

DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

1. Os contratos de distribuição

I. Qualquer economia moderna assenta numa divisão de funções e de tarefas.

Designadamente: o fabricante de bens terá, em princípio, aptidões industriais; mas não comerciais. Por seu turno, no próprio campo da comercialização, haverá agentes económicos grossistas e, separadamente, retalhistas: aqueles que têm contacto mais estreito com o público, designadamente com os pequenos consumidores privados.

Os circuitos económicos de distribuição dos bens, desde o produtor e até ao consumidor final são dobrados por esquemas jurídicos destinados a legitimá-los, fixando os direitos e os deveres das partes envolvidas. Trata-se, *grosso modo*, dos contratos de distribuição ⁽¹⁾.

II. Os diversos códigos comerciais não têm autonomizado os contratos de distribuição, regulando-os. Muitos deles, de resto,

⁽¹⁾ Em especial e com indicações, cf. KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5.ª ed. (1999), 705 ss. e GERRICK VON HOYNINGEN-HUENE, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, I, §§ 1-104 (1996), 930 ss..

correspondem a figuras relativamente recentes, de inspiração norte-americana ⁽²⁾.

Abrem-se, assim, lacunas, que vêm sendo colmatadas:

- ou por recurso à analogia, com base nas escassas normas efectivamente existentes;
- ou com base em cláusulas contratuais gerais, devidamente sindicadas pela prática.

Vários são, de todo o modo, os esquemas contratuais possíveis, típicos ou atípicos. Impõem-se, pois, algumas distinções.

III. A comercialização dos bens e a sua distribuição, na sociedade, pode ser feita de forma directa ou indirecta. Assim ⁽³⁾:

- *distribuição directa*: o bem passa directamente do produtor ao consumidor, ainda que através de agentes, de comissários ou de mediadores;
- *distribuição indirecta*: o bem atravessa ainda várias fases, passando do produtor ao grossista, do grossista ao retalhista e do retalhista ao consumidor final.

Por seu turno, a distribuição indirecta pode ser integrada ou não-integrada. Mais precisamente:

- *distribuição indirecta integrada*: existe uma coordenação entre a produção e a comercialização, de tal modo que o distribuidor é integrado em circuitos próprios do produtor, sujeitando-se, eventualmente, às suas directrizes;
- *distribuição indirecta não-integrada*: não há tal coordenação; os distribuidores actuam sem concertação com os produtores.

⁽²⁾ Cf., numa perspectiva comparatista, WULF H. DÖSER, *Anglo-amerikanische Vertragsstrukturen Vertriebs-, Lizenz- und sonstigen Vertikalverträgen*, NJW 2000, 1451-1455.

⁽³⁾ Por todos: ORESTE CAGNASSO, *Concessione di vendita, no Digesto delle discipline privatistiche / Sezione commerciale*, vol. III (1990), 220-229 (221). Entre nós, MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial* (1990), 1 ss..

IV. A distribuição indirecta integrada pressupõe, em regra, a celebração, entre os interessados e, designadamente, entre o produtor e os distribuidores, de adequados instrumentos contratuais.

A doutrina especializada aponta quatro tipos de situações jurídicas possíveis ⁽⁴⁾:

- a agência;
- a concessão;
- a franquia;
- a livre organização de cadeias

Nesta última hipótese, não há instrumentação contratual que estructure a articulação entre produtor, distribuidores e retalhistas. Quanto às outras, cumpre fazer a distinção.

V. O *contrato de agência*, cujo regime foi, entre nós, codificado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril, vem definido como ⁽⁵⁾:

(...) contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por contra da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.

A noção portuguesa de agência foi inspirada no artigo 1742.º do Código Civil italiano. Compreende-se, também, por isso, o relevo, entre nós, da doutrina italiana, no conhecimento do instituto

⁽⁴⁾ Cf. KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5.ª ed. cit., 710 ss. e VON HOYNINGEN-HUENE, *Münchener Kommentar* cit., 930-931. Uma sequência semelhante pode ser confrontada em CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 23.ª ed. (2000), 317 ss.. Vide, ainda, PETER JUNG, *Handelsrecht*, 2.ª ed. (1999), 121 ss., HARTNUT OETKER, *Handelsrecht*, 2.ª ed. (1999) e PAUL HOFMANN, *Handelsrecht*, 10.ª ed. (2000), 171 ss., bem como o diagrama de EUGEN KLUNZINGER, *Grundzüge des Handelsrechts*, 11.ª ed. (2000), 62.

⁽⁵⁾ Artigo 1.º/1 do Decreto-Lei n.º 178/86, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 118/93; cf. PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência — Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 3.ª ed. actualizada (1998), 35, CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência* (1994) 12 e *Sobre o contrato e agência* (1991), 16 ss. e MARIA HELENA BRITO, *O contrato de agência*, em *Novas perspectivas do Direito comercial*, org. Faculdade de Direito de Lisboa / Centro de Estudos Judiciários (1988), 105-135 (114).

e dos aspectos que lhe são conexos ⁽⁶⁾. Um especial afinamento vem-nos, igualmente, da doutrina alemã: esta tem, além disso, um papel liderante na conformação das regras comunitárias ⁽⁷⁾.

VI. O *contrato de concessão* é um contrato atípico e inominado e que tem sido definido como aquele no qual uma pessoa — o concedente — reserva a outra — o concessionário — a venda de um seu produto, para revenda, numa determinada circunscrição ⁽⁸⁾. Dado o seu papel no presente estudo, abaixo se dedicará um maior desenvolvimento a esta figura contratual.

VII. Por fim, no *contrato de franquia (franchising)*, uma pessoa — o franqueador — concede a outra — o franqueado — a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos de fabrico e técnicas empresariais e comerciais, mediante contrapartidas ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Quanto aos antecedentes da situação actualmente existente em Itália, cf. ALDO FORMIGGINI, *Il contratto do agenzia*, 2.^a ed. (1958), 1 ss.. Entre as obras actuais, cumpre citar ENRICO ROTONDI, *Il contratto di agenzia nella giurisprudenza* (1989) e AUGUSTO BALDASSARI, *Il contratto di agenzia* (1992).

⁽⁷⁾ Referimos: WOLFRAM KÜSTNER, *Das neue Recht des Handelsvertreters*, 3.^a ed. (1997), JÜRGEN EVERS/KURT VON MANTEUFFEL, *Inhaltskontrolle von Handelsvertreterverträgen* (1998) e, em especial, KLAUS J. HOPT, *Handelsvertreterrecht / §§ 84-92 c. 54, 55 HGB*, 2.^a ed. (1999). Coligindo elementos sobre diversos países, cf. HERBERT STUMPT, GUDRUN FICHNA e JÜRGEN DIRCKS, *Internationales Handelsvertreterrecht*, 4.^a ed. (1986); quanto a Portugal (bastante elementar; cf., aí, 364-369). Mais desenvolvida e actualizada é a obra maciça (1200 pp.) de FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN (org.), *Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz* (1995); cf., aí, o trabalho de RALPH STOCK sobre Portugal, 981 ss., já com alguma dimensão.

⁽⁸⁾ Cf. MANUEL J. G. SALVADOR, *Contrato de mediação* (1964), 244-245.

⁽⁹⁾ Trata-se da noção proposta por MENEZES CORDEIRO, *Do contrato de franquia ("franchising"): autonomia privada versus tipicidade negocial*, ROA 1988, 63-84 (67), onde se pode confrontar a bibliografia existente na época. Trata-se duma noção bastante pacífica: cf., hoje, GIANMARIA GALIMBERTI, *Il franchising* (1991), 15, WALTER SKAUPY, *Zu den Begriff "Franchise", "Franchisevereinbarung" und "Franchising"*, NJW 1992, 1785-1790 (1785), EIKE ULLMANN, *Die Verwendung von Marke, Geschäftsbezeichnung und Firma im geschäftlichen Verkehr, insbesondere des Franchising*, NJW 1994, 1255-1262 (1255-1256) e VOLKER EMMERICH, *Franchising*, JuS 1995, 761-764 (761). De notar que, embora conservando um certo sabor de novidade, o contrato de franquia já é, na actualidade, uma figura experimentada; cf. VINCENZO BUONCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, RDCiv XLI (1995), 1-41 (33).

O contrato de franquia tem sofrido uma evolução: enquanto, numa primeira fase ⁽¹⁰⁾, a franquia implicava, no essencial, uma autorização para usar certas normas e insígnias ⁽¹¹⁾, ela tem vindo, mais recentemente — pelo menos nalgumas das suas modalidades — a implicar investimentos e publicidade a cargo do franqueador ⁽¹²⁾. Aproxima-se, assim, da agência.

2. O perfil da concessão

I. O contrato de concessão apresenta, dentro dos contratos de distribuição, um perfil característico.

À partida, ele opera em áreas que exigem investimentos significativos e que o produtor dos bens ou serviços a distribuir não queira ou não possa, ele próprio, efectuar ⁽¹³⁾. Corresponde, pois — pelo menos tendencialmente — a esquemas destinados a distribuir produtos de elevado valor, com exemplo clássico nos veículos automóveis ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ Trata-se da situação que motivou o nosso estudo de 1988, citado na nota anterior.

⁽¹¹⁾ Cf. HERBERT GROSS e WALTHER SKAUPY, *Das Franchise-System / Neue Vertriebswege für Waren und Dienste*, 2.^a ed. (1968), VOLKER BEHR, *Der Franchisevertrag / Eine Untersuchung zum Recht der USA mit vergleichender Hinweisen zum deutschen Recht* (1976), distinguindo os diversos tipos — 15 ss. —, WALTHER SKAUPY, *Das "Franchising" als zeitgerechte Vertriebskonzeption*, DB 1982, 2446-2450 e HANS FORKEL, *Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen*, ZHR 153 (1989), 511-538. Quanto à evolução histórica da franquia, cumpre citar MICHAEL MARTINEK, *Franchising* (1987, com 710 pp. maciças), 33 ss..

⁽¹²⁾ Cf. CHRISTIAN JOERGES, *Status und Kontrakt im Franchise-Recht*, AG 1991, 325-351, MANFRED WOLF e CHRISTINA UNGEHEUER, *Vertragsrechtliche Probleme beim Franchising*, BB 1994, 1027-1033, WALTHER SKAUPY, *Franchising / Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis*, 2.^a ed. (1995), 24 ss. (os tipos) e NORBERT HORN e MARTIN HENSSLER, *Der Vertriebsfranchisenehmer als selbständiger Unternehmer*, ZIP 1998, 589-600.

⁽¹³⁾ Quanto aos bastidores económicos da concessão, cf. PETER ULMER, *Der Vertragshändler* (1969), 23 ss.; esta obra de ULMER, em 520 pp. maciças, é o grande clássico sobre a concessão. Cf. a recensão de FRITZ RITTNER, *Vertragshändler und Vertragshändlervertrag*, ZHR 135 (1971), 62-77.

⁽¹⁴⁾ Cf. JOBST WOLTER, *Rechtsprobleme der Vertriebsvereinbarung über Kraftfahrzeuge und ihre vertragliche Bewältigung* (1981), 8 ss. e MATHIAS HABERSACK e PETER ULMER, *Rechtsfragen des Kraftfahrzeugvertriebs durch Vertragshändler / Verkauf und Leasing* (1998), 21 ss..

II. Na concessão, um produtor fixa, com um distribuidor — o concessionário — um quadro de distribuição que se norteia pelos seguintes parâmetros ⁽¹⁵⁾:

- um comerciante (o concessionário) insere-se na rede de distribuição dum produtor;
- adquire o produto em jogo, junto do produtor e obriga-se a vendê-lo, em seu próprio nome, na área do contrato.

III. A concessão pode, depois, ser enriquecida com numerosas outras cláusulas. Designadamente, o concessionário pode ficar adstrito a determinadas metas, à efectivação de certos investimentos ou à utilização de marcas ou de insígnias que identifiquem o produto em jogo.

IV. A concessão é um contrato que estabelece relações duradouras. Pode ainda operar como contrato-quadro, como promessa genérica de aquisição e de venda de produtos, com diversas prestações de *facere* em anexo ⁽¹⁶⁾.

O seu perfil pode, ainda, ser clarificado através da distinção de figuras semelhantes ou afins.

3. Figuras afins

I. O contrato de concessão fica mais claro se se proceder à sua distinção de outras figuras afins. Algumas, especialmente ligadas à distribuição, foram acima referidas. No entanto, parece útil

⁽¹⁵⁾ Trata-se de elementos retirados da conhecida e sempre citada definição de ULMER, *Der Vertragshändler* cit., 206; cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 23.ª ed. cit., 363, KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5.ª ed. cit., 759 e VON HOYNINGEN-HUENE, *Münchener Kommentar* cit, 932. Cf., ainda, FABIO BORTOLOTTI, *Concessione di vendita (contratto di)*, NssDI/App. II (1981), 221-234 (221-222). Este Autor acaba por definir a concessão nos termos seguintes: “contrato de distribuição com o qual o sujeito (o concessionário), agindo nas vestes de adquirente revendedor, assume estavelmente o encargo de providenciar a comercialização, em determinada zona, de produtos dum fabricante (o concedente), em troca duma posição privilegiada na revenda”.

⁽¹⁶⁾ Cf. CANARIS, *Handelsrecht*, 23.ª ed. cit., 364 ss..

retomá-las, ainda que para efeitos de contraposição. Assim e no tocante a figuras típicas, cumpre distinguir:

o 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⁽¹⁷⁾; na concessão, o concessionário age *por conta própria*;

o 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⁽¹⁸⁾; de novo se deve enfatizar que o concessionário actua *por conta própria*; além disso, ele adstringe-se a múltiplas *actividades materiais* e não apenas jurídicas;

o 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⁽¹⁹⁾;

o 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

⁽¹⁷⁾ Cf. JANUARIO 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. e 3.ª ed. cit., 35. Recorde-se KLAUS J. HOPT, *Handelsvertreterrecht* cit., 13. A propósito da agência e reportando-se à noção, cabe ainda referir uma jurisprudência já significativa: RCb 14-Dez.-1993 (PAIVA GONÇALVES), CJ XVIII (1993) 5, 46-48 (47/II), RPt 18-Out.-1994 (ARAÚJO BARROS), CJ XIX (1994) 4, 212-220 (216/II), 5.º Juízo Cível Lx (BRITES LAMEIRAS), CJ XXII (1997) 2, 304-309 (306), RCb 27-Jan.-1998 (RUA DIAS), CJ XXIII (1998) 1, 18-22 (20/II) e RCb 12-Jan.-1999 (MARIA REGINA ROSA), CJ XXIV (1999) 1, 5-9 (7/II).

⁽¹⁸⁾ Cf. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (1961), 271 ss..

⁽¹⁹⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* (1991), 15. Quanto à distinção da concessão cf. KLAUS J. HOPT, *Die Selbständigkeit von Handelsvertretern und anderen Vertriebspersonen — Handels- und arbeitsrechtliche Dogmatik und Vertragsgestaltung*, DB 1998, 863-870. Tem ainda interesse a delimitação do contrato de trabalho de figuras semelhantes marcadas pela independência dos envolvidos; cf. HÜMMERISCH, *Arbeitsverhältnis als Wettbewerbsgemeinschaft/Zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen*, NJW 1998, 2625-2634 (2534/II) e GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 9.ª ed. (2000), 87 ss. (94 ss., quanto à agência).

e único contraente” — artigo 266.º do Código Comercial; mantém-se quanto foi dito a propósito do mandato o qual, como é sabido, pode ser com ou sem representação;

o 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 ⁽²⁰⁾; na concessão, não há propriamente uma actividade comum — o concessionário age por si e para si — nem afluxo de bens para um acervo comum, nem, por fim, pelo menos como elemento essencial, um quinhoar nos lucros;

o contrato de consórcio, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam, entre si, a realizar certa actividade de forma concertada ⁽²¹⁾; na concessão, não há, propriamente, uma actividade comum, antes se verificando que os beneficiários agem por si.

III. O contrato de concessão 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 obriga 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 ⁽²²⁾; o concessionário, embora independente do concedente não se obriga a promover qualquer aproximação entre este e terceiros: contrata ele próprio, com todos os riscos inerentes;

⁽²⁰⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *O contrato de sociedade civil* (1988, polic.), 6 ss..

⁽²¹⁾ Vide as especificações do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho.

⁽²²⁾ 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.

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 (23); na verdade, este elemento está, em regra, presente na concessão, mas não a esgota;

do contrato de franquia, que, como foi referido, é dominado pela autorização para usar certas marcas ou insígnias e para utilizar especiais esquemas de comercialização.

Também não oferece dúvidas a distinção entre o contrato de franquia e outros contratos como os de corretagem (24) e os de propaganda ou publicidade (25) e similares.

IV. As distinções operadas são fáceis quando, da concessão, se retenha o seu núcleo mais “duro”. Todavia, não podemos abstrair da natureza atípica do presente contrato. Muitas vezes ele inclui cláusulas próprias de figuras “afins”, de tal modo que a distinção acaba por surgir problemática. E as próprias figuras afins apresentam por vezes, entre elas, elos de comunicação que dificultam uma distinção linear.

Na literatura têm surgido diversas intervenções quanto à distinção entre contratos de distribuição — entre as quais a concessão — e o contrato de trabalho. A necessidade de distinção cifra-se no seguinte: nos contratos de distribuição é frequente o distribuidor ficar económica e socialmente subordinado ao produtor. A própria subordinação jurídica — no sentido de o distribuidor, contratualmente, dever acatar as instruções do produtor — pode fazer a sua

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

(24) 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), hoje revogado.

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

aparição. O problema tem-se posto em relação à franquia ⁽²⁶⁾, em relação à concessão ⁽²⁷⁾ e, em geral, em relação aos colaboradores do produtor ⁽²⁸⁾. O alargamento da protecção laboral ⁽²⁹⁾ poderia ter como efeito o alcançar os contratos de distribuição mais subordinantes.

Em qualquer dos casos, a eventual aplicação de regras de tipo laboral teria de ser ponderada caso a caso.

4. O regime da concessão

I. O contrato de concessão não tem base legal directa. Trata-se dum contrato assente na autonomia privada. O seu regime resultará, antes de mais, da interpretação e da integração do texto que tenha sido subscrito pelas partes.

No que as partes tenham deixado em aberto, haverá que recorrer à analogia. O Direito comparado há muito estabelece, neste domínio, o recurso ao regime da agência ⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ ORTWIN WEKRICH, *Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag*, DB 1988, 806-808, VOLKER MATTHIESSEN, *Arbeits- und handelsrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes*, ZIP 1988, 1089-1098 e WOLFGANG BAUDER, *Zur Selbständigkeit des Franchisenehmers*, NJW 1989, 78-90.

⁽²⁷⁾ KLAUS J. HOPT, *Die Selbständigkeit von Handelsvertretern* cit., 863 ss..

⁽²⁸⁾ JOACHIM BERNDT, *Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter / Zur Aktuelle Diskussion um die Scheinselbständigkeit*, BB 1998, 894-896, apelando para a determinação do grau de dependência pessoal.

⁽²⁹⁾ WOLFGANG HROMADKA, *Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers*, DB 195-201, GERHARD REINICKE, *Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung?*, ZIP 1998, 581-588 e ROBERT WEIMER e DIETRICH GOEBEL, *Neue Grundsatzenfragen um Scheinselbständigkeit und arbeitnehmerähnliche Selbständige*, ZIP 1999, 217-226.

⁽³⁰⁾ Assim: FRANZ-JÖRG SEMLER, *Aktuelle Fragen im Recht der Vertragshändler*, DB 1985, 2493-2497 (2493-2494), KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5.ª ed. cit., 761 e CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 23.ª ed. cit., 366 ss.; na origem, cf. a dissertação de FRANZISKA-SOPHIE EVANS-V. KRBEK, *Die analoge Anwendung der Vorschriften des Handelsvertreterrechts auf den Vertragshändler* (1973). Quanto à jurisprudência, referimos: BGH 24-Mar.-1959, BB 1959, 540-541 e BGH 19-Dez.-1966, BB 1967, 94-95.

A doutrina também tem reclamado a aplicação de certas regras da agência ao contrato de franquia ou, pelo menos, a certas modalidades de franquia; cf. MICHAEL MARTINEK, *Franchiing im Handelsrecht / Zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchiseverträge*, ZIP 1988, 1362-1379 e HELMUT KÖHLER, *Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers* cit., 1696.

II. O legislador português foi sensível a este movimento. No próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, no final do seu n.º 4, depois de se mencionar o contrato de concessão, vem dizer-se:

Relativamente a este último, detecta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia — quando e na medida em que ela se verifique —, o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato.

A doutrina⁽³¹⁾ e a jurisprudência⁽³²⁾ nacionais têm acolhido esta indicação: a analogia com a agência é um instrumento fundamental para acudir a lacunas que surjam em concretos contratos de concessão.

III. No regime da concessão comercial há, ainda, que atentar nas regras sobre cláusulas contratuais gerais. Muitas vezes os grandes produtores ou fabricantes recorrem a cláusulas contratuais gerais para uniformizar os diversos contratos de distribuição que celebrem.

As cláusulas contratuais gerais daí derivadas sujeitam-se às regras jurídicas gerais e, em particular, ao regime específico que para elas exista⁽³³⁾. Trata-se de matéria hoje sedimentada em muitas dezenas de decisões judiciais.

(31) Assim, ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência / Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 2.ª ed. cit., 45.

(32) STJ 4-Mai.-1993 (SANTOS MONTEIRO), BMJ 427 (1993), 524-532 (530) = CJ/Supremo I (1993) 2, 78-80 (79/II), RPt 27-Jun.-1995 (MATOS FERNANDES), CJ XX (1995) 3, 243-248 (246/II), STJ 22-Nov.-1995 (MARIO CANCELA), BMJ 451 (1995), 445-458 (454-455) = CJ/Supremo III (1995) 3, 115-118 (117/I), RPt 13-Mar.-1997 (CUSTODIO MONTES), CJ XXII (1997) 2, 196-198 (196/I), REv 24-Abr.-1997 (PITA VASCONCELOS), CJ XXII (1997) 2, 269-272 (270/II), STJ 5-Jun.-1997 (COSTA SOARES), BMJ 468 (1997), 428-438 (434), RCb 28-Out.-1997 (EDUARDO ANTUNES), CJ XXII (1997) 4, 43-48 (47/II), RLx 30-Out.-1997 (SALVADOR DA COSTA), CJ XXII (1997) 4, 129-134 (132/II: o caso “Hyundai”) e STJ 23-Abr.-1998 (ARAGÃO SEIA), BMJ 476 (1998), 379-388 (387).

(33) HERMANN-JOSEF BUNTE, *Interessenkollision und Interessenabwägung im Vertragshändlervertrag*, ZIP 1982, 1166-1172 (1170).

5. Concessão e concorrência

I. O contrato de concessão deve ser cuidadosamente conjugado com as regras da concorrência, designadamente as derivadas do Tratado de Roma e introduzidas, depois, nas diversas ordens internas dos países que hoje compõem a União Europeia.

À partida, cumpre recordar o artigo 85.º do Tratado de Roma, que se mantém em vigor, e segundo cujo 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 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;
 - b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- (...)

O n.º 3 do mesmo artigo, porém, vinha dispor:

As disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos entre empresas;
- (...)

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

(...)

II. O dispositivo do Tratado de Roma, acima transcrito, surge-nos no artigo 2.º/1 do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio. O artigo 5.º deste diploma vem, com efeito, complementar, sob a epígrafe “balanço económico”:

1. Poderão ser consideradas justificadas as práticas restritivas da concorrência que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens

e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;
- b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;
- c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.
(...)

III. Uma aplicação estrita e literal dos artigos 85.º/1 ou 2.º/1 do Tratado de Roma e do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, respectivamente, sem se terem em conta as ressalvas depois efectuadas por ambos os diplomas, iria dificultar, na prática, os diversos contratos de distribuição, com relevo para a franquia, a agência e a concessão ⁽³⁴⁾.

IV. De facto, o contrato de franquia já foi enquadrado, no Direito da concorrência dos nossos dias. Foi liderante, neste domínio, o *caso Pronuptia*, decidido pelo Tribunal das Comunidades Europeias, em 28-Jan.-1986 ⁽³⁵⁾. Os princípios retirados deste acórdão estão na base do Regulamento (CEE) n.º 4087/88, da Comissão.

Basicamente, o entendimento que prevaleceu, quanto à validade dos contratos de franquia, perante as leis de concorrência, é o seguinte:

- apenas perante o contexto económico, contrato a contrato e cláusula a cláusula, será possível, perante as leis de concorrência, formular um juízo de licitude;
- são lícitas as cláusulas destinadas a evitar que o saber-fazer e a assistência, concedidas ao franqueado, venham a aproveitar a concorrentes;

⁽³⁴⁾ Cf. FRANCESCO DE FRANCHIS, *Franchising in diritto comparato*, no *Digesto delle discipline privatistiche / Sezione Commerciale*, vol. VI (1991), 308-309.

⁽³⁵⁾ Publicado, p.ex., em NJW 1986, 1415-1417 = RTDE 1986, 298-306, e em anexo a PHILIPPE BESSIS, *Le contrat de franchise / Notions actuelles et apport du Droit européen* (1986), 103-115 e a ANA PAULA RIBEIRO, *O contrato de franquia (franchising) no Direito interno e internacional* (1994), 131-139 (sumário).

- são lícitas as cláusulas que organizem o contrato e a fiscalização, de modo a preservar a identidade e a reputação da marca, da insígnia ou do nome do franqueador;
- são restritivas da concorrência as cláusulas que impliquem repartições de mercados ou pré-fixações de preços, salvo a verificação do artigo 85.º/3 do Tratado de Roma.

Encontramos aqui algumas regras que poderão ser aplicadas à concessão.

6. O problema da cessação

I. A pedra de toque no domínio do contrato de concessão reside no regime aplicável à sua cessação. Na verdade, têm, aí, aplicação diversas regras oriundas quer do regime das cláusulas contratuais gerais, quando a elas se tenha recorrido na conclusão do contrato, quer do regime da agência.

O ponto de partida será constituído pelo que o próprio contrato predisponha.

II. Segundo o artigo 19.º, alínea f), da Lei sobre as Cláusulas Contratuais Gerais ⁽³⁶⁾, são nulas as cláusulas que

Coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis;

(...)

Todas as regras sobre denúncia contidas em contratos de concessão concluídos através de cláusulas contratuais gerais devem ser sindicados à luz desta clara proibição.

⁽³⁶⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 1.º tomo (1999), 365 ss., quanto a esta lei e à sua concretização pelos nossos tribunais.

II. Temos depois de lidar com o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 178/86, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril e aqui aplicável por analogia. Diz esse preceito:

1 — A denúncia só é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado e desde que comunicada ao outro contraente, por escrito, com a antecedência mínima seguinte:

- a) Um mês, se o contrato durar há menos de um ano;
- b) Dois meses, se o contrato já tiver iniciado o 2.º ano de vigência;
- c) Três meses, nos restantes casos.

2 — Salvo convenção em contrário, o termo do prazo a que se refere o número anterior deve coincidir com o último dia do mês.

3 — Se as partes estipularem prazos mais longos do que os consagrados no n.º 1, o prazo a observar pelo principal não pode ser inferior ao do agente.

4 — No caso previsto no n.º 2 do artigo 27.º, ter-se-á igualmente em conta, para determinar a antecedência com que a denúncia deve ser comunicada, o tempo anterior ao decurso do prazo.

Toda esta matéria parece de fácil apreensão. Anote-se, em especial, a regra do n.º 3: quando o contrato estabeleça um pré-aviso mais longo, para o concessionário, do que o conferido ao concedente, o prazo deste alinha, automaticamente pelo primeiro.

7. Segue; as indemnizações devidas

I. Cessando um contrato de concessão por iniciativa da entidade concedente, poderá haver indemnizações a cargo dela e a favor do concessionário.

Desde logo assim será se não for observado o prazo de pré-aviso resultante da lei ou do contrato.

Todos os danos emergentes e os lucros cessantes deverão, pois, ser computados, na base da frustração do contrato pelo período do pré-aviso em falta — artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 178/86.

Nos danos emergentes há que ponderar os investimentos feitos e desperdiçados pelo concessionário, os custos com a dispensa do pessoal ou com a sua reconversão, os *stocks* e tudo o mais. Entram ainda nesta categoria as oportunidades de negócio perdi-

das, se o concessionário devesse dispor de mais tempo para se reconverter.

Quanto a lucros cessantes: vale o que o concessionário ganharia com um ano de actividade normal, ilicitamente frustrado. Além disso, haverá que computar os lucros que seriam facturados se, tendo reconvertido com tempo, a sua actividade, ela tivesse encetado outra actuação lucrativa.

II. Além disso, é segura a aplicação, à concessão, do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86: a indemnização de clientela⁽³⁷⁾. A jurisprudência portuguesa acima citada a propósito da concessão é uniforme, nesse sentido.

Pois bem: cessando o contrato, haveria que verificar em que medida o concedente foi beneficiado pela actividade do concessionário. Tal benefício é particularmente evidente nos casos extremos em que o principal — aqui, o concedente — tenha acesso directo aos ficheiros de clientes angariados pelo concessionário. Tais clientes, quando estejam em causa bens de certa duração como automóveis ou equipamentos similares, continuarão a usar e a consumir produtos e serviços do concedente. Além disso e no futuro, os clientes em causa, angariados pelo concessionário, tenderão a manter-se fiéis à marca, adquirindo bens novos, por troca com os usados.

Tudo isto deve ser computado.

(37) Assim e além das obras gerais acima referidas: KARSTEN SCHMIDT, *Kundens-tammüberlassung und "Sogwirkung der Marke": yangliche Kriterien für Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers?*, DB 1979, 2357-2363, HORST S. WERNER e JÜRGEN MACHUNSKY, *Probleme und Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs des Vertragshändlers*, BB 1983, 338-342, MICHAEL A. VELTINS, *Zur analogen Anwendung von § 89 b HGB auf den Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers*, NJW 1984, 2063-2067 e HEINZ-GEORG BAMBERGER, *Zum Frage der entsprechenden Anwerdung des § 89 b HGB auf den Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers*, NJW 1985, 33-35, HANS-JÜRGEN HIEKEL, *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragshändlers* (1985), 13 ss. (ou diversas teorias), NORBERT HORN, *Zum Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers: Kundenstamm und werbende Tätigkeit*, ZIP 1988, 137-146 e KARL-HEINZ THUME, *Neues zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragshändlers*, BB 1994, 2358-2363. A regra em causa também se aplica à franquia: THEO BODEWIG, *Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung der Vertragsverhältnisses*, BB 1997, 637-644. Recorde-se que estamos numa área de recepção comunitária: os textos alemães equivalem aos nossos.

III. No cálculo da indenização de clientela, a jurisprudência avança com base nos volumes de negócios envolvidos através da equidade.

Nenhuma cláusula contratual poderia ser interpretada como uma renúncia prévia a essa (ou outras) indenizações.

Para além do princípio do equilíbrio dos contratos, das regras provenientes da LCCG, e do próprio regime de agência, aqui aplicável, o artigo 809.º do Código Civil impedi-lo-ia ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ Cf. PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência cit.*, 105.