

O CONTRATO DE «FRANCHISING»

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas

SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *Noção e aspectos fundamentais*
 - 2.1. Noção e espécies do Contrato
 - 2.2. Terminologia adoptada
 - 2.3. Distinção de figuras afins
 - 2.4. Aspectos fundamentais da estrutura e da dinâmica do Contrato
 - 2.4.1. Os contratos preliminares
 - 2.4.2. Análise de cláusulas-padrão do contrato de «franchising»
 - 2.4.3. Responsabilidade do franquizador pelos actos do franquiado. Responsabilidade do franquizador por produtos defeituosos
 - 2.4.4. O contrato de «franchising» como instrumento de promoção do auto-financiamento
 - 2.4.5. O contrato de «franchising» e as questões de concorrência
3. *A Organização do negócio. A rede «franchising»*
 - 3.1. O franquizador e a sua contribuição para o negócio
 - 3.1.1. O *package*
 - 3.1.2. O ponto de venda inicial
 - 3.1.3. Os direitos de propriedade industrial do franquizador

- 3.2. O franquiado e sua contribuição para o negócio
 - 3.2.1. A independência jurídica do franquiado; a sua dependência económica relativa
 - 3.2.2. A formação inicial e a formação permanente
 - 3.2.3. As relações permanentes com o ponto de venda inicial (central) e o apoio logístico
 - 3.2.4. Os direitos de território
 - 3.2.5. O compromisso de não concorrência
 - 3.2.6. O respeito pela imagem da marca e o dever de vigilância na sua protecção
 - 3.2.7. O fornecimento das instalações industriais e o investimento inicial
 - 3.2.8. Cláusulas financeiras
 - 3.2.9. Publicidade
 - 3.2.10. A disciplina de grupo
 - 3.2.11. Seguros e incentivos

4. *Termo do contrato*

- 4.1. Formas de cessação do contrato
- 4.2. A questão do direito à indemnização do franquiado

5. *Cláusulas-tipo do contrato*

Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O *franchising* ou *franchise* constitui, acima de tudo, e numa acepção económica do conceito, um sistema de venda de bens ou serviços que nos últimos trinta anos rapidamente ocupou, sobretudo nos Estados Unidos da América, em França e na Grã-Bretanha, uma significativa posição no mercado. Em eficiência e qualidade de serviços supera, em geral, os tradicionais sistemas de colocação de produtos ou serviços no mercado, quer directamente pelo produtor, em regra através de sucursais, filiais ou subsidiárias, quer por meio de agentes independentes ou distribuidores.

Foi nos Estados Unidos da América que o sistema surgiu ⁽¹⁾ no período que mediou entre as duas grandes guerras, sobretudo

⁽¹⁾ O próprio termo «franchise» usado para exprimir concessões de natureza comercial parece ter tido origem nos Estados Unidos, embora lamentavelmente seja

na indústria automóvel, na venda de óleos e lubrificantes e no mercado dos refrigerantes, mas com especial desenvolvimento nos anos 50 e enorme expansão nos anos 60.

Ao contrário dos sistemas tradicionais de colocação de produtos ou serviços, tal como adiante melhor será dito, a principal característica funcional do *franchising* consiste no controle exercido de perto e continuamente pelo franquizador ou concedente (*franchisor*) sobre aquele a quem é feita a concessão da marca e/ou do *know-how* (*franchisee* ou franquiado) ⁽²⁾.

Segundo estatísticas publicadas em França pelo CECOD (Centre d'Étude du Commerce et de la Distribution), em 1986 existiam em França 500 cadeias ou redes de *franchising*, 300 na Grã-Bretanha, 250 na República Federal Alemã, 200 na Holanda, 100 na Bélgica, 80 em Espanha e Itália, 40 em Portugal ⁽³⁾ e 25 na Suécia.

Por outro lado, o número de postos de venda ao público que operam neste sistema variava entre 25.000 em França e 2.500 na Suécia.

Entre os mais importantes efeitos comerciais que resultam do sistema não pode deixar de se salientar uma acentuada divulgação e popularização de produtos ou serviços de marca conhecida, pois, em regra, obedecem a padrões de qualidade, pelo facto de serem concebidos e produzidos por empresas de grandes recursos técnicos e financeiros e com experiência e implantação transnacional.

utilizado em três acepções diferentes: a) para exprimir a relação estabelecida entre o titular de uma marca comercial que autoriza um terceiro a fabricar produtos e a usar neles a marca; b) para traduzir os próprios contratos de distribuição, ou seja, as relações comerciais de venda de produtos a grossistas ou a retalhistas que os colocam, por sua vez, em nome e por sua conta, no mercado; c) para significar o sistema que aqui nos interessa, que se denomina também — *business format franchising* ou *turnkey franchise* ou ainda *chain style franchising*, isto é o «franchising» como negócio concebido e estabelecido na base de um método integral de fazer comércio ou de prestar serviços.

⁽²⁾ Adiante será precisada a terminologia que nos parece mais apropriada.

⁽³⁾ Estudos de mercado mais recentes revelam a existência de cerca de 300 lojas que, no nosso País, operam em sistema de «franchising» integradas em mais de 60 cadeias diferentes.

A modificação substancial das condições de funcionamento do mercado comunitário que se verificará a partir do início de 1993 trará ao nosso País cada vez maior número de redes *franchising*, pelo que é de grande importância para a profissão de advogado conhecer este contrato.

2. NOÇÃO E ASPECTOS FUNDAMENTAIS

2.1. *Noção e Espécies do Contrato*

Não existe uma definição legal do contrato, quer na lei portuguesa, como se sabe, quer noutros países europeus, não abundando também fora da Europa. Socorremo-nos por isso de definições dadas por organismos estrangeiros dedicados ao assunto (4).

A *International Franchise Association* adoptou a seguinte definição do contrato (tradução livre):

O *franchising* constitui uma relação contratual entre o *franchisor* (franquiador) e o *franchisee* (franquiado), pela qual o primeiro proporciona e obriga-se a manter, por forma continuada, um determinado interesse negocial na actividade comercial ou industrial do segundo, tal como a concessão de conhecimentos (*know-how*) e formação; e o *franchisee* (franquiado) utiliza uma marca comercial e/ou os conhecimentos e os métodos pertencentes ou controlados pelo *franchisor* (franquiador), efectuando de sua conta um investimento de capital no negócio.

Por sua vez, a *British Franchising Association* caracteriza o *franchise* da seguinte forma (tradução livre):

É uma cessão contratualmente estabelecida por uma pessoa (o franquiador) a favor de outra (o franquiado), que:

- a) permite a esta o exercício de uma actividade negocial, durante o período de vigência do contrato,

(4) Ver também Prof. Menezes Cordeiro, no número I — 1988, página 67, desta Revista.

- usando uma marca, insígnia ou similar pertencente ao franquiador; e
- b) legitima este último a exercer um controlo contínuo, durante o período de vigência do contrato, sobre o modo como o franquiado exerce a actividade negocial;
 - c) obriga o franquiador a fornecer ao franquiado assistência à actividade negocial objecto do contrato (relativamente à organização do negócio do franquiado, treino de pessoal, métodos de comercialização, de gestão e outros);
 - d) obriga o franquiado a pagar periodicamente ao franquiador as quantias em dinheiro acordadas e relativas às mercadorias ou serviços que lhe são prestados por este;
 - e) estabelece uma base de independência entre as partes, motivo por que não se traduz (tal relação contratual) numa transacção comercial entre uma sociedade *holding* e as suas subsidiárias ou entre estas, ou entre um comerciante em nome individual e uma sociedade dominada por ele.

De todos estes elementos caracterizadores do contrato se pode concluir que se trata de um contrato misto que é composto de outros contratos ou, ao menos, de elementos essenciais destes, e que, sobretudo, são:

- o contrato de assistência técnica; e
- o contrato de fornecimento.

No caso de se tratar de um *franchising* industrial devem acrescentar ainda elementos típicos do contrato de *engineering* e do contrato de transferência de tecnologia associado a um acordo de cedência de patentes.

Em suma, o contrato tem como características fundamentais as seguintes:

- (1) estabelece uma relação contratual entre duas partes, segundo a qual uma delas (o franquiador) autoriza a

outra (o franquiado) a exercer actividade negocial sob marca, insígnia ou similar (englobando assim, nomeadamente no *franchise* industrial, a utilização de patentes de invenção, os modelos de utilidade, e os modelos e desenhos industriais) pertencentes ao franquiador;

(2) o controlo de actividade negocial deste sobre o modo como o franquiado a exerce;

(3) a concessão de assistência ao franquiador relativamente ao exercício dessa actividade;

(4) separação e independência do negócio de ambos, dado que são efectivamente dois comerciantes independentes entre si, em que o franquiado aplica o seu capital no negócio, assumindo inteiramente o risco próprio.

Estas características básicas formam um todo uniforme perante o público, que o leva a crer tratar-se de um negócio único pertencente e exercido directamente pelo franquiado e não, como na realidade sucede, um negócio em que o contraente vendedor ou prestador de serviços é antes uma entidade comercial que actua apenas sob licença e com a assistência técnica do dono da marca, insígnia ou similar e do seu *know-how*, com o propósito de, em toda a rede *franchising*, se proceder com uniformidade de condutas, métodos e imagem.

A génese do *franchising* situa-se na decisão do franquiador de constituir um negócio que produza determinado bem ou serviço, a coberto de uma marca, insígnia ou similar e assente numa organização estabelecida sob sua iniciativa, que dispõe das técnicas de comercialização, *marketing* e assistência, aptas a se distribuírem por pontos de venda estruturados numa rede, os quais não pertencem ao franquiador, mas sim a terceiros que dispõem do capital e da decisão de a integrar, adquirindo do franquiador, sob certas condições, o *package* de produtos e de técnicas necessárias à sua comercialização de um modo uniforme.

Ora, as formas por que o franquiador se relaciona com o franquiado podem assumir as seguintes três espécies, baseadas num critério muito fluido, é certo, mas útil, especialmente quando o contrato assume natureza internacional:

1. *Franchising directo* — através do qual o franquiador concede directamente a um comerciante independente

(o franquiado) o *package* para este exercer o negócio num determinado estabelecimento;

2. *Franchising indirecto* — modalidade pela qual o franquiador constitui, no próprio país da sua sede ou não, uma filial ou uma sociedade que ele domina e a partir da qual efectua *franchising* directo com empresários locais⁽⁵⁾;

3. *Franchising estabelecido através da associação entre o franquiador e o franquiado* — modalidade pela qual aquele constitui com este uma sociedade para exercer a actividade própria do franquiado.

Em qualquer destas modalidades, o *franchising* pode respeitar a um único estabelecimento ou ponto de venda numa determinada área territorial ou a um número superior mas convencionalmente limitado ou, ao invés, pode incluir o número de estabelecimentos ou pontos de venda que o franquiado entenda livremente constituir.

Por outro lado, têm sido apontadas (um pouco por inspiração do «caso Pronuptia» julgado pelo Tribunal das Comunidades Europeias — Acórdão de 28 de Janeiro de 1986 —, a que nos referimos adiante a propósito dos problemas que o *caso Pronuptia* coloca face à lei da concorrência) as seguintes espécies do contrato, atendendo ao tipo de actividade económica que dele é objecto:

- *Franchising de distribuição*, através do qual o franquiado vende produtos, que adquire ao franquiador, num estabelecimento próprio, mas sob o nome e demais técnicas e imagem usadas universalmente na rede (são casos deste tipo, por exemplo, os estabelecimentos Benetton ou outras grandes marcas de vestuário de moda ou de perfumes e cosméticos);

⁽⁵⁾ Na caracterização do contrato feita pela British Franchising Association de que se deu conta, a relação estabelecida entre a casa-mãe e a representação permanente ou a subsidiária não pode constituir um verdadeiro e próprio «franchise», pois tal só é possível entre entidades completamente independentes entre si, quer no aspecto jurídico, quer segundo a ausência de controlo societário pelo franquiador.

- *Franchising de serviços*, através do qual o franquiado presta ao público um serviço sob o nome e a técnica do franquizador (exemplo típico desta modalidade encontra-se na actividade de conhecidas redes internacionais de aluguer de automóveis sem condutor);
- *Franchising de produção*, através do qual o franquiado fabrica, sob licença e segundo patente e técnicas do franquizador, determinados produtos que vende sob a marca deste (exemplo deste tipo de contrato é o da fabricação de cervejas e de refrigerantes de certas marcas de renome internacional).

2.2. Terminologia Adoptada

O Prof. Menezes Cordeiro propõe, no artigo publicado no numero I do ano de 1988 desta Revista, pág. 67, a utilização das expressões portuguesas «franquia» para traduzir *franchising* ou *franchise*, «franquizador» e «franquiado» para traduzir *franchisor* e *franchisee*.

Nada temos contra esta nomenclatura, enquanto se refere às partes, isto é, o franquizador e o franquiado, dada a pouca divulgação que as expressões *franchisor* e *franchisee* têm fora da redacção dos contratos em língua inglesa.

O mesmo já não sucede com o vocábulo *franchising* ou *franchise*. Na verdade, trata-se de expressões internacionalmente aceites, quer na linguagem contratual, quer na denominação de associações de *franchising* que existem por todo o mundo e no negócio em geral.

Que saibamos, apenas em Espanha se nacionalizou o nome pela utilização das expressões «franquicia», «franquiciador» e «franquiciado».

Revestindo este contrato, na maioria dos casos, âmbito internacional com a utilização da expressão geralmente aceite — *franchising* ou *franchise* — concita pouco interesse prático a utilização do purismo nacional «franquia», com a agravante de se confundir com conceitos diferentes que utilizam a mesma expressão, tal como sucede nos seguros. Pretendendo este trabalho

constituir sobretudo um conjunto de informações práticas não utilizaremos a expressão *franquia*, nem a aconselhamos.

2.3. *Distinção de Figuras Afins*

O comércio desenvolve-se e expande-se no mercado segundo várias formas de relacionamento entre o produtor e os agentes económicos que colocam os produtos e serviços junto dos consumidores.

Nem sempre a lei regula as várias formas contratuais segundo modelos típicos. O mesmo se passa com o contrato de *franchising*, que é acolhido na lei portuguesa apenas no domínio dos contratos atípicos que encontram no artigo 405.º do Código Civil a necessária protecção legal concedida à autonomia da vontade das partes que, com respeito pelos demais comandos dos negócios jurídicos, são livres de adoptar as formulações que melhor satisfaçam os seus interesses.

Como já antes dissemos, também em nenhum outro sistema jurídico europeu este contrato assume natureza típica, apesar do grande interesse que os governos e a própria Comissão da Comunidade Económica Europeia lhe têm crescentemente dedicado.

O *contrato de franchising* distingue-se claramente das figuras afins a seguir enunciadas.

- *Contrato de distribuição*, pelo qual um produtor vende o produto a grossistas ou retalhistas que, por sua vez, o revendem auferindo um lucro. Trata-se de um simples contrato de compra e venda comercial que pode assumir também a sub-modalidade do contrato de fornecimento. Em regra, o distribuidor beneficia de algum apoio publicitário e divulgação de técnicas mas por aí se esgota, jamais existindo uma integração profunda na rede e na uniformização de métodos, técnicas e imagem que caracterizam o *franchising*. Pode, no entanto, dizer-se que é de todos os contratos afins o que está mais próximo deste.
- *Contrato de agência*, pelo qual, segundo a definição dada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho,

que transcrevemos, «... uma das partes se obriga a promover por conta de outra a celebração de contratos em certa zona ou determinado círculo de clientes, de modo autónomo e estável e mediante retribuição». Neste contrato, tal como no contrato de mediação e no de corretagem, o agente não intervém no negócio, limitando-se a aproximar o principal do cliente. No *franchising*, quer o franquiador quer o franquiado não efectuam acções de aproximação como as descritas.

- *Contrato de comissão*, através do qual, segundo o artigo 266.º do Código Comercial, «... 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».

No *franchising*, o franquiado actua por conta própria e segundo um conjunto complexo de envolvimento contratual. Na comissão, que não é mais do que o contrato de mandato mercantil (artigo 267.º Cod. Com.), o comissário actua por conta do comitente, embora o possa fazer em nome deste (mandato com representação) ou *in nomine proprio* (mandato sem representação).

- *Contrato de sociedade*, através do qual, segundo o artigo 980.º do Código Civil, «... 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».

Como salienta o Prof. Menezes Cordeiro, loc. cit., no *franchising* não há propriamente uma actividade comum, nem afluxo de bens para o acervo comum, ao contrário do que sucede no contrato de sociedade. Acresce, que uma das características fundamentais da figura do *franchising* é a separação e independência entre o franquiador e o franquiado, definindo-se as suas relações num feixe de interesses simultaneamente paralelos e opostos. No contrato de sociedade os sócios diluem os seus interesses no escopo social, fazendo-os convergir e sublimando-os no ente colectivo.

- *Contrato de consórcio*, segundo o qual, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, «... duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica, se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição com o fim de prosseguir qualquer dos objectos referidos no artigo seguinte».

Tal como se disse a propósito do contrato de sociedade, no *franchising* não há uma actividade comum.

- *Contrato de constituição de agrupamento complementar de empresas*, pelo qual, em conformidade com a Base I da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho «...as pessoas singulares ou colectivas e as sociedades podem agrupar-se, sem prejuízo da sua personalidade jurídica, a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades económicas.»
- *Agrupamento europeu de interesse económico*, que foi criado no direito positivo comunitário pelo Regulamento 2137/86 (6) e teve parte da sua inspiração no *groupement d'intérêt économique* regido, no direito francês, pela Ordonnance de 23 de Setembro de 1967.

Em qualquer destas duas precedentes figuras, a actividade a desenvolver é igualmente comum, ao contrário do que sucede no *franchising*. Acresce que, neste último contrato, cada contraente exerce nele a sua actividade principal, enquanto no agrupamento complementar de empresas e figuras afins assinaladas a actividade exercida não é a actividade principal, mas sim actividade secundária, lateral, que visa melhorar o exercício individual, por cada empresa, das suas actividades principais.

O seu fim não é, por outro lado, a realização do lucro, ao contrário do que sucede no *franchising*.

(6) A propósito desta figura jurídica de inspiração comunitária e destinada a desenvolver a cooperação entre empresas do seu espaço económico pode ler-se o artigo da Dr.ª Maria Ângela Coelho, in *Revista de Direito e Economia* anos x/xi, 1984/1985, pág. 389 e segs.

- *O contrato de associação em participação*, que, segundo o artigo 21.º e segs. do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, é «...a associação de uma pessoa a uma actividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para a segunda...».

Neste contrato é essencial a participação dos associados no lucro comum (artigo 21.º, n.º 2). No *franchising* não existe qualquer elemento associativo, nem comunhão nos lucros ou nas perdas. As partes são totalmente independentes sob o ponto de vista jurídico e económico.

- *Contrato de concessão*, através do qual uma parte concede à outra o direito de venda, exclusivo ou não, de determinado produto numa área geográfica para que o concessionário proceda à sua revenda. Como salienta o Prof. Menezes Cordeiro, loc. cit., no *franchising* o elemento mais característico é a autorização para uso de uma marca, insígnia ou outro direito similar da propriedade intelectual. Na concessão, pelo contrário, o concessionário age sob o nome, marca e insígnia próprias e utilizando técnicas de gestão empresarial e de comercialização também próprias, o que não sucede no *franchising*, como se viu.
- *Contrato de cessão de direito*, pelo qual o cedente cede ao cessionário um direito (de crédito, uma posição contratual que detém, etc.). No *franchising*, em momento algum o *franquidador* cede a sua marca, insígnia ou direito similar. Apenas autoriza o *franquiado* a usar esses direitos durante a vigência do contrato.
- *Contrato de cedência de know-how*, através do qual uma parte cede a outra tecnologia ou os conhecimentos técnicos e científicos necessários ao exercício de certa actividade.

Por vezes, usa-se a expressão *contrato de transferência de tecnologia* para traduzir a mesma realidade, especialmente nas relações contratuais internacionais.

No *contrato de franchising* existe cedência de *know-how*, simplesmente o elemento mais característico do contrato e que se encontra presente em todas as suas modali-

dades é a autorização para uso da marca, insígnia ou similar. Além disso, é um contrato bastante mais complexo, pois contém elementos característicos de outros contratos (ver supra 2.1.).

2.4. *Aspectos Fundamentais da Estrutura e da Dinâmica do Contrato*

2.4.1. *Os Contratos Preliminares*

Com o propósito de possibilitar um estudo mais aprofundado das vantagens e inconvenientes da celebração do contrato, nomeadamente para permitir uma melhor análise do mercado, quer por parte do franquizador quer por parte do franquiado, obtenção de um local para a instalação do negócio, etc., e, bem assim, um conhecimento recíproco mais detalhado, frequentemente se estabelecem relações contratuais preliminares e preparatórias.

Estas assumem, em regra, a forma do *pacto de preferência*, podendo incluir no seu conteúdo a prestação de uma primeira assistência por parte do franquizador (fornecimento de todas as informações necessárias à conclusão do negócio, tais como: o volume de negócio previsto, custos, margens de lucro, etc.), a reserva de zona e quaisquer outros aspectos iniciais. Dada a natureza integrada e vertical da organização negocial que é o *franchise*, em regra o franquizador põe muito cuidado no fornecimento destas informações por elas poderem vir a beneficiar a concorrência através de conhecidos expedientes de espionagem económica.

A simples carta de intenção («letter of intent») pode ser usada. Porém, ela não traduz uma vinculação jurídico-contratual semelhante ao pacto de preferência.

De qualquer modo, neste contrato, como é próprio da sua causa-função, as partes devem definir claramente a sua natureza meramente preferencial, fixar o prazo dentro do qual é eficaz e a possibilidade da sua cessação no caso de não se verificarem as condições estabelecidas, ou até mesmo a sua livre denunciabilidade em qualquer momento e por qualquer das partes.

O contrato-promessa pressupõe uma fase mais adiantada e praticamente finalizada das negociações tendentes à celebração do contrato. Dado o carácter consensual do contrato de *franchising* (embora, pela sua complexidade, duração no tempo e importância dos interesses envolvidos, seja na prática sempre reduzido a escrito) por norma não carece da celebração de um contrato-promessa, bastando, por isso, o pacto de preferência.

2.4.2. *Análise de Cláusulas-padrão do Contrato de Franchising*

Muito embora não exista um contrato-tipo e cada rede adopte diferentes minutas, existem porém cláusulas que constituem *a estrutura mínima básica deste contrato*:

a) Para além da identificação completa das partes, deve desde logo indicar-se a marca, insígnia ou direito similar objecto do contrato e, bem assim, o número do seu registo nacional ou internacional. Por cautela, o franquizador deve registar localmente a marca, insígnia ou similar, salvo se beneficiar do registo internacional. Em Portugal, o registo é efectuado, como se sabe, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Ao contrário do que já sucede noutros países, entre nós a lei não prevê o registo do contrato.

b) No início deste trabalho, começou por se dizer que o *franchising* é, acima de tudo, um sistema de venda de bens ou serviços. Na verdade, para a sua boa compreensão é fundamental saber que aquela ideia de sistema traduz efectivamente a integração de cada franquiado numa rede de estabelecimentos comerciais que, se é certo que são independentes entre si sob o aspecto de exploração económica, se encontram intimamente ligados com a empresa-mãe, no que respeita à imagem perante o público e quanto às técnicas de organização do negócio e comercialização.

Vista a rede do exterior, aparece aos olhos do público como uma e única empresa, ou seja a empresa-mãe proprietária da marca, insígnia ou similar, dado que, desde os métodos organizacionais ao simples vestuário dos empregados, é igual em toda

a rede, encontrando-se esta frequentemente implantada em muitas dezenas de países e em centenas ou milhares de estabelecimentos (recorde-se, como exemplo, as redes de aluguer de veículos automóveis sem condutor, Avis e Hertz).

Deste modo, é essencial que no contrato se definam claramente as vinculações das partes relativamente à integração na rede e à conservação das experiências adquiridas pelo contacto entre o franquiado e a casa-mãe (são frequentes os cursos de formação e de reciclagem feitos nesta) e pelo contacto do franquiado com outros estabelecimentos da rede, cuja existência e localização deve conhecer bem.

A descrição precisa do objecto do contrato, isto é, em que consiste o negócio, e, sobretudo, a definição clara do circuito de aprovisionamento são fundamentais, o que implica uma detalhada referência à formação e composição de «stock», formulação de pedidos de encomenda, prazos de confirmação e de entrega e outros.

c) Os aspectos financeiros são regulados em detalhe e comportam, normalmente, cláusulas relativas à obrigatoriedade de pagamento de uma prestação inicial («initial fee» ou «front-money») por parte do franquiado. Este pagamento, a efectuar na data de assinatura do contrato, constitui a compensação do franquiador por colocar à disposição do franquiado a mais valia de um negócio estruturado e com nome feito no mercado.

Diz também respeito aos encargos de preparação e treino do franquiado e do seu pessoal, à supervisão pelo franquiador das condições de operacionalidade e de conformidade do estabelecimento do franquiado com as características da rede, assistência de pré-lançamento e/ou pós-lançamento, publicidade, comunicações, recrutamento de pessoal e quaisquer outros aspectos em que o franquiador se envolva.

Por vezes, o «initial fee» ou «front-money» não assume a natureza de um pagamento em favor do franquiado, mas apenas uma caução por depósito feita pelo franquiado com o objectivo de constituir uma garantia para o franquiador relativamente à duração do contrato por um período mínimo de tempo. Mas também cláusulas relativas a prestações periódicas («continuing fees»

ou «royalties») são fixadas no contrato. Usam-se normalmente sob três modalidades. O franquiado paga ao franquiador:

- uma prestação com base no valor de vendas que o franquiador lhe efectuou;
- uma prestação fixa anual;
- uma percentagem sobre os lucros líquidos das vendas efectuadas pelo primeiro.

Por vezes, são estabelecidas cláusulas que permitam às partes optar, no decurso do contrato, por outro dos sistemas de pagamento diferente do que se processou até ao momento ou, ainda, pelo mais alto ou pela média dos valores de rentabilidade obtidos, mediante a consideração de mais de um sistema de cálculo das prestações contínuas a pagar.

Também as tarifas de serviços prestados pelo franquiador ao franquiado devem ser referidas no contrato.

d) A obrigatoriedade de organização de um estudo económico-tipo do investimento, do relatório, balanço e contas de exploração e de outros documentos de contabilidade é frequentemente prevista nos contratos.

e) A área territorial do contrato e a fixação de regime de exclusividade. Na verdade, o franquiador deve obrigar-se a não instalar ou contribuir para que não sejam instalados outros pontos de venda na área do contrato. Também deve ficar referido se o produto ou os serviços podem ou não ser distribuídos ou prestados na área do contrato, mas através de outra forma de comercialização que não seja o *franchising* (venda directa ou por agentes ou distribuidores, etc.). É frequente o contrato prever o cumprimento de um código de boa conduta, nomeadamente nas relações entre franquiados, e do respeito pela área territorial de cada um.

f) A duração do contrato, condições de renovação e de cessação.

Na maior parte dos contratos está prevista uma duração determinada que, em regra, é fixada entre 5 e 9 anos, muito embora

seja muito variável, nomeadamente quando o *franchising* requer um investimento avultado como sucede na hotelaria ou no *franchising* industrial.

A indicação das causas de cessação do contrato, mesmo que exemplificativa, é conveniente que seja incluída no mesmo, dada a necessidade de lhe conferir certeza e estabilidade.

g) A obrigatoriedade, as modalidades e a periodicidade da formação profissional, inicial e posterior, deve ser também estabelecida, mediante a realização periódica de cursos, estágios, seminários, etc.. A sua duração e, bem assim, a repartição dos custos respectivos, devem igualmente ficar estabelecidas.

h) As modalidades e a distribuição de encargos com a publicidade. Em geral, a publicidade nacional, e até mesmo a regional, é feita pelo franquizador e de sua conta. A publicidade local é, por sua vez, em regra, de conta do franquiado. A periodicidade da publicidade, a mensagem publicitária, etc., são normalmente estabelecidas pelo franquizador.

2.4.3. *Responsabilidade do Franquizador pelos Actos do Franquiado. Responsabilidade do Franquizador por Produtos Defeituosos*

Como já se disse, o *franchising* traduz-se, nas relações internas, pela independência económica e jurídica entre o franquizador e o franquiado. Porém, perante terceiros, surge como um único negócio com vários pontos de venda que integram a rede.

Muito embora o *franchising* preveja um conjunto de cláusulas que conferem um carácter particularmente íntimo entre o franquizador e o franquiado (o que pode ir ao ponto, por exemplo, de depender do acordo do primeiro a cessação de contratos de trabalho celebrados com empregados do segundo, bem como restrições de distribuição de dividendos ou lucros e obrigatoriedade de reinvestimento, preços de venda e margens de lucro, organização de contabilidade, etc.) o certo é que, nos sistemas de direito românico, apenas o franquiado é responsável pelos seus actos.

Tal já não sucede com essa clareza e segurança no sistema anglo-saxónico, em cuja jurisprudência há casos de responsabilização do franquizador por actos do franquiado baseados em doutrinas semelhantes às que no nosso direito responsabilizam o comitente por actos do comissário. No Direito português, apenas nos parece que o franquizador possa ser responsabilizado por actos do franquiado em situações de responsabilidade aparente ou, em geral, nos casos que justificam a tutela da confiança de terceiros. Simplesmente, trata-se de casos em que o próprio franquizador praticou actos perante terceiros que, de algum modo, o envolvem numa relação obrigacional nas condições referidas. Não será esse o comportamento corrente e normal do franquizador perante os clientes do franquiado que, por deter personalidade própria e por praticar os actos obrigacionais em seu próprio nome, não pode juridicamente envolver o franquizador que não é parte nas relações contratuais daquele.

No Direito anglo-saxónico, a propósito do *franchising*, existe também jurisprudência formada a partir da doutrina do «promissory estoppel» que, de modo semelhante às nossas doutrinas de protecção da confiança do terceiro de boa fé, pode envolver o franquizador em responsabilidades por actos relativos ao negócio do franquiado se aquele, efectivamente, cometeu actos que, de boa fé e razoavelmente, façam ou devam fazer presumir a sua responsabilização.

A responsabilidade do produtor (no caso o franquizador ou o franquiado, conforme se trate de *franchising* comercial ou industrial) por produtos defeituosos encontra-se regulada na Directiva de 25 de Julho de 1985, que Portugal está obrigado a implementar na ordem interna, tal como os restantes países membros da C.E.E., mas que ainda não sucedeu, até ao momento, no que respeita ao nosso País.

Em princípio, competirá à parte que dirige o processo de fabricação a responsabilidade pelos defeitos do produto, salvo se provar tratar-se de um defeito de concepção por que seja responsável outrem.

Tal sucede, por exemplo, nos casos em que o franquizador cede a sua marca, o seu *know-how* e demais processos de fabrico ao franquiado para este efectuar a produção, mas a responsabi-

lidade pelo defeito é causada por um erro de concepção imputável ao franquiador.

2.4.4. *O Contrato de Franchising como Instrumento de Promoção do Auto-financiamento*

O *franchising* constitui um instrumento jurídico que permite ao franquiador conceder a outrem a autorização da sua marca, insígnia ou similar, acompanhado ou não da venda do produto por si produzido, com um objectivo: a sua rentabilização.

Assim, quer através do recebimento da prestação inicial («initial fee» ou «front-money»), quer das prestações subsequentes («continuing fee» ou «royalty»), obtém meios financeiros que lhe permitem reinvestir no sistema, melhorando-o, incrementando a criatividade e a inovação tecnológica, a publicidade ou por alguma outra forma dinamizando e expandindo a rede.

Esses meios permitem-lhe afirmar-se rapidamente no mercado, criando uma rede que, por si só, dificilmente conseguiria por outra forma a expansão que se verifica neste sistema.

Ao crescimento organizacional e à implantação no mercado deve corresponder a padronização da distribuição, com a economia de custos que isso representa. O franquiador empreende por isso esquemas de economia de escala, como sejam a criação de uma central de compras ou de controlo de produtos em «stock», a colocação em comum de serviços complementares que cobre a rede de franquiados, o fortalecimento, de modo significativo, do seu poder de intervenção perante os fornecedores, etc.. O franquiado deve estar, por isso, familiarizado e colaborar com o franquiador na prossecução destes objectivos.

2.4.5. *O Contrato de Franchising e as Questões de Concorrência*

A legislação e a jurisprudência comunitárias sobre a concorrência são dominantes nesta matéria, tanto mais que as nossas recentes disposições legais contidas no Decreto-Lei n.º 422/83,

de 3 de Dezembro, seguem-nas de perto, como não poderia deixar de ser.

Em 20 de Junho de 1980, a Comissão da CEE respondeu a uma pergunta, sobre questões de concorrência, colocada por um cidadão da comunidade, o Senhor Flash, e opinou dizendo que o Código Europeu de Conduta do *Franchising*, datado de 17 de Novembro de 1979 e publicado pela Federação Europeia de *Franchising* (e que foi adoptado por todas as associações nacionais em 28 de Janeiro de 1980) não continha cláusulas incompatíveis com os artigos 85.º e 86.º do Tratado de Roma.

Recentemente, em 28 de Fevereiro de 1986, o Tribunal de Justiça julgou o conhecido «caso Pronuptia» (caso n.º 161/84), tendo firmado a seguinte jurisprudência:

1. A compatibilidade de contratos de *franchising* com o artigo 85.º n.º 1 do Tratado de Roma só pode ser analisada caso a caso, pois depende da especificidade das suas cláusulas e do contexto económico em que se inserem;

2. As cláusulas tidas por indispensáveis para garantir a protecção do *know-how* contra a concorrência, como também as cláusulas que prevêm formas de protecção da integridade e da imagem da cadeia de *franchising*, não violam o artigo 85.º n.º 1;

3. As cláusulas que estabelecem uma repartição do mercado entre o franquiador e o franquiado constituem uma restrição de concorrência, tal como se encontra regulada no artigo 85.º n.º 1, uma vez que afectem o comércio entre os Estados membros;

4. As meras sugestões ou indicações de preços de revenda das mercadorias, dadas pelo franquiador ao franquiado, não constituem restrição da concorrência, desde que elas não representem uma prática concertada entre ambos, ou entre franquiados, destinada à fixação de preços (7);

(7) Sobre esta matéria da indicação de preços, ver, no direito interno português, o artigo 13.º n.º 1 alínea a) e o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

5. O Regulamento n.º 67/67, de 22 de Março, não é aplicável aos contratos de distribuição em regime de *franchising*, uma vez que tem em vista simples contratos de venda em exclusivo que, por isso, somente contêm obrigações de compra e venda e não elementos característicos do contrato de *franchising*, tais como a protecção da imagem, a transferência de *know-how*, os sistemas de fiscalização, o pagamento da prestação inicial («initial fee» ou «front-money»), etc..

Após esta decisão ter sido proferida, tem sido aguardada a regulamentação do *franchising* pelos órgãos comunitários, nomeadamente a indicação dos casos que podem beneficiar das excepções previstas no artigo 85.º n.º 3 do Tratado de Roma, que aliás tem tradução equivalente no artigo 15.º, n.º 1, do nosso Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro ⁽⁸⁾.

Uma referência especial e última deve ser feita aos denominados contratos de distribuição de tipo selectivo («selective distributionship agreements»), que tanto pode respeitar aos contratos de distribuição em geral como ao de *franchising*.

A distribuição é selectiva quando utiliza em exclusivo certos distribuidores que somente vendem a comerciantes que se revelam especialmente qualificados.

Neste domínio, e dentro destes limites, tem sido entendido que a simples especialização do comércio em função de determinadas características especiais dos comerciantes não constitui,

⁽⁸⁾ Sobre questões de concorrência no domínio da legislação comunitária, para além das disposições contidas nos artigos 85.º e segs. do Tratado de Roma, por várias vezes declarados de aplicabilidade directa pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, pode ver-se igualmente o Regulamento n.º 17/62, de 6 de Fevereiro, que pela primeira vez regulamentou as disposições do arts. 85.º e 86.º do Tratado, o Regulamento n.º 19/65 do Conselho, de 2 de Março de 1965, que atribui à comissão competência para declarar as disposições do art. 85.º n.º 1 que seriam inaplicáveis a certas espécies de contratos e práticas concertadas relativas a contratos de distribuição em regime de exclusivo, e o Regulamento n.º 67/67, de 22 de Março, que regula especificamente e de forma global este tipo de contratos de distribuição. São igualmente de assinalar, neste domínio, o Regulamento n.º 1983/83 e o Regulamento n.º 1984/83.

só por si, prática restritiva da concorrência para os fins do art. 85.º n.º 1 do Tratado de Roma.

Todavia, esta disposição tem sido considerada violada quando se verifique a imposição de outras condições que de algum modo afecte o livre comércio entre os Estados membros, salvo se tais condições conduzirem à racionalização das vendas e ao melhoramento dos circuitos de distribuição, com a correspondente reserva, para os utilizadores de tais bens ou serviços, de uma parte equitativa do benefício daí resultante ⁽⁹⁾.

Deste modo, os sistemas de distribuição selectiva que proíbem o distribuidor de exportar ou reexportar os produtos por si adquiridos do produtor ou de outro distribuidor (grossista) para um seu cliente existente noutro país, não se limitando por isso a efectuar a proibição de vendas a distribuidores não autorizados, têm sido entendidos como restritivos da concorrência ⁽¹⁰⁾.

Por fim, sempre que a selectividade da distribuição se verifica por via de limitações quantitativas impostas ao distribuidor, sem obediência a critérios excepcionais de qualificações profissionais, os contratos celebrados nessas condições também têm sido considerados inválidos, salvo se tais limitações visarem outros propósitos igualmente excepcionais à face do artigo 85.º n.º 3, nomeadamente a celebração de contratos de distribuição em regime de exclusivo e desde que eles sejam necessários à protecção da imagem do produtor e/ou para permitir uma penetração mais racional e qualificada no mercado.

⁽⁹⁾ Vide a consagração desta excepção, relativamente a práticas em princípio restritivas da concorrência, no artigo 85.º n.º 3 do Tratado de Roma e artigo 15.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

⁽¹⁰⁾ Decisão da Comissão de 23 de Dezembro de 1977, a propósito das restrições de não exportação pela BMW Belgium BV efectuada a distribuidores belgas.

3. A ORGANIZAÇÃO DO NEGÓCIO. A REDE «FRANCHISING»

3.1. *O Franquiador e a sua Contribuição para o Negócio*

3.1.1. *O Package*

O denominado *package* constitui um instrumento indispensável nas relações entre o franquiador e franquiado.

Efectivamente, o franquiador pode ser produtor ou até mesmo um simples distribuidor grossista ou um prestador de serviços, mas uma coisa é certa: tem de possuir um determinado método e um *know-how* que lhe permita lançar a sua própria rede, a qual deve, por isso, poder traduzir-se numa linha uniforme de comportamentos e de imagem por toda a parte em que se encontra implantada.

O *package* é a bíblia do franquiador, pois integra todo o *know-how* que se torna imprescindível transmitir aos franquizados da rede, por forma a lançar e estruturar esta em bases uniformes. Comporta, em regra, os seguintes instrumentos:

- *Manual de vendas* (também chamado manual de negociações), que contém toda a argumentação comercial com que o franquiador se apresenta ao candidato a franquiado e permite a este obter um conjunto de informações iniciais necessárias sobre a rede antes de tomar a decisão de aderir;
- *Manual de normas gráficas*, que diz respeito à melhor forma de utilizar e fazer rentabilizar a marca, insígnia, etc. (imagem, cor e outras características externas) perante o público;
- *Manual de decoração-tipo*, que contém as normas relativas à decoração ou ao arranjo das instalações, nomeadamente sobre as decorações de interiores e de vitrinas, as cores utilizáveis no estabelecimento, o modelo e as cores do vestuário do pessoal, mesmo por vezes a indicação da própria intensidade da luz a utilizar naquele, etc.;

- *Manual de procedimento* («operating manual»), que contém as normas relativas à uniformização de procedimento, por forma a conferir coesão organizativa e operacional à rede, tais como no domínio dos procedimentos comerciais e, designadamente, para permitir acelerar a rotação de «stock» ou a rapidez de entrega das mercadorias adquiridas pelo cliente, etc.. Igualmente este manual comporta normas sobre procedimentos administrativos dentro da rede, léxicos e outros. Também inclui, em regra, informações sobre procedimentos em matéria de publicidade e de relações com a imprensa;
- *Manual económico-financeiro*, que é relativo à organização da contabilidade. Efectivamente, o balanço e a conta de exploração devem estar perfeitamente organizados e claros, de modo a que as relações entre as partes possam desenvolver-se correctamente. Assim, nele se contém, entre outras, referências à forma de organizar a conta de exploração-tipo, a conta de exploração previsionial (o médio prazo para a exploração), o orçamento, balancetes e documentação estatística;
- *Manual jurídico*, que comporta todos os documentos-tipo de natureza jurídica, quer sejam contratos, quer sejam simples normas ou códigos de deontologia. Comporta, em regra, as minutas do contrato de reserva de zona (ou seja, a carta de intenção de possível constituição futura de uma relação contratual de *franchising*), pacto de preferência, o contrato de *franchise*, o contrato de *sub-franchise*, o código de usos dos franquizados, o regulamento interno do conselho consultivo da rede, etc..

3.1.2. O Ponto de Venda Inicial

O ponto de venda inicial, que os franceses designam por «pilote», constitui a unidade organizacional de vendas-mãe que é dirigida pelo franquizador. Digamos que constitui a unidade central e nuclear do funcionamento comercial da rede.

Como é óbvio, do seu bom funcionamento e da sua estratégia depende a eficácia da rede.

É nela que se elabora e a partir dela que se divulga todo o *know-how* do sistema, que se inicia o circuito comercial, industrial ou de prestação de serviços que é objecto da actividade da rede, se efectua o estudo macro-económico do mercado, se definem e concretizam as actuações necessárias à introdução de alterações ou outras transformações no sistema e, em suma, se iniciam todas as operações da rede.

3.1.3. *Os Direitos de Propriedade Industrial do Franquiador*

Tal como já foi antes dito, o mais importante de todos os direitos que o franquiado adquire através do contrato, e por certo período limitado de tempo, é o direito de uso da marca, insígnia ou similar pertencente ao franquiador.

Assim, quer a escolha da marca, insígnia ou similar, quer a sua protecção, constituem um aspecto essencial da rede. Na verdade, elas devem ser diferentes de outras existentes e estão sujeitas a registo de propriedade industrial por forma a protegê-las, simultaneamente, no maior número de países.

Também as invenções que fazem parte da rede devem ser patenteadas e garantida a sua protecção através de registo internacional.

3.2. *O Franquiado e sua Contribuição para o Negócio*

3.2.1. *A Independência Jurídica do Franquiado; a sua Dependência Económica Relativa*

A garantia de independência jurídica do franquiado é uma condição essencial no seu relacionamento com o franquiador, sem prejuízo de este poder livremente participar como sócio no capital de empresa do franquiado. Porém, sob o ponto de vista económico, o franquiado está, pelo menos em termos relativos,

isto é, quanto ao circuito comercial, economicamente dependente do franquizador, já que mais não seja na grande maioria dos casos em que o franquiado apenas comercializa os produtos e serviços do primeiro.

Só nesta medida, mas também devido à plena integração do franquiado dentro da disciplina de procedimentos da rede, se pode falar na sua dependência económica. Adiante se realçará esta integração na disciplina de grupo.

3.2.2. *A Formação Inicial e a Formação Permanente*

Este requisito da formação melhor será enquadrá-lo nos contributos de ambas as partes para o negócio e não apenas por parte do franquiado.

Assim, o franquizador organiza, em regra, cursos de formação inicial e permanente dos franquiados e de auxiliares deste, por forma a introduzi-los no mais ou menos complexo sistema da rede, através de conferências, colóquios, seminários, visitas a pontos de venda da rede, etc..

É frequente a distribuição pelo franquizador de um manual de serviço («operating manual»), já antes referido, que contém as informações mais importantes sobre a organização e funcionamento do negócio, assegurando, simultaneamente, a padronização de métodos entre todos os membros da rede.

3.2.3. *As Relações Permanentes com o Ponto de Venda Inicial (central) e o Apoio Logístico*

Para além da formação, estas relações constituem uma das principais vantagens da rede sobre qualquer outro sistema de distribuição, pois permite evitar que os distribuidores se sintam isolados do sistema, conferindo-lhes, ao invés, um apoio logístico com um alcance e um significado desconhecido nos sistemas clássicos.

3.2.4. *Os Direitos de Território*

O respeito pela área territorial definida no contrato é uma obrigação nuclear do franquiado, que ele se vincula a cumprir como condição de bom funcionamento do negócio, sob pena de concorrer com outros franquiados dentro do mesmo país, quando não dentro da mesma cidade.

Assim, cada zona encontra-se bem delineada, constituindo falta grave e, de facto, inconcebível no espírito deste contrato, a de um franquiado invadir por alguma forma a área territorial de outro franquiado da rede.

É frequente o aparecimento de cláusulas proibindo o estabelecimento de mais de um ou de um certo número de pontos de venda da mesma área territorial, em obediência a estratégias bem definidas de mercado, nomeadamente para evitar que o franquiado possa concorrer consigo próprio, reduzindo assim a eficácia da sua actividade.

3.2.5. *O Compromisso de Não Concorrência*

Como regra geral, o franquiado obriga-se a não exercer senão a actividade prevista no contrato e segundo as indicações do franquiador.

Contudo, nada impede o estabelecimento de cláusulas permitindo o exercício da actividade do contrato através de sub-franquiados.

3.2.6. *O Respeito pela Imagem da Marca e o Dever de Vigilância na sua Protecção*

Como já se viu atrás, o respeito pela marca, insígnia ou similar constitui um ponto primordial. Em regra, ela é fruto da qualidade do produto ou do serviço prestado ao público e da publicidade, implicando não raras vezes importantes aplicações de capital.

Uma vez que o franquiado é beneficiado com ela, é elementar que deva obrigar-se a não a prejudicar e até mesmo a promovê-la.

Simultaneamente, o contrato exige-lhe, em regra, que a proteja perante imitações ou outras formas de concorrência desleal.

3.2.7. *O Fornecimento das Instalações Industriais e o Investimento Inicial*

É o franquiado que deve efectuar as despesas de instalação.

No *franchise* industrial, esse investimento inicial tem a ver com a aquisição de equipamento fabril indispensável à fabricação do produto patenteado pelo franquiador, a escolha do local onde esse equipamento deve ser instalado, e podem igualmente pré-definir-se aspectos relativos às qualificações do pessoal fabril e técnico, à sua formação pelo franquiador, etc..

No *franchise* de distribuição, o investimento inicial tem a ver com a escolha do local, em regra de comum acordo com o franquiador, a sua decoração, aquisição de equipamento a instalar, compra de «stock» mínimo inicial, normalmente em conformidade com o «package», etc..

3.2.8. *Cláusulas Financeiras*

A prestação inicial («initial fee» ou «front-money»), as prestações contínuas («continuing fees» ou «royalties»), cláusulas de rentabilidade mínima («minimum royalty payments») constituem também cláusulas financeiras habituais nos contratos desta natureza.

Na verdade, uma vez instituído um ponto de venda da rede e pagas pelo franquiado as prestações iniciais, nem por isso ele fica, em regra, desobrigado do pagamento de outras prestações que acompanham a vigência do contrato.

O franquiado beneficia continuamente de direitos de propriedade industrial conhecidos, tira proveito de toda a promoção contínua nacional e internacional que a rede proporciona à sua valorização, através de meios de publicidade que dificilmente poderiam estar ao seu alcance, e tem acesso permanente à formação e a todos os benefícios de apoio do sistema instituído.

Estas são razões que justificam que o franquiado deva pagar uma prestação proporcional ao volume de vendas ou com referência a outros factores. Por isso, são normais os contratos contendo cláusulas desta natureza e segundo modalidades de cálculo já atrás referidas (ver 2.4.2., alínea c)).

3.2.9. *Publicidade*

O financiamento da publicidade local é, normalmente, atribuído ao franquiado, enquanto o franquizador se encarrega da publicidade regional, nacional ou internacional.

3.2.10. *A Disciplina de Grupo*

A submissão a um método e disciplina de grupo é uma característica essencial do estatuto jurídico do franquiado. Na verdade, o sistema baseia-se essencialmente na confiança e na cooperação entre todos os membros da rede, em estreita ligação com a casa-mãe.

Surge assim o *espírito de grupo*, quer dizer, uma interdependência que motiva uma interligação e disciplina fundamentadas em interesses comuns muito importantes para todos os membros.

Cada franquiado deve seguir estritamente os métodos e normas estandarizadas de fabricação, de distribuição e de apresentação do produto, bem como as relativas à publicidade e outras, que lhe são especificadas pelo franquizador e vigoram uniformemente dentro de toda a rede.

O franquiado deve, igualmente, estar atento às inovações verificadas em todos os domínios de acção da rede, quer no domínio industrial, quer no campo comercial, nos circuitos financeiros, no «marketing», publicidade, etc.. Por isso, deve revelar disponibilidade constante para participar em estágios, cursos, seminários, que sejam organizados pelo franquizador, nos quais adquirirá ou aperfeiçoará os seus conhecimentos do negócio, como também transmitirá a sua experiência positiva e negativa adquirida.

Por forma a incrementar o espírito do grupo, são conhecidos clubes ou associações de *franchising*, que incluem ou não a participação do franquizador e promovem reuniões periódicas dos seus membros.

3.2.11. *Seguros e Incentivos*

Esquemas de distribuição de encargos relativos a prémios de seguro, sobretudo concernentes a responsabilidade civil emergente de produtos defeituosos, são também, por vezes, regulados nos contratos.

Do mesmo modo, no que respeita a incentivos ao investimento concedidos pelo franquizador aos franquizados que conseguem realizar determinados objectivos da política económica da rede.

Por outro lado, seguros destinados a garantir o recebimento das prestações devidas pelo franquiado ao franquizador podem ser igualmente incluídos no contrato.

4. TERMO DO CONTRATO

4.1. *Formas de Cessação do Contrato*

O contrato de *franchising* é naturalmente susceptível de terminar pelas formas comuns a qualquer outro contrato. Dada a sua natureza atípica, as partes gozam da faculdade de livremente regularem no contrato os factos que podem originar a sua extinção, ressalvadas as exigências de boa fé e outras disposições imperativas da lei.

Como se sabe, as formas de extinção contratuais são a resolução, o distrate, a caducidade e a denúncia.

A *resolução* ocorre nas situações previstas na lei ou no próprio contrato, principalmente nos casos de incumprimento imputável a qualquer das partes.

No *franchising* são habitualmente convencionados, como factos capazes de motivar a resolução: o não cumprimento de determinadas obrigações que sejam essenciais à caracterização e funcionamento do sistema, e a modificação do «intuitu personae», que é um elemento importante neste tipo de contrato.

O *distrate* corresponde à revogação do contrato, o que exige o mútuo acordo das partes.

A *caducidade* reporta-se a um facto, determinado pela lei ou pelas partes, para extinguir o contrato.

Finalmente, a *denúncia* ocorre quando, não estando estipulado prazo de duração do contrato, qualquer das partes lhe ponha termo por sua própria decisão.

4.2. A Questão do Direito à Indemnização do Franquiado

Um aspecto de importância prática neste domínio da cessação do contrato é o relativo à questão de saber se, para além da indemnização nos termos gerais de direito quando os requisitos da lei geral estão preenchidos, pelo menos algumas formas de extinção do contrato dão origem a indemnizações ou compensações especiais (indemnizações de clientela, etc.); tanto mais que entre nós o Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, passou a prever indemnizações desta natureza em certos casos de cessação do contrato de agência ou representação comercial.

O *franchising* não é um contrato regulado na lei, daí que não seja possível responder a esta questão nos termos em que ela está resolvida no contrato de agência.

Em regra, a matéria do direito à indemnização está prevista nos contratos, que são sempre escritos, dada a usual preocupação pela regulação do pormenor. Os contratos de *franchising* são acordados por períodos iniciais dilatados de tempo que, em regra, variam entre cinco e nove anos. Se é certo, assim, que as partes conhecem desde logo a temporalidade previamente acordada da relação contratual, não é menos certo que o franquiado investe normalmente significativas quantias, contrata pessoal e conquista mercado em benefício de si próprio e da marca.

Não concordamos por isso com a posição do Prof. Menezes Cordeiro, loc cit., pág. 83, segundo a qual no *franchising*, ao contrário do que sucede no contrato de agência, a clientela é angariada através da marca. Na verdade, se a marca pode ser mais impressiva para o público do que o nome do principal no contrato de agência, não é menos certo que pouca diferença existe, para além disso, entre o trabalho de angariação de clientela do agente e o do franquiado.

Na maioria dos casos, a rede *franchising* de nada valeria sem a parte dela constituída pelos inúmeros estabelecimentos pertencentes e explorados pelos franquiados. Efectivamente, são muitos os casos em que a contribuição do franquiador se resume praticamente à cedência do uso da marca ou do *know-how* (é o caso das redes de automóveis sem condutor e o do *franchising* industrial). Noutras situações em que o franquiador fornece o produto para comercialização não são raros os casos em que o franquiador não tem instalações industriais próprias, encomendando a sua fabricação a produtores estranhos à rede, limitando a sua acção ao lançamento desta, à comercialização e publicidade do produto. De tudo isto, quem faz sobretudo perdurar no tempo e alargar no espaço a projecção da marca é, sem dúvida, a actividade e o capital dos franquiados.

Por isso, a sua situação após o termo do contrato tem sido motivo de reflexão.

Nos Estados Unidos, vários estados publicaram legislação que prevê o direito a indemnização a receber pelo franquiado em caso de termo do contrato sem que tal tenha sido motivado por justa causa («good cause»), mesmo que não exista propriamente violação de contrato que origine indemnização nos termos gerais.

Em França, os tribunais e a doutrina têm querido proteger o franquiado e, à falta de lei especial sobre o contrato, tendem a aplicar-lhe extensivamente as normas relativas à cessação do contrato de distribuição ⁽¹⁾, uma vez que sustentam tratar-se no *franchising* de um modalidade deste contrato.

(1) Ver Guyenot «Concessionaires et Commercialisation des Marques», pag. 116 e segs. — Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris 1975.

Na Alemanha, tem-se notado tendência semelhante ⁽¹²⁾.

Na verdade, quer no contrato de agência, quer no contrato de distribuição em exclusivo, quer no de *franchising*, existe um factor comum que é o estabelecimento por eles instituído, e com ele, os clientes e o aviamento conseguido em benefício próprio, mas também da contraparte.

O prejuízo que os primeiros podem sofrer com a cessação do contrato que, normalmente, tem um longo tempo de vigência, é questão delicada que não pode ser resolvida senão por lei.

O contrato de agência tem entre nós a questão solucionada no Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, embora em termos muito apertados. O mesmo não sucede com o contrato de distribuição e o contrato de *franchising* pelas razões aduzidas de falta de regulamentação legal própria.

Tem-se sustentado, em França e na Bélgica, que é devida indemnização ao franquiado no termo do contrato, por se entender que o *franchising* comporta na sua estrutura elementos próprios de outros tipos de contrato. Deste modo, pelo princípio da absorção dos elementos menos preponderantes pelos de maior significado conclui-se que o *franchising* assume natureza primacialmente próxima do contrato de distribuição, passando a aplicar-se-lhe, por isso, o regime de indemnização previsto na lei em favor do distribuidor (*vide supra* a doutrina francesa). Entre nós, dado que a lei apenas prevê o direito a indemnização especial no contrato de agência, haja ou não motivo de resolução, a sua aplicação não parece possível ao *franchising*, dado que, mesmo comparando-o ao contrato de agência em que o agente dispõe de poderes de representação (cfr. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho), não tem elementos próprios do contrato de agência, uma vez que o franquiador actua sempre em nome e por conta própria.

Não estando entre nós tipificado o contrato de distribuição, igualmente não é possível qualquer analogia com este contrato susceptível de justificar o direito a uma indemnização ou com-

⁽¹²⁾ Ver Gross — Skaupy, «Franchising in der Praxis», Econ Verlag, Düsseldorf — Wien 1976.

penção em favor do franquiado, por ela também não ser devida no contrato de distribuição.

Valerão 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).

O seu campo de aplicação variará conforme se trate de um contrato de *franchising* estabelecido por período determinado de tempo ou por período indeterminado, hipótese esta que é rara como já antes dissemos.

Nos casos de contrato por tempo determinado e uma vez que as partes regularam antecipadamente o período de vigência da relação contratual, a aplicação correctiva das normas de boa fé valerá, primacialmente, em questões como o tempo mínimo razoável de pré-aviso de denúncia e sobre a validade de cláusulas que proíbem ou restringem o exercício pelo franquiado, após ter terminado o contrato, de actividade concorrente ou semelhante (13).

Nas situações de duração pré-indeterminada do contrato, a boa-fé pode ter aplicação, no que respeita à própria nulidade da denúncia, se não for estabelecida com razoável antecedência, tendo nomeadamente em atenção a duração efectiva do contrato e o direito a indemnização por violação das normas de boa fé resultante de situações de *venire contra factum proprium* ou de outras semelhantes.

(13) No Direito alemão, cláusulas restritivas deste tipo têm sido consideradas nulas, sempre que se revelem demasiado impeditivas da liberdade de actividade do cidadão e o franquiado não receba, terminado o contrato, qualquer indemnização ou compensação por esse facto, colocando-o a cessação do contrato numa situação financeira enfraquecida.

Esta conclusão resulta da aplicação da doutrina da boa-fé expressa, nomeadamente, no artigo 138 do BGB. As sentenças proferidas pelo Landesgericht de Berlim, de 25/4/1973, e pelo Kammergericht de Berlim, de 10/07/1974, consideram um contrato nulo por: não estar prevista nele qualquer indemnização consequente da sua cessação e, na prática, a possibilidade de o franquiador exercer qualquer actividade ter ficado reduzida a zero (citados por Gross-Skaupi loc. cit.).

Na lei italiana, existem também esboços de conclusões semelhantes por aplicação do artigo 2596.º do Código Civil (ver Zannelli «Il contratto di Franchising», pag. 57 do Trattato di Diritto Privato, vol. 11, tomo III, Turim 1984).

5. CLÁUSULAS-TIPO DO CONTRATO

Muito embora não exista um quadro-tipo do contrato, as matérias seguintes estão em regra sistematizadas num contrato de *franchising*:

A) *As partes*

- identificação do franquizador,
- identificação do franquiado,
- possibilidade de constituição de um sub-*franchising*.

B) *A Introdução*

- indicação da natureza e das principais características do franquizador enquanto empresa,
- idem, quanto ao franquiado.

C) *O Objecto do Contrato*

- indicação das marcas, insígnias e similares existentes que serão objecto do contrato, da sua titularidade, registo, da autorização e das condições da sua utilização pelo franquiado (nomeadamente, no seu estabelecimento e em veículos de serviço), da interdição da sua modificação, etc.,
- indicação da existência, se for o caso, de quaisquer fórmulas ou *know-how* original,
- definição dos direitos e obrigações de ambas as partes relativamente ao objecto do contrato,
- indicação das obrigações do franquiado relativas à aquisição dos conhecimentos necessários à exploração eficiente dos direitos concedidos pelo franquizador,
- referência a regras deontológicas a observar entre as partes e destas com terceiros, tal como outros franquiados, sub-franquiados e com os clientes e o público em geral

D) *Exclusividade Territorial*

- compromisso de ambas as partes de não acordar o estabelecimento a outras relações de *franchising* concorrentes na área geográfica do contrato, sem acordo da contraparte,
- compromisso de ambas as partes de não exercerem outras actividades na área (se o *franchising* for exclusivo, pois pode não assumir esta natureza),
- possibilidade de o franquiador e o franquiado exercerem na área uma actividade que não seja concorrente com o *franchising*.

E) *Área Geográfica do Contrato*

- definição da área,
- proibição de o franquiado exercer actividades fora dessa área ou mesmo qualquer forma de promoção do seu estabelecimento na zona territorial que não lhe pertence,
- definição de regras de convivência entre franquiados vizinhos.

F) *Obrigações do Franquiador*

- i) Licenciamento da marca, insígnia ou direito similar:
 - autorização, dada pelo franquiador, relativa à sua utilização e início de exploração,
 - medidas em caso de contrafacção.
- ii) Licenciamento da fórmula e/ou *know-how*:
 - autorização, dada pelo franquiador, do direito de utilização,
 - descrição da fórmula ou do *know-how*,
 - indicação dos manuais de procedimento,

- indicação dos meios de formação, épocas e lugares em que são ministrados e a sua duração,
- custo da formação e eventual participação em exclusivo do franquiador nesse custo,
- custos de deslocação e estadia do franquiado (que, em regra, são por si suportados),
- compromisso do franquiado em contribuir para a prestação de cursos de formação e de melhoramento e enriquecimento do *know-how* da rede.

iii) Assistência técnica:

- Estabelecimento e organização da central de vendas:
- condições de entrega e de expedição,
- concepção e execução da publicidade por parte do franquiador,
- organização e eventual repartição de encargos do orçamento anual da rede no que respeita a publicidade,
- o mesmo relativamente ao orçamento regional ou local,
- normas sobre organização e funcionamento dos meios informáticos da rede,
- o mesmo sobre *marketing*,
- assistência a prestar pelo franquiador ao franquiado, com carácter regular e periódico ou sempre que pedida, nos mais diversos aspectos não referidos acima, tais como no que respeita a gestão, assuntos administrativos, contabilísticos, estatísticos, económicos, jurídicos e outros,
- visitas do franquiador aos estabelecimentos do franquiado (de rotina ou a pedido deste sempre que necessário),
- condições de organização e de participação do franquiado em estágios de reciclagem de natureza técnica, comercial, administrativa ou de gestão,
- colocação à disposição do franquiado de toda a literatura técnica e outra disponível sobre a organização e funcionamento do negócio.

iv) Cláusulas de não-garantia do franquizador:

- especificação da sua eventual existência e âmbito, que pode dizer respeito à não garantia de colocação à disposição do franquiado, pelo franquizador, de *know-how*, assistência ou o próprio fornecimento do produto, a não ser conforme a disponibilidade momentânea ou o preenchimento de certas outras condições.

G) *Obrigações do Franquiado e do Sub-Franquiado*

g) *Obrigações do Franquiado*

- i) Pagamento do preço dos serviços prestados pelo franquizador, designadamente pelos benefícios proporcionados pela marca, insígnia ou direito similar, incluindo, se for o caso, uma única prestação inicial e as prestações periódicas posteriores.
- ii) Objectivos de Vendas.
- iii) Obtenção pelo franquiado de assistência técnica fornecida pelo franquizador.
 - anterior e em vista da abertura do estabelecimento funcionando em regime de *franchising*,
 - instalação,
 - subsequente ao lançamento,
 - relação com a imprensa,
 - após a abertura do *franchising*,
 - assistência presencial efectiva,
 - organização e participação em reuniões de formação regionais,
 - organização regional de publicidade.
- iv) Assistência técnica a prestar ao sub-franquiado.

v) Cláusulas de não-garantia do franquiado.

[podem versar sobre as mesmas matérias vistas em *F*) iv) relativamente ao franquiador, com a expressa referência ao facto de o franquiado poder não se obrigar a representar em exclusivo a marca, insígnia ou similar objecto de *franchise*, mas exercer igualmente outras actividades não concorrenciais, desde que permitidas no contrato].

vi) O «intuitu personae» do vínculo e, assim, a proibição imposta ao franquiado de efectuar a cessão da posição contratual, trespasse ou cessão de exploração do estabelecimento, sem autorização prévia do franquiador (É também corrente acordarem-se, sobretudo no *franchise* comercial, cláusulas desta natureza relativas à modificação do aspecto e organização do estabelecimento, venda de bens do activo imobilizado e outras que, de algum modo, afectem a caracterização e a operacionalidade do *franchise*, fazendo-as depender do acordo prévio do franquiador).

vii) Cláusula de não concorrência terminado o contrato.

viii) Cláusula de não divulgação do *know-how* e de outras informações relativas ao *franchising*.

ix) Cláusula sobre excedentes, terminado o contrato, ou sejam, condições de retoma da mercadoria não vendida, uma vez findo o *franchising*, obrigação de devolução dos manuais de serviço e outro material auxiliar ou de publicidade, etc.

x) Obrigações do franquiado perante o franquiador relativas ao sub-franquiado:

— garantia de boa execução do contrato pelo sub-franquiado, dada pelo franquiado ao franquiador,

- sua responsabilidade pelas faltas do sub-contratante,
- obrigação de informação permanente prestada pelo franquiado sobre as condições em que o sub-contrato está a ser executado.

g) Obrigações do Sub-Franquiado

- xi) Obrigações do sub-franquiado perante o franquiador:
 - a) condições do direito de uso da marca e demais direitos,
 - b) deveres relativos ao seu uso, nomeadamente afixação no estabelecimento, nos veículos de serviço, interdições de modificação gráfica ou outra, etc.,
 - c) pagamento pelo sub-franquiado do preço dos serviços prestados pelo franquiador e pelos benefícios proporcionados pela rede (em regra, sob condições semelhantes às que vinculam o franquiado ao franquiador, nomeadamente quanto à prestação inicial e às prestações subsequentes; para além deste pagamento, o sub-franquiado paga, normalmente, ao franquiado prestações próprias de cedência de mercadoria efectuada por este),
 - d) objectivos de venda, publicidade, etc.,
 - e) início da exploração, obrigatoriedade de ter abertos os postos de venda, comunicação de resultados comerciais e económicos e, no mais, cláusulas semelhantes às estabelecidas entre o franquiador e o franquiado.

- xii) Obrigações do sub-franquiado perante o franquiado.
 - a) prestação pecuniária de serviço (montante mínimo, periodicidade, prazo de pagamento, sanções pelo incumprimento e outras),
 - b) informação periódica dos resultados comerciais e económicos da exploração,

- c) duração do contrato; renovação,
- d) carácter «intuitu personae» do contrato e, assim, interdição de cessão da posição contratual, trespasse, cessão de exploração, sem autorização do franquiador e do franquiado,
- e) termo antecipado do contrato em caso de incumprimento ou por outras causas,
- f) cláusulas sobre excedentes, terminado o contrato,
- g) em regra, as demais cláusulas que vigoram entre o franquiador e o franquiado e que sejam aplicáveis, em similitude de situações, à relação jurídica estabelecida entre o franquiado e o sub-franquiado.

H) Outras Cláusulas

- i) Efeitos da cessação do contrato de *franchising*:
 - redistribuição dos direitos de exclusividade em função do território,
 - eventual direito a indemnização atribuído ao franquiado.
- ii) Cláusula sobre a lei aplicável e cláusula de jurisdição:
 - indicação da lei aplicável,
 - lugar do foro escolhido para dirimir eventuais litígios,
 - cláusula compromissória.
- iii) Início de vigência do contrato.
- iv) Cláusula sobre averbamento do contrato no registo internacional de marcas ou noutros registos locais, se os houver.

- v) Anexos ao contrato que, entre outros, poderão dizer respeito a:
- definição clara da área geográfica do contrato,
 - indicação dos manuais de procedimento disponíveis no momento,
 - plano de trabalhos do estágio inicial,
 - lista indicativa de preços em vigor dos produtos a adquirir ao franquizador,
 - definição prévia de critérios de cálculo dos preços futuros,
 - regulamento interno do conselho consultivo da rede,
 - regulamento do tribunal arbitral.

BIBLIOGRAFIA

- Adams — Pritchard: Franchising, Butterworth, Londres 1981.
- Frignani: Factoring, Franchising, Concorrenza, Ed. Giappichelli, Turim 1979.
- Giuffrè, Milão 1978.
- Glickman: Franchising, Matthew Bender, Nova Iorque 1978, 2 vols.
- Gross-Skaupy: Franchising in der Praxis, Econ Verlag, Düsseldorf-Viena 1976.
- Kahn: La franchise — Guide du candidat franchisé, Dalloz, Paris 1982.
- Leloup: La franchise, Delmas & Cie, Paris 1983.
- Franchising in Novissimo Digesto Italiano, UTET, Turim 1980.
- Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese im Nuovi tipi contrattuali e tecniche di radazione nella pratica commerciale — Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, Milão 1978
- IL contrato di franchising — Trattato di diritto privato ed. Rescigno, vol. 11, Obbligazioni e contratti, Tomo III, UTET, Turim 1984.
- Martin Mendelsohn:
 - The guide to Franchising
 - How to Evaluate your Business
 - The Ethics of Franchising, editado pela British Franchising Assotiation
- Martin Mendelsohn and David Acheson:
 - How to Franchising your Business, Stoy Hayward, Londres.
- The Journal of International Franchising & Distribution Law, Londres