, sobretudo, jurídico, apenas amenizado por, entre parêntesis, se indicar sempre o original francês. Note-se, por fim, que o útil esclarecimento da Comissão mais não fez do que retomar a posição do Tribunal das Comunidades, expresso na doutrina *Pronuptia*.

rização essa que apenas em certos casos, incluídos em franquias de distribuição, é acompanhada de esquemas exclusivos de venda; de notar ainda que na concessão, o concessionário age sob nome próprio, marca própria ou insígnia própria, utilizando meios próprios de gestão empresarial, enquanto na franquia tudo isso se processa com recurso às disposições e/ou às técnicas do franquizador;

*do contrato de transmissão de saber-fazer (know-how)*, pelo qual uma pessoa transmite, a outra, a tecnologia ou, em geral, os conhecimentos aplicados necessários para concretizar determinada tarefa, não patenteados (27).

Também não oferece dúvidas a distinção entre o contrato de franquia e outros contratos como os de corretagem (28), os de propaganda ou publicidade (29) e similares.

III. A chave fundamental para a distinção do contrato de franquia das outras figuras afins resulta da natureza essencial do seu conteúdo. Na base da clássica tripartição das prestações (30) em prestações de *dare* (p. ex., concessão), de *facere* (p. ex., agência) ou de *pati*, a franquia inclui-se, justamente, nesta última categoria: *o franquizador obriga-se a suportar que o franquiado utilize o seu nome, a sua marca ou as suas insígnias*: este núcleo

---

(27) Cf. LUIGI SORDELLI, *Il know-how: facoltà di disporre e interesse al segreto*, RDInd 1986, 93-157 (125, 134 e *passim*), ANTÓNIO CARDOSO MOTA, *O know-how e o Direito comunitário da concorrência*, CCTF 130 (1984), 47 ss., e MESTMÄCKER, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (1974), 484.

(28) Cf. GONÇALVES SALVADOR, *Contrato de mediação* cit., 246 ss. e PESSOA JORGE, *Mandato sem representação* cit., 234 ss.; vide o artigo 66.º do Código Comercial e o artigo 91.º do Decreto-Lei n.º 8/74, de 14 de Janeiro (corretores das bolsas de valores).

(29) Cf. GONÇALVES SALVADOR, *Contrato de mediação* cit., 251 ss..

(30) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., 1.º vol., 338. Note-se que as prestações de *pati* se distinguem das de *non facere*: nestas o devedor deve abster-se, simplesmente, de certa actividade; naquelas, ele deve antes tolerar (sofrer) que o credor actue numa área que, doutra forma, lhe estaria vedada.

essencial <sup>(31)</sup> pode ser complementado por outros aspectos; mas é ele que, à franquia, dá uma particular consistência.

E esta contraposição técnico-jurídica corresponde a uma função perfeitamente autonomizada. A franquia permite, no período da sociedade de consumo e de grande circulação dos consumidores, constituir redes mundiais destinadas a oferecer bens e serviços, devidamente promovidos e publicitados, com todas as garantias de segurança e qualidade, na base de pequenas unidades independentes. A alternativa residiria na formação tentacular de filiais, com a correspondente formação de grandes grupos, que iriam defrontar os poderes políticos e — mesmo em termos meramente económicos — provocar uma acentuada subida de custos <sup>(32)</sup>.

#### 4. O regime; o problema da concorrência

I. A autonomia do contrato de franquia não suscita, hoje, quaisquer dúvidas <sup>(33)</sup>: ele corresponde a um *negócio autónomo* ainda que, na grande maioria dos ordenamentos, não conste da lei <sup>(34)</sup>.

Há pois, também aqui, que superar em definitivo a postura mental que consiste em, perante uma novidade jurídica, reconduzi-la, a todo o custo, a realidades pré-existentes.

A franquia poderá surgir assim, no quadro jurídico português, ao abrigo do artigo 405.º/1 do Código Civil: trata-se dum

<sup>(31)</sup> Cf. EDUARDO GALAN CORONA, *Los contratos de «franchising» ante el derecho comunitario de la libre competencia*, cit., 689, J. C. e G. TESTON, *Le franchising* cit., A 6.

<sup>(32)</sup> Cf., p. ex., JOERGES, *Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht* cit., 202-205 e BLAUROCK, *Kartellrechtliche Grenzen von Franchise-Systemen* cit., 38.

<sup>(33)</sup> JOERGES, *Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht* cit., 197, ROGER J. GOEBEL, anot. Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, *CML Rev* 1986 23: 691-702 (694), BOUTARD-LABARDE, *idem*, anot. RTDE 22 (1986), 306-320 (306), JEAN AMPHOUX, *Jurisprudence / Chronique*, CDE 1987, 1-2, 69-228, N. 349 (187 ss.).

<sup>(34)</sup> Surgem regulações expressas nalguns Estados americanos e noutros (poucos) ordenamentos extra-europeus.

contrato atípico, totalmente filiado na autonomia privada das partes.

Ainda como questão prévia capaz de interferir no seu regime, surge a de saber se, na franquia, não haveria um contrato misto, ou seja, um contrato que reuniria, em si, elementos próprios de diversos outros contratos. A questão dos contratos mistos já foi discutida. Frente a frente, colocaram-se as conhecidas doutrinas da combinação e da absorção a que, mais tarde, se juntaria a analogia. Tais orientações têm vindo a ser combatidas, pela sua rigidez. Não obstante, mesmo a serem total ou parcialmente admitidas, elas passariam sempre pela possibilidade prévia de, no contrato questionado, descobrir elementos qualificáveis como próprios de outros tipos contratuais, dotadas de nível regulativo legal <sup>(35)</sup>.

Ora no contrato de franquia, isso não é possível, sem pôr em causa toda a sua lógica interna.

II. O regime do contrato de franquia será assim, no fundamental, aquele que resultar do clausulado aprovado pelas partes devidamente interpretado e, disso sendo o caso, integrado, nos termos dos artigos 236.º e seguintes e 239.º do Código Civil.

Certas cláusulas poderão contundir com normas legais imperativas, vitimando, então, o contrato, de nulidade <sup>(36)</sup>. É esta, no entanto, a única ingerência da lei no espaço reservado às partes: deve recordar-se que a autonomia privada funciona, sempre, como regra geral.

---

<sup>(35)</sup> Cf. ESSER / SCHMIDT, *Schuldrecht / Allgemeiner Teil*, 6.ª ed. (1984), 182 ss., WOLFGANG FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 7.ª ed. (1985), 401 ss., UGO MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, RDCiv XXXII (1987), 487-502 (498 ss.), e, entre nós, o clássico de VAZ SERRA, *União de contratos / Contratos mistos*, sep. BMJ 91 (1960).

<sup>(36)</sup> Há que ter presente o regime básico da nulidade, seja ela inicial, seja ela superveniente — i. é, resultante de alteração legislativa. Salvo determinadas especificidades — p. ex., a nulidade de cláusulas contratuais gerais, que tem regras próprias — a nulidade de uma cláusula acarreta a nulidade do conjunto, excepto quando seja possível encarar a hipótese da redução — artigo 293.º do Código Civil.

Nestas condições, a propósito do regime da franquia, apenas será possível dar indicações exemplificativas <sup>(37)</sup>. Muitas outras combinações são possíveis.

III. Assim, num contrato de franquia, poderão ser *obrigações do franquizador*:

- facultar ao franquiado o uso de uma marca, insígnia ou designação comercial na comercialização de serviços ou produtos por este adquiridos ou fabricados;
- auxiliar o franquiado no lançamento e na manutenção de certa actividade empresarial, munindo-o de conhecimentos, técnicos ou produtos necessários;
- facultar ao franquiado técnicas ou processos produtivos de que o franquizador teria o exclusivo.

Note-se que todas estas facultades são concedidas, na generalidade dos casos, apenas para determinadas circunscrições territoriais.

Por outro lado, o *franquizador poderá ter como direitos*:

- uma certa retribuição calculada, muitas vezes, como percentagem do produto de vendas ou correspondente ao produto de certas aquisições que o franquiado se poderá obrigar a fazer-lhe;
- poderes de fiscalização quanto às especificações e qualidades do produto vendido sob as suas marcas, insígnias ou designações comerciais;

---

<sup>(37)</sup> Nas cláusulas exemplificativas que se seguem teve-se em conta o modelo *Pronuptia*, muito divulgado nos meios científicos depois da conhecida decisão de 28-Jan.-1986 do Tribunal das Comunidades. Outros elementos esclarecedores resultavam do *Código de Deontologia da Federação Francesa de Franquia*, do *Código de Deontologia Europeu da Franquia* — publicados ambos como anexos a BESSIS, *Le contrat de franchising* cit., 97-98 e 99-102, respectivamente — do modelo *Campari-Milano*, publicitado a propósito da decisão da Comissão Europeia 78/253/CEE, JO N. L 70/69-73, de 13-Mar.-1978, dos formulários de franquias industriais, de distribuição e de serviços propostos por PAUL PIGASSON / RÉGIS FABRE / JEAN E. SALES / PIERRE BONAFOUS / MARIE-PIERRE DESPLAN em *Contrats / Franchisage: formules*, J. C. / Comm. Fasc. 577. 8 (1986).

- poderes de aprovação ou fiscalização no tocante a pontos de venda, sua configuração e demais circunstancialismo;
- poderes no domínio da cessão da posição contratual e da renovação do contrato.

IV. Por seu turno, o *franquiado terá como direitos:*

- o uso de marcas, insignias ou nomes comerciais do franquiador;
- a utilização de conhecimentos, técnicas empresariais ou modos de fabrico pertença do franquiador;
- o auxílio do franquiador no lançamento, manutenção e desenvolvimento da sua actividade, no que toca a indicações.

Por outro lado, o *franquiado poderá ficar adstrito:*

- ao pagamento de certas retribuições ou à aquisição, junto do franquiador, de certos produtos;
- ao lançamento e desenvolvimento da sua actividade dentro de certa circunscricção;
- à manutenção das qualidades dos serviços ou dos produtos franquiados;
- ao sigilo no tocante a conhecimentos recebidos do franquiador;
- à participação em despesas de publicidade.
- a certas cláusulas de não-concorrência.

V. Deve atentar-se em que boa parte das regras por vezes inseridas em contratos de franquia — tais como as que fixem um horizonte temporal para o contrato ou as que determinem a necessidade de autorização do franquiador para a cessão da posição contratual — mais não são do que afloramentos das regras gerais: não há, salvo disposições legais específicas, como ocorre no casamento, contratos perpétuos<sup>(38)</sup>, assim como não surgem cessões

---

<sup>(38)</sup> MENEZES CORDEIRO, *Concorrência laboral e justa causa de despedimento*, ROA 46 (1986), 495-526 (510).

de posições contratuais sem o consentimento de todos os interessados (39).

Na mesma linha, os contratos de franquia compreendem, com frequência, cláusulas sobre a lei aplicável. Trata-se do comum exercício da faculdade reconhecida no artigo 41.º/1 do Código Civil e que corresponde à liberdade contratual (40). Certas regras restritivas, surgidas perante determinados tipos contratuais, sob o protesto da doutrina (41), são naturalmente inaplicáveis fora do âmbito estrito para que foram pensadas: têm natureza excepcional.

VI. Particularmente melindroso foi o problema da concatenação entre a franquia e as leis da concorrência, europeias ou nacionais.

Segundo o artigo 85.º do Tratado de Roma (42), no seu n.º 1, «São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a

---

(39) Vide o artigo 424.º do Código Civil.

(40) Cf. JÖRG G.-A. SCHMEDING, *Zur Bedeutung der Rechtswahl im Kollisionsrecht*, *RabelsZ* 41 (1977), 299-331 (304 ss.), RODOLFO DE NOVA, *Obbligazioni (diritto internazionale privato)* ED 29 (1979), 456-500 (459 ss.), WILHELM WENGLER, *Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien*, *RabelsZ* 47 (1983), 215-266 (215 ss.), STAUDINGER / KARL FIRSCHING, 12.ª ed. (1984), EGBGB art. 11, III, 33 (375), GERHARD KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 5.ª ed. (1985), 378 ss. e MENEZES CORDEIRO, Anotação a RLx 7-Mai.-1987, RDES XXX (1988), em vias de publicação, n.º 7, III.

(41) Assim, FERRER CORREIA, *O Direito internacional privado e o princípio da igualdade*, RLJ 120 (1988), 269-270.

(42) Utiliza-se a versão *Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia / Versão oficial portuguesa, incluindo as modificações decorrentes do Tratado de adesão de Portugal e do Acto Único Europeu*, publ. pela Associação Portuguesa para o Estudo da Integração Europeia, com nota introdutória de PAULO DE PITTA E CUNHA (1987).

concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transacção;  
(...)
- c) Repartir os mercados (...)  
(...)».

O n.º 3 desse mesmo preceito permite que, em certas condições nele especificadas, as disposições do n.º 1 sejam declaradas inaplicáveis (43).

Ora os contratos de franquia, na medida em que envolvem repartições geográficas de competência, cláusulas de exclusividade e de não concorrência e indicações de preços, poderiam contundir com esse normativo.

A questão foi posta ao Tribunal das Comunidades Europeias pelo BGH alemão, justamente no caso *Pronuptia de Paris* (44). Ficou, então, decidido, em traços largos (45)

- que a compatibilidade das franquias com as regras da concorrência deve ser aferida em função das cláusulas contidas nos diversos contratos e do contexto económico em que eles se insiram;

---

(43) Nesse contexto e com relevo para o contrato de franquia, há que situar as decisões da Comissão de 23-Dez.-1977, JO N. L 70/69-78 (78), de 13-Mar.-1978 (*Campari Milano*) e de 17-Dez.-1986, JO N. L 13/39-47 (47), de 15-Jan.-1987 (*Pronuptia de Paris*).

(44) Cf. *supra*, nota 16.

(45) Cf. as análises de HERMANN-JOSEF BUNTE, *Franchising und EG-Kartellrecht*, NJW 1986, 1406-1407 (1407), de BOUTARD-LABARDE, anot. cit., 306 ss., de GOEBEL, anot. cit., 694 ss. e 702 e de GALAN CORONA, anot. cit., 691 ss.; este acórdão mereceu múltiplas referências e anotações noutras publicações, das quais várias no J.C.P. e na GP; nesta, p. e., vide o título sugestivo de R. KOVAR, *La mariée est en blanc. Dans l'arrêt Pronuptia la cour de justice des communautés européennes blanchit le contrat de franchise de distribution*, GP 1986, 1, Doctr. 392. Na verdade, a doutrina tem sido unânime em afirmar a simpatia manifestada pelo Tribunal, perante a franquia.

- as cláusulas destinadas a evitar que o saber-fazer e a assistência concedidos ao franquiado venham a aproveitar a concorrentes são lícitas;
- as cláusulas que organizem o contrato e a fiscalização destinados a preservar a identidade e reputação da marca, da insígnia ou do nome do franquiador são lícitas;
- as cláusulas que impliquem repartições de mercados ou pré-fixação de preços são restritivas da concorrência; neste ponto, terão de intervir as decisões de inaplicabilidade previstas no artigo 85.º/3 do Tratado de Roma, desde que as indicações de preços não sejam vinculativas.

O Tribunal foi, no entanto, muito claro ao explicar que uma decisão sobre a matéria apenas pode ser tomada contrato a contrato e cláusula a cláusula, dada a variedade de casos possíveis.

VII. No que toca às leis portuguesas da concorrência, o problema poderia pôr-se perante o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, cujo artigo 13.º considera, entre outras, práticas restritivas da concorrência e, como tais, nulas, as fixações directas ou indirectas de preços e os acordos de repartição de mercados — alíneas a) e c) (46).

Caso a caso haverá, pois, que verificar se a limitação geográfica em cujo âmbito actua a franquia equivale a uma «repartição de mercado» ou se, pelo contrário, ela é justificada, em termos técnicos, pela necessidade de preservar o bem franquiado (47).

---

(46) Cf. MARIA BELMIRA MARTINS / MARIA JOSÉ BICHO / AZEEM REMTULA BANGY, *O Direito da concorrência em Portugal* (1986), 125 ss., J. CHAVES ROSA, em *Concorrência em Portugal nos anos 80* (1985), 67, e MARIA DO ROSÁRIO REBORDÃO SOBRAL / JOÃO EDUARDO FERREIRA, *Da livre concorrência à defesa da concorrência* (1985), 126 ss..

(47) Assim, PEDRO SÁ NOGUEIRA, *Contrato de concessão de franquia («Franchise»)* — *Algumas notas* (1987, inédito), 30-31.

## 5. Constituição, vicissitudes e extinção

I. Os aspectos dinâmicos do contrato de franquia podem colocar diversos problemas de melindre variável, em função das cláusulas nele contidas.

Em termos muito gerais, apenas será possível chamar a atenção para alguns aspectos, que, pela sua natureza, tenderão a colocar-se nos diversos contratos.

Como pano de fundo, deve recordar-se que a franquia está genericamente legitimada pela vontade das partes. Sendo um contrato atípico, não é admissível introduzir, no seu seio, distorções retiradas de tipos contratuais legalmente regulados: em qualquer problema interpretativo que se ponha imperam sempre os critérios do artigo 236.º do Código Civil. A autonomia privada que preside à constituição da franquia faculta, também, a sua modificação ou extinção, seja porque *ab initio* as partes previram ou regularam a sua ocorrência, seja porque supervenientemente as partes chegaram a acordo nesse sentido.

II. Na falta de regulação legal, a franquia é um contrato consensual: as partes podem celebrá-lo pela forma que melhor entenderem. Dada, porém, a sua importância, sucede muitas vezes que a forma voluntariamente utilizada é a escrita. Nessa altura, cabe aplicar o regime do artigo 222.º do Código Civil ou — havendo convenção de forma — o artigo 223.º do mesmo diploma. Aquando da celebração do contrato devem, pelas partes, ser prestados todos os esclarecimentos necessários, sob pena de *culpa in contraendo* — artigo 227.º/1 do Código Civil (48).

III. Na execução do contrato há um dever de agir de boa fé — artigos 334.º e 762.º/2 do Código Civil. Esse dever concre-

---

(48) A prática permite documentar a celebração de contratos de franquia prévia ou prefranquia — cf. BESSIS, *Le contrat de franchise* cit., 60-61 — que faculta às partes, antes de concluir uma franquia definitiva, pôr em andamento um projecto parcial e provisório que visa aperfeiçoar os métodos de implantação da futura rede de franquias. As partes conservam, íntegra, a sua liberdade negocial, embora com um dever acrescido de agir de boa fé, dada a situação de vulnerabilidade em que se colocam.

tiza-se em duas vertentes: a da tutela da confiança e a da primazia da materialidade subjacente <sup>(49)</sup>. Pela tutela da confiança, devem as partes cumprir todos os deveres de lealdade e de informação que ao caso caibam, de modo a evitar criar situações de crença ou de aparência das quais possam emergir danos. Pela primazia da materialidade subjacente cabe às partes prosseguir, em termos efectivos, os objectivos do contrato: não será lícito, assim, alcançar uma pura conformidade formal com os objectivos do contrato. A franquia não é uma pura troca, mas antes um contrato que põe duas entidades em permanente contacto <sup>(50)</sup>; por isso, há que valorizar as exigências da boa fé, dada a entrega confiante que as partes podem ser levadas a realizar mutuamente.

A doutrina chama, muitas vezes, a atenção para a natureza *intuitu personae* das franquias, que explicaria a impossibilidade de cessão ou de subfranquia sem autorização do franquizador. Embora normalmente haja cláusulas nesse sentido, elas não seriam necessárias, por tal saída resultar já da lei geral.

IV. A extinção da franquia pode, nos termos gerais, advir de qualquer das causas aptas a fazer cessar as situações duradouras, com relevo para a caducidade, a resolução, o distrate ou a denúncia <sup>(51)</sup>: *caducidade* quando sobrevenha um facto — normalmente um prazo — fixado pelas partes para o termo da vigência do negócio, *resolução* nos casos determinados pelo contrato ou pela lei, com relevo para o incumprimento imputável a uma das partes, *distrate* quando haja revogação por mútuo acordo e *denúncia* sempre que, na ausência de qualquer prazo de vigência, alguma das partes lhe ponha unilateralmente cobro, desde

---

<sup>(49)</sup> Com indicações, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral* cit., 1.º vol., 2.ª ed., 386 ss. e *Da boa fé* cit., 2.º vol., 1234 ss..

<sup>(50)</sup> A doutrina anglo-saxónica fala, a tal propósito, em «relational contract»; cf. JOERGES, *Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht* cit., 211 ss. e WALTER SCHMIDT, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages* (1983), 108-113, com várias transcrições sugestivas.

<sup>(51)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., 2.º vol., 162 ss. e, por último, JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, (1987, dact.), 18 ss., 41 ss. e 59 ss..

que com certa margem destinada a evitar danos desnecessários<sup>(52)</sup>. O contrato pode ainda cessar por impossibilidade absoluta superveniente ou quando seja resolvido, nos termos do artigo 437.º/1 do Código Civil, por alteração das circunstâncias.

Com frequência, os contratos prevêem prazos de vigência associados a esquemas de *renovação automática*, aos quais qualquer uma delas se *pode opôr* através de declaração feita com um mínimo de antecedência, dirigida à outra parte. Há, então, caducidade.

V. Pergunta-se, por fim, se a cessão da franquia dá lugar a alguma indemnização. Cabe distinguir. Quando tal cessação advenha de algum incumprimento, a parte responsável deve indemnizar a outra, nos termos gerais. Quando se verifique que a cessação é imposta por anomalia genética do contrato caberá, quando muito, o recurso à *culpa in contrahendo*<sup>(53)</sup>. Quando, por fim, a cessação ocorre por causa legítima — *maxime* por caducidade — não tem lugar qualquer indemnização ou compensação, a menos que o contrato a prescreva<sup>(54)</sup>. Repare-se que na franquia — ao contrário da agência, cujo regime legal prevê, ainda que em condições apertadas, uma «indemnização de clientela», artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho — 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.

---

(52) Poderia, assim, exigir-se um certo pré-aviso, em nome da boa fé, ou condicionar a denúncia a uma duração mínima do contrato.

(53) Assim, BGH 12-Nov.-1986, NJW 1987, 639-640.

(54) P. ex., cf. BESSIS, *Le contrat de franchise* cit., 92, J. C. e G. TESSON, *Le franchising* cit., T 6 e PIGASSON / FABRE / SALES / BONAFU / DESPLAN, *Contrats / Franchisage / Formules*, J. C. / Comm, Fasc. 577.8 (1986), 5 e 12. Esta situação não deve ser confundida com uma outra, totalmente diversa, e referida, ainda que com dúvidas, por BOUTARD-LABARDE, anot. cit., 315: a de se prever uma compensação pela proibição pós-eficaz — portanto posterior à cessação do contrato — de concorrência, a cargo do franquiado.

VI. Os problemas que o contrato de franquia possa colocar no domínio da tutela da parte fraca, devem ser reconduzidos aos institutos vocacionados para intervir <sup>(55)</sup>.

Desde logo, sempre que a franquia seja celebrada com recurso a cláusulas contratuais gerais, tem aplicação o respectivo diploma <sup>(56)</sup>. Para além disso, funcionam os esquemas conhecidos do erro ou da usura. No limite, está disponível a boa fé, sendo certo que a «parte fraca» é, na realidade, sempre aquela que, *in concreto*, como tal se apresente — *maxime*, o consumidor isolado — e não, necessariamente, uma das partes, pré-determinada, no contrato <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Cf. JOERGES, *Franchise-Verträge und europäisches Wettbewerbsrecht* cit., 207-209.

<sup>(56)</sup> Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

<sup>(57)</sup> Assim, MENEZES CORDEIRO, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, BMJ 357 (1986), 5-68 (36-37).