

DA FRANQUIA DE EMPRESA (FRANCHISING)*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sequência: 1. Franquia e empresa mercantil. 2. Caracterização económica do «franchising». 3. Os contratos de «franchising» como licenças de direitos de propriedade intelectual no Regulamento comunitário. 4. O tratamento jurídico-doutrinal do «franchising». 5. A importância do *objecto mediato* destes contratos como *sistema sistema mercantil* (o “saber-fazer”). 6. Exploração *directa* e *indirecta*. (*master franchising*). 7. A franquia como objecto unitário de direitos. 8. O direito de conformação contratual dos termos de exploração da franquia. 9. As cláusulas típicas. 10. A franquia como “incorporalidade complexa”. 11. Empresa comercial: critério e estrutura. 12. O nexo funcional dos elementos da empresa. 13. A empresa como organização, como sistema. 14. A empresa como objecto de negócios: “valores ostensivos”, “valores de organização” e “valores de exploração”. 15. O saber-fazer e os “valores de organização”. 16. A empresa como *saber-fazer capaz de aviamento*. 17. A existência de empresa desprovida de elementos materiais. 18. A coisificabilidade do saber-fazer e o “lastro de valores ostensivos”. 19. A empresa como unidade jurídica. 20. A necessidade de bens, ainda que igualmente imateriais, que confirmem individualidade e identidade à empresa enquanto objecto de negócios. 21. A assimilabilidade da franquia à empresa mercantil. 22. O núcleo funcional mínimo comum. 23. O objecto mediato dos contratos de franquia como empresa mercantil e o objecto imediato como a concessão da sua exploração. 24. O contratos de franquia como licença de exploração de empresa. 25. A (a)tipicidade dos contratos de franquia. 26. A discussão doutrinal. 27. A empresa em acto e a empresa em potência. 28. A franquia como código genético apto à clonagem de empresas. 29. O contrato de franquia como via de estabelecimento de uma empresa num mercado espacio-temporalmente circunscrito no contrato. 30. A questão da sinonímia entre empresa e estabelecimento. 31. A existência de empresa sem estabelecimento e a inexistência de estabelecimento sem empresa. 32. Distinção entre independência do franquiado e autonomia do seu estabelecimento. 33. O «franchising» como acordo de integração vertical celebrado entre comerciantes independentes. 34. A semelhança entre a relação da «empresa-piloto» com os estabelecimentos franquiados e a relação entre uma empresa principal e as suas sucursais.

1. Baptizámos este trabalho com o nome *Da franquia de empresa*. E aditámos-lhe, depois, como cognome, o termo inglês *franchising*. Sendo que este *nomen* é provocado por um *animus* metódico. Com efeito, o propósito que anima este estudo consiste em saber se a franquia é assimilável a uma figura nuclear do quadro dogmático das ciências jurídico-empresariais: a empresa mercantil. A resposta a esta pergunta depende do esclarecimento dos seus termos. Pois que, parafraseando Wittgenstein, a pergunta contém em si a resposta. Importa, assim, saber, desde logo, o que se entende por *franquia* e o que se entende por *empresa mercantil*.

Antes de iniciarmos este roteiro discursivo, interessa, porém, advertir os que se dignarem acompanhar-nos que se trata de uma *reflexão problematizante* da “dogmática

* *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXIII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, pp. 251-278.

dos juristas”¹ da empresa face à “rebeldia do caso concreto”² no *franchising*. Reflexão esta cujo ponto de chegada é susceptível de acarretar relevantes projecções práticas aquando da “viagem de retorno”³. Não se trata, portanto, de um exercício de pura especulação teórica, em que *tot sunt sententiae quot capita*.⁴

2. No universo da *praxis* negocial o termo franquia aparece a designar uma série de contratos, no quadro dos “contratos novos” ou “modernos tipos contratuais”⁵, constituindo “uma das expressões mais recentes e mais modernas da distribuição comercial”⁶. Trata-se dos acordos de franquia, que assim se chamam porque têm por objecto *mediato* uma franquia e por objecto *imediato* os termos ou o *modus* da sua exploração,⁷ consistindo “essencialmente em licenças de direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas ou insígnias e saber-fazer, que podem ser acompanhadas de restrições ao fornecimento ou à compra de produtos” (considerando 2, Regulamento-Franquia).

Em termos gerais, o *franchising* caracteriza-se por ser, desde logo, uma “estratégia de expansão” empresarial, uma das “novas técnicas de domínio dos mercados exteriores”, permitindo a “gestão do risco” e o estabelecimento e controlo de “canais de distribuição”.⁸ Por outro lado, esta “figura («franchise» = privilégio) evoca a ideia de que a

¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial*, Coimbra 1997 [Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia» — Vol. III], p. 24, n. 30.

² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de agência, de concessão e de franquia («franchising»)*, Coimbra 1989 [Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» — 1984], p. 27.

³ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 3.

⁴ FRIGNANI, Aldo, *Franchising*, in *Enciclopedia Giuridica*, XV, Roma: Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1989, p. 1.

⁵ BUSSANI, Mauro/CENDON, Paolo, *I contratti nuovi: casi e materiali di dottrina e giurisprudenza (leasing, factoring, franchising)*, Milano: Giuffrè, 1989; MARTINEK, Michael, *Moderne Vertragstypen*, München: Beck [Band I: *Leasing and Faktoring* 1991; Band II: *Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consulting Verträge* 1992; Band III: *Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen* 1993].

⁶ ROBERTO BALDI, *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe Communautaire* (trad. Christine Boulogne), Bruxelles: Bruylant, 1988, p. 131. Sobre a categoria dos contratos de distribuição e do direito da distribuição *vide*: entre nós, A. PINTO MONTEIRO: *Contrato de agência [Anteprojecto]*, *BMJ* 360° 1986, p. 43-139; *Contrato de agência (anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho)*, Coimbra: Almedina, 1987; *Contratos*, *cit.*, 1989; *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, 2.ª edição actualizada (com as alterações introduzidas pelo DL 118/93, de 13/4, que transpôs a Directiva 86/653/CEE, do Conselho, de 18/12/1986)*, Coimbra: Livraria Almedina, 1993; “Denúncia de um contrato de concessão comercial [Anotação ao Acórdão do T.R.P., de 27 de Junho de 1995]”, *RLJ* Ano 130°, 1997, p. 22-32, p. 91-96. Para uma abordagem sobre esta categoria no direito comparado, *vide*: ANDRE, Marie-Elisabeth, *Les contrats de la grande distribution*, (pref. Jean Marc Mousseron) Paris: Litec, 1991; FERRIER, Didier, *Droit de la distribution*, Paris: Litec, 1995; MARTINEK, Michael/ SEMLER, Franz Jörg (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, München: Beck, 1996.

⁷ Sobre a distinção entre “objecto mediato ou conteúdo” e “objecto imediato ou objecto *stricto sensu*”, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. act., 4.ª reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 547.

⁸ Para mais desenvolvimentos, *vide*: BESCOS TORRES, Modesto, *Factoring y franchising: nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Madrid: Piramide, 1990; RIGOL GASSET, Jaime, *La franquicia: una estrategia de expansión*, Barcelona: EINIA, 1992; MARTIN, Robert E., “Franchising and risk management”, *The American Review* 5(1988), p. 954-968.

comercialização dos bens é direito ou <<prerrogativa soberana>> do produtor, o qual poderá conceder a outrem o *privilégio* de os vender. O franquiado fica adstrito ao plano delineado pelo produtor, executa-o e surge aos olhos do público, ao distribuir os bens, com a *imagem empresarial* deste.”⁹

Ora, dizem-se de franquia os contratos pelos quais “o produtor de bens e/ou serviços concede a outrem, mediante contrapartidas, a comercialização dos seus bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do primeiro e segundo o plano, método e directrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos tecnológicos e regular assistência.”¹⁰ Sendo que essa *concessão de comercialização* se faz em termos de uma das partes, o franquiador, se obrigar a proporcionar à outra, o franquiado, o uso de (um ou mais) sinais distintivos (nomes e insígnias de estabelecimento, marcas) e outros objectos da propriedade industrial (patentes, modelos de utilidade e industriais, etc.) — e intelectual *stricto sensu* (por ex., obras e prestações protegidas pelos direitos de autor e direitos conexos) —, bem como a comunicar-lhe saber-fazer e a prestar-lhe assistência técnica, obrigando-se o franquiado ao pagamento de uma contrapartida financeira, a respeitar o quadro operativo imposto pelo franquiador e a permitir controlos por parte deste. Esta caracterização é decalcada do núcleo obrigacional, que a doutrina¹¹, partindo do Regulamento-Franquia como fonte normativa, considera típico dos contratos de franquia, seja qual for a sua modalidade, a saber: industrial (ou de produção), de distribuição ou de serviços.¹²

2.1. Interessa-nos, sobretudo, o *objecto mediato* destes contratos¹³: a *franquia*. Trata-se, nos termos da definição constante do art. 3.º, 3, al.a), do Reg.-Franquia, de “um conjunto de

⁹ A. PINTO MONTEIRO, *Contratos, cit.*, p. 21.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 22.

¹¹ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, cit.*, p. 63.

¹² Esta classificação tripartida das modalidades da franquia foi operada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no *leading case Pronuptia* [TJCE, Ac. de 28.1.1986: “Pronuptia”, Proc. 161/84, RTDE 1986 (com anotação de Ch. Boutard-Labarde), p. 298 ss.], tendo sido acolhida no Regulamento (CEE) n.º 4087/88, da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de franquia (JO n.º L 359/46, 28.12.88). De notar que a aplicação do Reg.-Franquia foi excluída no que toca a certas categorias de acordos de distribuição e de serviços de venda e pós-venda de veículos automóveis, pelo Regulamento (CE) n.º 1475/95, da Comissão, de 28 de Junho de 1995, a eles relativo (JO n.º L 145/25, 29.6.95). Para os acordos de licença de saber-fazer e de transferência de tecnologia, ver ainda: Regulamento (CEE) n.º 556/89 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de licença de saber-fazer (JO n.º L 61, 4.3.1989); Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão, de 31 de Janeiro de 1996, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO n.º L 31, 9.2.96).

¹³ Dentro da já vasta bibliografia nacional sobre os contratos de franquia, para além da que será referida, vide: BESSA MONTEIRO, César, *Franchising, Revista de Propriedade Industrial* n.º 17, p. 7-12; RUIZ, Nuno, *O “franchising”: introdução à franquia internacional*, Lisboa 1988; PEREIRA BARROCAS, Manuel, *O contrato de “franchising”*, ROA 1989, p. 127-168; LACERDA BARATA, Carlos, *Sobre o contrato de agência*, Coimbra 1991, p. 112-114; DURÃES ROCHA, Manuel, *Le franchise au Portugal*, in CHIAVEGATTI, Gian Andrea, *Agenzia e franchising: Direttiva CEE 86/653, regolamento CEE n. 4087/88, ordinamenti nazionali degli Stati membri* [giornate di studi per operatori del diritto promosse dall’Associazione Europea di Verona svoltesi a Verona il 18 e 19 maggio 1990: relazioni e contributi raccolti a cura di Gian Andrea Chiavegatti], Padova: Cedam, 1991,

direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas, designações comerciais, insígnias comerciais, modelos de utilidade, desenhos, direitos de autor, saber-fazer ou patentes, a explorar para a revenda de produtos ou para a prestação de serviços a utilizadores finais".¹⁴

Assim, a franquia é composta por um conjunto de direitos sobre coisas incorpóreas e de saber-fazer. O nexó funcional desse conjunto é a sua aptidão para ser explorado enquanto *sistema*¹⁵ de revenda de produtos ou de prestação de serviços, ou seja, enquanto *sistema mercantil*. Disto mesmo fazem prova os requisitos prescritos no art. 3.º, 3, al. f) para o saber-fazer. Por este "elemento característico"¹⁶ da franquia entende-se "um conjunto de conhecimentos práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franqueador, e verificados por este[,] que é secreto, substancial e identificável."

Assume, neste ponto, especial relevo o requisito da *substancialidade*. Nos termos da al. h), o saber-fazer será substancial na medida em que inclua "conhecimentos importantes para a venda de produtos ou para a prestação de serviços a utilizadores finais e, em especial, para a apresentação de produtos para venda, para a transformação de produtos em ligação com a prestação de serviços, para os métodos de negociar com os clientes e para a administração e gestão financeira; [ademais] o saber fazer deve ser útil para o franqueado ao ser susceptível, à data da conclusão do acordo, de melhorar a sua posição concorrencial, em especial ao melhorar os seus resultados ou ajudando-o a penetrar num novo mercado."

2.2. Por outro lado, o legislador comunitário, para além de pré-compreender a franquia como sistema — *et pour cause* —, parece tratá-la enquanto *objecto unitário de negócios*. Com efeito, no art. 3.º, 3, als. b) e c), dispõe que os acordos de franquia *lato sensu* têm por objecto a concessão do "direito de explorar uma franquia". Exploração essa que pode ser

p. 123-126; OLIVEIRA ALEXANDRE, Isabel Maria de, "O contrato de franquia (franchising)", *O Direito* 1993, p. 319-383; RUIZ, Nuno/SANTOS REIS, Ana, *Portugal, in* BÖGART, Geert/LOHMANN, Ulrich (eds.), *Commercial Agency and Distribution Agreements (law and practise in the member states of the European free trade association)*, 2nd. ed., London: Graham and Trotman, 1993 p. 331-353; COSTA RIBEIRO, Ana Paula, *O contrato de franquia (franchising) — No direito interno e no direito internacional*, Lisboa: Tempus, 1994; NÓBREGA PIZARRO, Sebastião/MENDES CALIXTO, Margarida, *Contratos financeiros (leasing, agência, franchising, factoring, permuta, mútuo)*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1995 (p. 95-113). No direito comparado, entre numerosos outros autores e obras, vide: BALDI, Roberto, *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita, il franchising*, 6. ed., amp. e agg., Milano: Giuffrè, 1997; BESSIS, Philippe, *Le contrat de franchise*, 2ème. éd., Paris: LGDJ, 1992; BIANCHI, Silvana, "La legislazione fiscale canadese el il franchising", *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* 4(1987), I, p. 786-794; FERRIER, Didier, "La franchise internationale", *Journal du Droit International* 3(1988), p. 623-662; LÉLOUP, Jean-Marie, *La franchise: droit et pratique*, 2ème. éd., Paris: Delmas, 1991; LIESEGANG, *Der Franchise-Vertrag*, 4. neuarb. Aufl., Heidelberg: VRW, 1992; PETERS, Lena, "Le contrat de franchise", *Revue de Droit Uniforme* 1(1985), p. 154-273.

¹⁴ Esta definição não abrange as franquias de produção (industrial), que "consistem em licenças de fabrico baseadas em patentes e/ou saber fazer técnico, acompanhadas de licenças de marca" (considerando 5, Reg-Franquia).

¹⁵ Esta concepção da franquia como sistema ("Franchise-System") corresponde ao "Business Format Franchising" estadunidense (cf. WALTHER SKAUPY, *Franchising (Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis)*, 2. neu. bearb. Aufl., München: Franz Wahlen, 1995, p. 5).

¹⁶ JEAN-JACQUES BIOLAY, *Droit de la distribution commerciale*, Paris: Eyrolles, 1990, p. 100.

directa ou *indirecta*. *Directa*, nos acordos de franquia *stricto sensu*, em que o direito de explorar a franquia é concedido para efeitos de comercialização de bens. *Indirecta*, nos chamados acordos de franquia principal (*master franchising*), quando o direito de explorar a franquia é concedido para a conclusão de acordos de franquia com terceiros (os franquizados).¹⁷

Parece esta formulação significar que a franquia constitui objecto unitário de direitos, pois que sobre ela se pode conceder um direito de exploração. Ademais, nos termos do Reg.-Franquia, reconhece-se, ainda, ao franquizador o *direito de conformar contratualmente os termos da exploração da franquia*. Constituindo o contrato de franquia a “espinha dorsal do sistema”¹⁸, é através dele que o franquizador configura o modo de exploração da franquia, impondo cláusulas de exclusividade, de não concorrência, de confidencialidade, de fornecimento dentro da rede, de realização de um volume mínimo de negócios, de disponibilidade de um *stock* mínimo, de autorização de publicidade, etc. Cláusulas estas, que, nos termos do art. 3.º, estipulam “obrigações necessárias... para manter a identidade comum e a reputação da rede franqueada”.¹⁹

Ou seja, a franquia, que tem por objecto uma rede com identidade comum (cf. considerando 12), é tratada pelo legislador comunitário em termos unitários: quer enquanto objecto de negócios, quer enquanto ente *a se stante*, cuja protecção justifica a validade de certas cláusulas em face do direito da livre concorrência.²⁰ Por outras palavras, a validade daquelas cláusulas justifica-se pela necessidade de proteger um bem considerado como distinto dos elementos que o compõem. Nessa medida, isto é, enquanto ente *a se stante*, pode constituir objecto unitário de negócios.

Parece assim que a *franquia* é susceptível de gozar do estatuto jurídico de *coisa*. Sendo que, na ordem doutrinal das coisas, se apresenta, atentos os elementos que a compõem,

¹⁷ A franquia principal (*master franchising*) é utilizada, sobretudo, para a “implantação” da rede nos mercados estrangeiros, falando-se, a este propósito, em “exportação” do “sistema de franquia” (LAURENCE AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, (préf. Yves Guyon) Paris: LGDJ, 1995, p. 25).

¹⁸ SKAUPY, *Franchising, cit.*, p.126 (“Rückgrat des Systems”).

¹⁹ De notar, que o franquizado é admitido a participar na rede, explorando a franquia nos termos estipulados no contrato. O qual, via de regra, se configura como um “contrato de adesão” celebrado entre empresários, susceptível, portanto, de estar sujeito ao regime prescrito pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelo DL n.º 220/95, de 31 de Agosto. Sobre o ponto, por todos: A. PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)”, *ROA* 1986, p. 733-769; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio/MENEZES CORDEIRO, António, *Cláusulas contratuais gerais (Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 e Outubro)*, Coimbra: Almedina, 1990.

²⁰ Para mais desenvolvimentos sobre os acordos de franquia no direito da concorrência *vide*: entre nós, GORJÃO HENRIQUES, Miguel, *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição e o n.º 1 do art. 85.º*, Coimbra: Almedina, 1998 (no prelo); e, entre numerosos autores e obras na literatura estrangeira, CHIAVEGATTI, *Agenzia e franchising, cit.*; EKKENGA, *Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen*, Heidelberg: VRW, 1990; EPP, Wolfgang, *Franchising und Kartellrecht*, Köln [et al.]: Heymanns, 1994; GAST, Olivier, *Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise*, Paris: Jupiter, 1989; KORAH, Valentine, *Franchising and the EEC competition rules regulation 4087/88*, Oxford: ESC Publishing, 1989; METZLAFF, Karsten, *Franchiseverträge und EG-Kartellrecht*, Münster/Hamburg, LIT Verlag, 1993.

como uma “coisa composta funcional”, de natureza incorpórea. Ou, por outras palavras, como uma “incorporalidade complexa”.

2.3. Ora, dispomos já de uma caracterização da franquía. Trata-se de um sistema funcionalmente pré-ordenado à produção e/ou comercialização de bens, composto por direitos relativos a objectos da propriedade incorpórea e por saber-fazer. Esta caracterização funcional é acolhida pelo legislador comunitário, que trata a franquía como um ente *a se stante* e, nessa medida, como unidade jurídico-negocial. Em termos que nos sugerem a sua qualificação como *coisa incorpórea complexa*.

3. Perguntando agora pelo significado do segundo termo da pergunta — e interessando-nos menos a “«empresa em si»”²¹ do que a empresa no direito —, empresas comerciais são aquelas “empresas cujo objecto se traduza na realização de actos (ou actividades) objectivamente mercantis”, nomeadamente, as “actividades de interposição nas trocas — *maxime*, compras de coisas para revenda (art. 463º do CCom.) —, actividades industrial-transformadoras (art. 230º, 1º, do CCom), de serviços — agenciamento de negócios, exploração de espectáculos públicos (art. 230º, ns. 3º e 4º), seguros (arts. 425º ss. do CCom.) —, etc.”²²

Se isto é assim quanto ao *critério* da sua comercialidade, já no que toca à sua *estrutura*²³, entende-se que, “em sentido objectivo”, a empresa comercial é um “bem complexo”, composto por vários elementos. A saber: coisas corpóreas (prédios, máquinas, mobiliário, mercadorias, ferramentas, matérias primas) e incorpóreas (invenções patenteadas, modelos de utilidade, marcas, nomes e insígnias de estabelecimento), e bens não coisificáveis (prestação de trabalho e de serviços, e situações de facto com valor económico — o saber fazer).”²⁴

3.1. Elementos esses que se encontram interligados por um *nexo funcional*. Com efeito, como ensina o Prof. Orlando de Carvalho, a empresa é um “específico mecanismo de intervenção na economia que, constituindo um processo de produção para a troca sistemática e vantajosa (em condições de garantir a sua auto-reprodução e o estímulo a essa auto-reprodução), constitui uma concreta e estável organização de factores com a suficiente funcionalidade e autonomia para emergir, na intercomunicação produtiva, como

²¹ Vide: RIECHERS, Arndt, *Das >Unternehmen an sich< (Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts)*, Tübingen: Mohr, 1996.

²² J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 26-27.

²³ ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial (I — O problema da empresa como objecto de negócios)*, Coimbra, 1967, *passim*.

²⁴ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 42-43. Elenco este ao qual acrescentaríamos, nomeadamente, obras e prestações protegidas, respectivamente, pelo direito de autor e pelos direitos conexos, bem como, ainda, outros objectos *sui generis* da propriedade intelectual *tout court*.

um centro emissor e receptor *a se stante*.”²⁵ Nessa medida, a empresa caracteriza-se como sendo, desde logo, “uma *organização*... um sistema”, que se caracteriza enquanto “centro de trocas sistemáticas”, “aberto”, “auto-suficiente” e “autónomo”²⁶.

Ora, como ensina o Prof. Orlando de Carvalho, para existir, enquanto possível objecto de negócios, a empresa carece de um mínimo de “valores ostensivos” que exprimam os “valores de organização” que a empresa é. Por outras palavras, a empresa “é uma organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado, organização, portanto, que, concreta como é, exige um complexo de elementos ou meios em que a mesma radica e que a tornam reconhecível.”²⁷. Sendo que esses “valores ostensivos” são “constituídos pelos bens (corpóreos e incorpóreos) do estabelecimento que mantêm em relação a ele uma relativa autonomia jurídica e económica”. Ademais, a existência da empresa não carece de “valores de exploração”, ou seja, dos “que advêm ao estabelecimento após este entrar em contacto com o público e que assentam sobretudo nas relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores”. Donde decorre que, em certos termos, se pode considerar empresa “um complexo de bens de produção organizado” que ainda não entrou em funcionamento²⁸. E, *por maioria de razão*, parece que poderá ainda haver empresa se a esse complexo faltarem os bens a obter aquando do tecer da rede de clientes, fornecedores e financiadores.

Por outro lado, depois de ter entrado em funcionamento, admite-se a existência da empresa, enquanto objecto de negócios, na medida em que da sua negociação não sejam “excluídos os bens necessários para exprimir os valores de organização e (agora) de exploração da empresa.”²⁹ Ora, dentro desses bens assumem especial relevo “certas situações de facto com valor económico”, a saber: “o saber-fazer (ou tecnologia, no sentido de conhecimentos não patenteados e/ou não patenteáveis de carácter científico, técnico ou empírico aplicados na prática empresarial, incluindo os “segredos da indústria ou comércio”).”³⁰ Com efeito, assim entendido, parece ser o saber-fazer um bem que permite exprimir “valores de organização”, isto é, nas palavras do Prof. Orlando de Carvalho, os valores “devidos à articulação dos elementos da empresa, seleccionados, dimensionados e

²⁵ ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e Direito do Trabalho*, in *Temas de Direito do Trabalho (direito do trabalho na crise; poder empresarial; greves atípicas)* [IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho], 1990, p. 17. Esta noção pré-jurídica de empresa foi retocada, acrescentando-se, designadamente, que “o mercado é o lugar ideal da intercomunicação produtiva” (*Idem, Empresa e lógica empresarial, cit.*, p. 5-6).

²⁶ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, cit.*, p. 43-44.

²⁷ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coimbra: Centelha, 1977, p. 196, n. 2.

²⁸ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, cit.*, p. 52. Isto significa, desde logo, que a clientela não é, nem um elemento, nem uma qualidade do estabelecimento, sendo antes “uma das manifestações (ou índices) do [seu] aviamento — ao lado de outras, como as relações com os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores (enquanto a clientela concorre sobretudo para o volume de receitas, estas relações influenciam principalmente o nível dos custos)” (*idem, ibidem*, p. 49).

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 55-56.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 43.

combinados de modo adequado ao fim jurídico-económico dela"; e, ainda, os "valores de exploração" adquiridos pela empresa com a sua entrada em funcionamento. Vale isto por dizer, que o saber-fazer poderá condensar outras "situações de facto com valor económico", as quais, de *per si*, não se consideram elementos da empresa. São elas, a saber: a "organização interna da empresa" e as "relações de facto com clientes, fornecedores e financiadores", em que se analisam, respectivamente, os "valores de organização" e de "exploração" da empresa.

3.2. Isto significa, ainda, que o saber-fazer poderá ser, em última análise, um elemento essencial à existência da empresa — pois que será portador das suas *Chancen* — quer antes, quer depois da sua entrada em funcionamento. Com efeito, o critério da existência da empresa radica no seu *aviamento*, isto é, genericamente, na sua "aptidão para realizar o fim para que foi criada[, sendo que] a força ou qualidade em que o aviamento objectivo ou real se traduz deriva logo da organização dos elementos do estabelecimento."³¹

Ora, estes "valores de organização" são "situações de facto com valor económico" que integram a empresa, não autonomamente ou de *per si*, mas antes por via de outros bens que a compõem, em especial o saber-fazer. Os "valores de organização", uma vez expressos por "valores ostensivos" em que o saber-fazer se traduz, são susceptíveis de permitir afirmar o aviamento da empresa, mesmo antes de ela ter entrado em funcionamento. O que significa ainda, como vimos, que aquele mínimo de "valores ostensivos" não carece de integrar bens a obter aquando do tecer da rede de fornecedores, financiadores e clientes.

Por outro lado, uma vez aviada, será ainda em saber-fazer que, dizendo-o com o Prof. Orlando de Carvalho, radica o "valor de acreditamento diferencial" ou "de posição no mercado" que a empresa é. Pois que, agora, será ainda e também enquanto saber-fazer que a outra situação de facto com valor económico — a saber: a rede de relações com clientes, fornecedores e financiadores — integrará os bens que compõem o estabelecimento.

3.3. Do que fica dito, parece que a empresa poderia radicar em *saber-fazer capaz de aviamento*. Pois que, afinal, este bem seria capaz de exprimir, não apenas os "valores de organização", mas também os "valores de exploração" da empresa. Sendo que o saber-fazer integra os "valores ostensivos", pois que de um bem incorpóreo, ainda que não coisificável de *per se*,³² se trata.

Mas, será a empresa redutível a um *saber-fazer capaz de aviamento*?

A pertinência da pergunta é tanto maior quanto se entende afigurar-se como sustentável "a existência de estabelecimentos desprovidos de elementos materiais"³³. Por

³¹ *Idem, ibidem*, p. 49.

³² Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, cit., p. 189, e n. 1.

³³ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 76 (por exemplo, o caso do incêndio, que destrói todo o lastro corpóreo do estabelecimento). O problema pode pôr-se em termos semelhantes para os sinais

outro lado, assim caracterizada, a empresa, não seria “resolúvel num puro plano organizatório”, nem “em meros valores de acreditamento ou de fama”³⁴. Pois que, antes de entrar em funcionamento, o saber-fazer (capaz de aviamento) ostentaria “valores de organização” capazes de gerar “valores de exploração” da empresa; depois de entrar em funcionamento, o saber-fazer exprimiria *também* os “valores de exploração” adquiridos.

Porém, a ser assim, isto é, se se reduzir a empresa a um *saber-fazer capaz de aviamento*, estar-se-á a coisificar um bem não coisificável que o saber-fazer parece ser. Ensina o Prof. Orlando de Carvalho que a empresa constitui “um bem incorpóreo, é um bem que assenta num lastro, menor ou maior, de valores ostensivos, ou seja, com valor jurídico-económico fora do próprio estabelecimento, valores que quase sempre incluem valores materiais (...)”.³⁵ Ora, sendo o saber-fazer um bem imaterial, e entendendo-se que, pela sua aptidão para o aviamento da empresa, basta como seu “lastro de valores ostensivos”, então estar-se-á a coisificar um bem, que, segundo o quadro dogmático dos direitos reais, não é coisificável. Pois que, em última análise, permitir-se-á a redução da empresa a esse saber-fazer (e aos valores que exprime, que se traduzem em outras situações de facto com valor económico, nomeadamente, as relações com clientes), e, por via disso, a sujeição deste ao regime jurídico daquela. Sendo que, segundo a melhor doutrina, a empresa é uma “coisa imaterial (não pura...)”, ou seja, “uma coisa incorpórea (complexa)”, que “pode ser objecto do direito de propriedade (e de outros direitos reais)”³⁶, constituindo, nessa medida, um objecto unitário de negócios, uma “unidade jurídica”³⁷.

3.4. Não obstante, não parece que se possa reduzir a empresa, pura e simplesmente, a um *saber-fazer capaz de aviamento*. Com efeito, nas palavras do Prof. Coutinho de Abreu, o “estabelecimento não pode ser (...) reduzido a um dos seus elementos (mais a clientela); é algo de individualizável, com identidade própria.”³⁸ Trata-se, em suma, de “uma organização ou de um sistema”, que “não é igual à soma dos seus elementos” e “possui individualidade e qualidades próprias,” sendo, portanto, razoável afirmar “a possibilidade da coexistência entre um direito de propriedade sobre o todo (o estabelecimento) e os direitos (de propriedade ou não) sobre as suas partes”.³⁹

distintivos, em especial a marca, *vide*: SCHÖNFELD, Thomas, *Die Gemeinschaftsmarke als selbständiger Vermögensgegenstand eines Unternehmens (Eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse zur Property-Rights)*, Nomos: Baden-Baden, 1994.

³⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, *cit.*, p. 196, em nota.

³⁵ *Idem*, “Introdução à Posse”, *RLJ* Ano 115, p. 107.

³⁶ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, *cit.*, p. 76-77.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 304. As raízes da doutrina da unidade jurídica do estabelecimento encontram-se, entre nós, sobretudo em: A. FERRER CORREIA, *Reivindicação do estabelecimento como unidade jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1958; ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura*, *cit.*, *passim*.

³⁸ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, *cit.*, p. 58.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 76-77.

Significa isto que, mesmo que se trate de saber-fazer capaz de aviamento, traduzido, por exemplo, num sistema de comercialização de bens, tal saber-fazer não constituirá bem bastante para exprimir os valores de organização e de exploração da empresa, a ele não se reduzindo esta, portanto. No seu *lastro ostensivo* hão-de poder contar-se outros bens, *ainda que igualmente imateriais*. Bens esses que confirmam *individualidade e identidade* própria à empresa, a saber: nomes e insígnias, marcas e, atento o fim económico-productivo da empresa, outros objectos da propriedade industrial (v.g., patentes, modelos de utilidade) e intelectual *stricto sensu* (v.g., direitos de autor). Sendo que a esses bens se ligam, de igual modo, em maior ou menor escala, certas situações de facto com valor económico. Pense-se, por exemplo, na importância de um sinal distintivo do comércio, *maxime* da marca — atentas as funções económicas que desempenha⁴⁰ — enquanto “factor de atracção” e fixação de clientela. Ademais, o caso do incêndio mostra que a empresa não se reduz ao saber-fazer, antes carecendo de outros elementos que lhe conferem individualidade e identidade próprias, como sejam, objectos da propriedade industrial — *maxime*, sinais distintivos.⁴¹ Com efeito, admite-se que, nas palavras do Prof. Ferrer Correia, “a empresa subsiste ligada tão somente aos sinais externos que a contradistinguem (sobretudo a firma) — e a um mínimo de organização interna que lhe assegure a retomada dos negócios”.⁴²

⁴⁰ Vide: MANUEL NOGUEIRA SERENS: *A tutela das marcas e a liberdade de concorrência (alguns aspectos)*, 2 vols., Coimbra: s/n, 1990; *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos concorrentes?*, Coimbra 1994 [Separata do Boletim de Ciências Económicas — Vol. XXXVII], p. 13 ss. Sobre a “flexibilização do princípio da especialidade” em virtude da *geometria variável* do critério da “afinidade merceológica dos produtos”, sobretudo na *praxis* jurídica da tutela das “marcas célebres” e das “marcas de grande prestígio” e sua fundamentação, *maxime*, nos argumentos da “teoria da diluição”, veja-se, ainda, do mesmo Autor: *A “Vulgarização” da Marca na Directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (id est, no nosso direito futuro)*, Coimbra 1995 [Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia” — 1984].

⁴¹ Cf. J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 59-60. De notar, porém, que pode suceder os sinais distintivos não constituírem objectos puros da propriedade industrial, por suscitarem problemas de natureza atinente ao direito geral de personalidade, ou seja, à protecção da pessoa no “son être et devenir” (ORLANDO DE CARVALHO, *Les droits de l’homme dans le droit civil portugais*, Coimbra 1973 [Separata do Boletim da Faculdade de Direito — Vol. XLIX], p. 11). Pense-se, por exemplo, no caso das chamadas “marcas patronímicas”, isto é, marcas constituídas pelo nome de pessoas (vide: GUYET, Jacques, *La marque patronymique en droit suisse*, in *Problemi Attuali del Diritto Industriale*, Milano: Giuffrè, 1977, p. 607-616). Não obstante constituírem bens imateriais capazes de fruição económica, encontram-se incidivelmente ligados à pessoa, afectando, desde logo, a tutela do seu direito especial de personalidade: o direito ao nome. Com efeito, apesar de o titular da marca gozar sobre esta de um “direito real (absoluto)” (A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial, I*, Coimbra: polic., 1973, p. 360, ver ainda p. 293), já na marca patronímica, em termos semelhantes aos da firma, são afectados valores ligados à protecção do direito de personalidade. Protecção essa que pode obstar à sua pura reificação, na medida em que esta é incompatível com a *dignitas humana* que o “*ius in se ipsum radical*” do “livre desenvolvimento da personalidade” tutela (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil (sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano, 1ª turma, do curso jurídico de 1980/81)*, Coimbra: Centelha, 1981, p. 180). Sendo a personalidade do Homem um *prius* para o Direito (PAULO MOTA PINTO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Coimbra 1993 [Separata do Boletim da Faculdade de Direito — Vol. LXIX, p. 479-586], p. 480), compreende-se que, em certos termos, “os direitos de personalidade podem igualmente limitar sinais distintivos de comércio (a composição da firma, da marca, embora indirectamente, ou do nome do estabelecimento).” (*Direitos de personalidade: Apontamentos das aulas e exames do Prof. Doutor Orlando de Carvalho* (tomados pelo assistente Paulo Mota Pinto), ROA, p. 13).

⁴² A. FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa”, ROA 1981, I, p. 22.

Donde resulta, para terminar, que o saber-fazer, só por si, isoladamente considerado, não basta para integrar o âmbito mínimo de bens que compõem o lastro de valores ostensivos da empresa, e que são necessários para exprimir os valores de organização e, sendo já o caso, de exploração, nos quais ela, enquanto sistema mercantil, fundamentalmente se traduz.

3.5. Ora bem, dispomos já de uma caracterização do segundo termo da pergunta. Em sentido objectivo, a empresa é uma “organização (...) que radica num complexo de elementos ou meios, através dos quais ela se exprime e torna reconhecível”⁴³. Dentro desses meios assumem especial importância o *saber-fazer capaz de aviamento* e objectos da propriedade industrial, em especial, os sinais distintivos do comércio. Sendo que, no quadro dogmático dos direitos reais, a empresa, assim caracterizada como *sistema mercantil*, se qualifica como coisa incorpórea (complexa), podendo, enquanto tal, ser objecto do direito de propriedade e de outros direitos reais e, ainda, por maioria de razão, de *direitos pessoais de gozo*⁴⁴.

4. Aqui chegados e esclarecidos os termos da pergunta, cumpre então perguntar de novo: a franquia é assimilável à empresa mercantil?

A resposta negativa afigura-se difícil, pois que a operação metódica da assimilação, que “não significa identificação”⁴⁵, se faz a partir das diferenças e das semelhanças relevantes entre as duas figuras.⁴⁶ E, com efeito, a franquia e a empresa mercantil apresentam um *núcleo funcional mínimo comum*. O que não deixa de ser um critério relevante para o

⁴³ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 68.

⁴⁴ Sobre a tutela dos direitos pessoais de gozo, vide: MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 123 ss.

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica (Problemas fundamentais)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 177.

⁴⁶ Ou seja, por via de um *juízo discursivo de matriz analógica*, vide: BRONZE, Fernando José, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra: diss. dact., 1990 - Coimbra: Coimbra Editora, 1994. Note-se, tão-só, relativamente a este ponto, que a este entendimento, isto é, à tese segundo a qual, “a analogia, de expediente lógico apenas utilizável em sede de integração de lacunas [...], transformou[-se] num operador que sintetiza o *modus* discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito, quer esta se processe pela mediação de critérios pré-objectivados no *corpus iuris*, ou nele objectiváveis [...], quer sem essa mediação[...]”, uma vez que “os pólos noeticamente irreduzíveis do discurso judicativo são a diferença e a semelhança [...] apuradas em referência ao *tertium comparationis* constituído pela devenida normatividade vigente” (F.J. BRONZE, *Breves Considerações sobre o Estado Actual da Questão Metodonomológica*, Coimbra 1993 [Separata do Boletim da Faculdade de Direito, BFD 71(1993), p. 571-605], p. 197 e p. 195, respectivamente), a este entendimento, dizíamos, correspondem, *cum grano salis*, recentes orientações do pensamento jurídico no horizonte do *Common Law* (cf. SCOTT BREWER, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard LR* 5(1996), 923-1028: “legal argument is often associated with its own distinct method, usually referred to as ‘reasoning (or argument) by analogy’; indeed, *if methafor is the dreamwork of language, then analogy is the brainstorm of jurists’-diction*” — p. 926, *italico nosso*).

ajuizar da semelhança entre estas duas figuras, permitindo aferir os elementos negociais “com virtualidade informadora típica”⁴⁷.

No essencial, ambas se caracterizam como sendo um sistema composto por um complexo ou conjunto de elementos ou meios, funcionalmente pré-ordenados ao exercício de uma actividade (juridicamente) mercantil. De igual modo, comungam dos elementos mínimos que compõem tal sistema, a saber: objectos da propriedade intelectual (em sentido amplo)⁴⁸ e saber-fazer (*capaz de aviamento*). Sendo que, juridicamente, gozam de semelhante estatuto: ambos são tratados pelo legislador como unidade jurídica ou objecto unitário de negócios, parecendo revestir a natureza de coisa incorpórea (complexa).

4.1. Assim sendo, parece que os contratos de franquia poderão ter por objecto mediato uma empresa mercantil e por objecto imediato a concessão da sua exploração *stricto sensu*.⁴⁹ Nas palavras do Prof. Coutinho de Abreu, concebendo-se a empresa “como bem imaterial (susceptível de aproveitamento paralelo e simultâneo por diversas pessoas)”, os contratos de franquia serão o meio “de o seu titular conceder (...) licenças para o explorar (permanecendo o franquizador seu único dono (...), e tendo os franquizados direito a explorá-l[a] em diferentes espaços)”⁵⁰.

Pelo que, considerando a natureza jurídica das prestações e do objecto, que compõem o núcleo obrigacional típico dos contratos de franquia, parecem estes poder configurar-se

⁴⁷ ORLANDO DE CARVALHO *Critério e estrutura, cit.*, p. 667, n. (356).

⁴⁸ Utilizamos a expressão propriedade intelectual no sentido amplo com que se encontra na epígrafe dos artigos 48.º e 1303.º do Código Civil, o qual, refira-se, “adoptou o modelo pandectístico com uma *tranquillitas animi* um pouco surpreendente” (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, Coimbra: Centelha, 1981, p. 73), tendo aderido “ao conceito de *res unita corporalis* da doutrina pandectística, que o BGB acolheu”, se bem que admita “— apesar da declaração demasiado enfática do art. 1302.º — outros casos de propriedade, além da propriedade das coisas corpóreas” (A. FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma”, *cit.*, p. 24). Assim, seguindo a ordenação sistemática do Código Civil, a expressão propriedade intelectual abrange, por um lado, objectos da propriedade industrial (por ex., patentes, marcas, modelos de utilidade) previstos e regulados no novo Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro), e, por outro lado, objectos dos “direitos de autor” (por ex., obras literárias e artísticas, prestações de artistas intérpretes e executantes, produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão) previstos e regulados no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, ratificado com alterações pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, e de novo alterado pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, e, ainda, recentemente, pelos Decretos-Lei n.º 332-4/97, de 27 de Novembro no uso da autorização legislativa concedida pela alíneas a) a c) da Lei n.º 99/97, de 3 de Setembro) e, ainda, outros objectos híbridos ou *sui generis* da propriedade intelectual *tout court* não previstos e regulados *sub specie codicis*, mas antes em diplomas especiais avulsos (Lei n.º 16/89, de 30 de Junho: topografias de produtos semicondutores; Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro: programas de computador; relativamente ao direito *sui generis* dos produtores de bases de dados sobre actos de extracção e/ou reutilização do seu conteúdo, vejam-se os arts. 7.º e segs. da Directiva 96/9/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados, JO L 077, 27.3.96). A *intellectual property* caracteriza-se, *grosso modo*, pela promoção da arte e do engenho humanos, por via da atribuição espacio-temporalmente delimitada de um direito de exploração económica exclusiva sobre certas criações culturais, que revestem, portanto, natureza de bens incorpóreos ou imateriais coisificáveis (sobre a *intellectual property* vide, por exemplo: BAINBRIDGE, David, *Intellectual Property*, 3rd ed., London [et al.]: Pitman Publishing, 1996; CORNISH, W. R. (ed.), *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, 3. ed., London: Sweet & Maxwell, 1996; em língua portuguesa, veja-se: HAMMES, Bruno Jorge, *O direito de propriedade intelectual — subsídios para o ensino*, São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1996).

⁴⁹ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura, cit.*, p. 664, n. (354).

⁵⁰ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, cit.*, p. 64.

como *licença de exploração de empresa*, entendida esta como coisa incorpórea complexa e sendo aquela assimilável, para efeitos de regime jurídico, à locação^{51,52} O que significa, ainda, portanto, que esta re-caracterização jurídica do objecto dos contratos de franquia é susceptível de tornar *vexata quaestio* a conclusão apresentada pela perspectiva tradicional no que respeita ao problema da sua *natureza jurídica*.⁵³ Na verdade, os contratos de *franchising* constituem um exemplo de escola dos chamados *contratos atípicos*,⁵⁴ entendendo-se que são “contratos típicos ou nominados os que [...], além de possuírem um nome próprio (*nomen iuris*), que os distingue dos demais, constituem objecto de regulamentação específica.”⁵⁵

4.2. Não obstante, autores há que se mostram favoráveis à assimilação da franquia à empresa mercantil, com as respectivas consequências em sede de qualificação e regime jurídicos dos contratos.

Entende-se, no direito francês, que a *clientèle* constitui elemento essencial e bastante do *fonds de commerce*. Nessa medida, sustenta Le Floch⁵⁶, que o franquiado não exerce exploração distinta do *fonds de commerce* do franquiador, pois que a clientela ligada a essa exploração se deve essencialmente, *grosso modo*, à *franquia*. E, revestindo o *fonds de commerce* natureza de bem incorpóreo, que constitui objecto do direito de propriedade,

⁵¹ Não deve, por isso, confundir-se a *locação de empresa* de que cuidamos com a já tradicional *locação de estabelecimento*, ainda que, partindo da sinonímia, a esta se chame também locação de empresa (cf. PAULO de TARSO DOMINGUES, “A locação de empresa”, *RDE* 16-19(1990-1993), p. 541-566), porque nos inclinamos para o entendimento segundo o qual, em princípio, a empresa, para o ser no direito, não carece de supor “normalmente — como se disse — um determinado lastro corpóreo” (*idem, ibidem*, p. 547). Por outro lado, em termos consonantes com o que se diz em texto, sustentámos já que os acordos de franquia podem configurar “licenças de distribuição” de obras protegidas pelos direitos de autor, em especial os programas de computador, não sendo, portanto, antinómica, antes, pelo contrário, complementar, a sua caracterização simultânea como de distribuição e de licença, uma vez que aquela se faz no seio desta, a qual é, para efeitos de regime, assimilável à locação (cf. *Contratos de ‘Software’*, esp. p. 146 ss, in A. PINTO MONTEIRO, *Direito dos Contratos e da Publicidade (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996)*, Coimbra: polic., 1996). Em termos não muito distantes, embora atomizando os elementos que compõem o objecto da franquia, JÜRGEN NEBEL-TATZEL, *Der Franchisevertrag: Lizenz- oder Vertriebsvertrag? (Die rechtssystematische Einordnung des Franchisevertrages im Anschluss an die EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Franchisevereinbarungen)*, Frankfurt am Main: Lang, 1995, p. 112 (“Das Wesen des Franchising wird durch die Lizenzierung immaterieller Rechte charakterisiert”) e *passim*.

⁵² No sentido da “tipicidade do contrato de licença como contrato de locação”, CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Os efeitos da nulidade da patente sobre o contrato de licença da invenção patenteada*, Porto: UCP, 1994, p. 85.

⁵³ Trata-se de um problema recorrente, constituindo objecto principal de estudos sobre os contrato de franquia: MATHIEU, Paul-André, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville: Yvon Blais, 1989.

⁵⁴ Sobre esta categoria, *vide*, por todos: LUMINOSO, Angelo, *I contratti tipici e atipici*, Milano: Giuffrè, s/d; entre nós, PAIS VASCONCELOS, Pedro, *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995.

⁵⁵ JOÃO de MATOS ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações, I*, 9.^a ed. rev. e act., Coimbra 1996, p. 276. O Prof. Antunes Varela inclui o *franchising* no “*gurgite vasto*” das *novas figuras contratuais*, como sejam o *leasing*, o *factoring*, a *joint-venture*, o *Know-how* (assistência técnica) e o *engineering*, fruto do “poder criador permanente da liberdade contratual”, considerando, porém, que “podem facilmente ser assimiladas por sistemas jurídicos diferentes daqueles que as conceberam.” (*Idem, ibidem*, p. 278 ss). No sentido da *atipicidade legal* dos contratos de franquia: A. MENEZES CORDEIRO, “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, *ROA* 1988, p. 74-75 (“trata-se de um contrato atípico, totalmente filiado na autonomia privada das partes”); A. PINTO MONTEIRO, *Contratos, cit.*, p. 24 (“contrato atípico”); *Idem, Contrato de Agência, cit.*, 1993, p. 47 (“contrato desprovido de regime jurídico próprio”).

⁵⁶ LE FLOCH, *Le fonds de commerce (Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles)*, Paris: LGDJ, 1986, p. 198-210.

chega-se à seguinte conclusão: o franquizador é proprietário do *fonds de commerce* que o franquiado detém, em termos de locação (*location-gérance*), para fins de exploração.⁵⁷

Por seu turno, Hans Forkel sustenta que o contrato de franquia tem uma empresa por objecto, sendo reconduzível ao tipo contratual da licença.⁵⁸ Tratar-se-á, portanto, de um *contrato de licença de empresa*, atenta a sua natureza de bem imaterial. Com efeito, refere o Autor, que “no Franchising a empresa bem imaterial é o objecto licenciado, um objecto incorpóreo complexo (*ein unkörperlicher komplexer Gegenstand*)... a considerar como unidade económica... que se deixa compreender jurídico-obrigacionalmente no tráfego jurídico como unidade”⁵⁹. Vale isto por dizer, que o “Franchisepaket” contém um “Marketingkonzept”, expresso em direitos relativos a bens incorpóreos (nomeadamente, sinais distintivos e saber-fazer), apto a ser actuado dinamicamente através da licença, em que o contrato de franquia se traduz. Nessa medida será assimilável à empresa, entendida como bem imaterial (complexo), como “*eigenständiges geistiges Gut*”; sendo que, com o contrato de franquia participará o franquiado, *sine domino*, na exploração de uma empresa, entendida como bem-imaterial, de que o franquizador é titular.^{60 61}

Entre nós, J. Andrade Mesquita⁶² defendeu tese análoga. Partindo de uma concepção do ‘estabelecimento’ como *res incorporalis* pura, entende o A., porém, que o *franchising* não é qualificável como locação de estabelecimento, porque o controlo exercido pelo franquizador excede o mero “*droit de regard*” que assiste ao locador típico. Nessa medida, queda-se pela analogia do *franchising* à locação de estabelecimento, reafirmando a tese

⁵⁷ Cf. J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 63, 66, e 82, tb. em notas.

⁵⁸ HANS FORKEL, “Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen”, *ZHR* 1989, p. 511-538. Para mais desenvolvimentos sobre as diversas contelações que o *Lizenzvertrag* reveste no universo da *praxis* jurídico-negocial e sua qualificação jurídica, vide, por todos: PAGENBERG, Jochen/GEISLER, Bernhard, *Lizenzverträge (Patente, Gebrauchsmuster, Know-how, Computer Software. Kommentierte Vertragsmuster nach deutschem und europäischem Recht)* 3., durchges. Aufl., Köln [et al.]: Carl Heymans, 1991; WEINMANN, Conrad, *Die Rechtsnatur der Lizenz*, Bern: Stämpfli., 1996.

⁵⁹ HANS FORKEL, “Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen”, cit., p. 537. No sentido de que a empresa, entendida como “*unkörperliche höhere Werteinheit*”, pode constituir objecto de negócios jurídico-obrigacionais, nomeadamente, dos “Pachtverträge”: WOLFGANG HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze* (des von Adolf Baumbach begr. Werkes), 19. neub. Aufl. München: Beck, 1996, p. 88, 89.

⁶⁰ Cf. HANS FORKEL, “Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen”, cit., p. 538. No sentido da qualificação dos contratos de franquia como contratos de licença: NEBEL-TATZEL, *Der Franchisevertrag: Lizenz- oder Vertriebsvertrag?*, cit., p. 112. Por seu turno, favorável à semelhança entre o contrato de franquia e o “Rechtspacht”, sem excluir a sua aproximação, em determinadas circunstâncias, ao “Handelsvertreter”: DIETER MEDICUS, *Schuldrecht II: besonderer Teil (Ein Studienbuch)*, 8. neub. Aufl., München: Beck, 1997, p. 288. O Prof. Claus-Wilhelm Canaris, entende que o “o contrato de franquia tem também um elemento jurídico de licença”, embora defenda que “é de qualificar como contrato misto, composto, fundamentalmente, por uma combinação de elementos jurídicos de gestão de negócios, de prestação de serviços e de licença” (CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 22. neub. und erweit. Aufl. (des von Karl-Hermann Capelle begr. Werkes), München: Beck, 1995, p. 288).

⁶¹ No direito italiano, em prol da franquia como sistema e pondo em destaque a semelhança entre o *franchising* e a *cessione di azienda*, ZANELLI, Enrico, “Franchising”, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice, III*, Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1982, p. 887.

⁶² J. ANDRADE MESQUITA, “Notas acerca do contrato de franchising”, *BNCP* 1988, p. 201-232.

segundo a qual o “contrato de *franchising* deve ser, pois, qualificado como um negócio juridicamente atípico”.⁶³

4.3. No entender do Prof. Coutinho de Abreu não parece que seja de aceitar a tese da qualificação do contrato de franquia como “locação de estabelecimento”, pois que lhe faltará a premissa maior, a saber: a franquia não será assimilável ao estabelecimento.

Com efeito, nas suas palavras, o “estabelecimento explorado pelo franquiado compõe-se de diversos elementos: os prestados pelo franquizador, e os outros (prédio, máquinas, ferramentas, mobiliário, mercadorias, prestações de trabalho e de serviços, firma, etc.)”; sendo que os “bens proporcionados pelo franquizador... (por cujo uso o franquiado paga — tal como paga pelo uso de outros bens) não fazem, por si só, o estabelecimento”, pois que “têm de ser conjugados com (suportados por) outros — obtidos pelo franquiado noutras fontes —, de modo a ser possível reconhecer-se a existência de um novo e autónomo “valor de posição no mercado”; acresce que é “o franquiado que, às suas custas, ergue ou cria o conjunto organizado de meios (de diversas maneiras conseguidos) e o põe a funcionar, assim possibilitando o surgimento de efectiva clientela (“própria” do novo estabelecimento)”; sendo o franquiado, em suma, o “dono da respectiva empresa”.⁶⁴

Não obstante, contrapondo este resultado com a concepção de empresa de que se parte, levantam-se algumas dúvidas. Com efeito, vimos atrás, que, por empresa, em sentido objectivo, se entende “uma organização (...) que radica num complexo de elementos ou meios, através dos quais ela se exprime e torna reconhecível”.⁶⁵ E que dentro desses meios assumem especial importância o *saber-fazer capaz de aviamento* e objectos da propriedade industrial, em especial, os sinais distintivos do comércio. Sendo que estes bens integram aquele lastro mínimo de “valores ostensivos”, que exprimem os “valores de organização” e, uma vez entrada em funcionamento, de “exploração”, em que a empresa,

⁶³ *Idem, ibidem*, 210. Escreve o Autor: “a locação de estabelecimento é compatível com um “droit de regard” exercido pelo locador, mas não com a necessidade de este ser consultado “em todas as decisões capazes de gravemente influírem na marcha do estabelecimento” (p. 210). Note-se, porém, que o locatário de estabelecimento apenas o detém para fins de exploração, em termos de um direito pessoal de gozo. Direito esse, cujo *licere* não integra, em princípio, segundo nos parece, a faculdade de tomar “decisões capazes de gravemente influírem na marcha do estabelecimento”, na medida em tais decisões se traduzam em actos de disposição. Com efeito, na locação de estabelecimento “o locador continua a dividir a responsabilidade jurídica, enquanto esta atinge a empresa e ele é o dono dela” (ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial, cit.*, p. 18, n. 26). O gozo do locatário é pré-ordenado à exploração do estabelecimento, encontrando-se, em princípio, sujeito, no limite, ao princípio *salva rerum substantia*, que nos parece informar as transferências *pro tempore* do estabelecimento. Porém, na franquia algo distinto se passa. Porque o franquiado é dono do seu estabelecimento, tem ainda poderes de disposição sobre ele: ao contrário de um locatário de estabelecimento, pode encerrar o estabelecimento que explora a franquia sem para o efeito carecer de autorização do franquizador; de igual modo, pode negociá-lo com terceiros, na qualidade de proprietário, gozando, desde logo, enquanto tal, de uma *especial* relação de facto com valor económico junto do franquizador: com autorização deste, poderá alienar e/ou onerar, real ou pessoalmente, o seu estabelecimento, que, não obstante, continua económica e juridico-contratualmente dependente da empresa franquiada.

⁶⁴ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade, cit.*, p. 65, 66, 67.

⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 68.

enquanto *sistema mercantil*, fundamentalmente se traduz. E, ainda, que a empresa, assim caracterizada, reveste natureza de coisa incorpórea (complexa).

Acresce que à empresa mercantil, assim concebida, concluímos ser assimilável o objecto mediato dos contratos de franquia. Vimos que os bens que integram a franquia, aquando da celebração do contrato, constituem aquele *lastro mínimo de valores ostensivos*, necessários para exprimirem os valores de organização, em que a empresa, enquanto sistema mercantil, radica. Vale isto por dizer que, aquando da celebração do contrato, a franquia é composta por “um complexo de bens de produção organizados” que poderá ser considerado empresa mercantil, pois que, socorrendo-nos das palavras do Prof. Coutinho de Abreu, “à partida (em abstracto), já se revela[...] (minimamente) apto para realizar um fim económico-productivo jurídico-comercialmente qualificado — apto para garantir clientela que lhe permita “viver”, reproduzir (ao menos em termos de “reprodução simples”) os respectivos processos produtivos”; sendo que tal fim não é “infirmado pela natureza do sujeito que porá o complexo em funcionamento, nem por outras circunstâncias objectivamente reconhecíveis”⁶⁶.

Em suma, aquando da celebração do contrato de franquia é sustentável a existência de um ente mercantil susceptível de equiparação a uma empresa com aviamento. Disso fazem prova os bens que compõem a franquia, como sejam, sinais distintivos e outros objectos da propriedade industrial (patentes, modelos de utilidade, etc.) e intelectual (por ex., direitos de autor) e, ainda, em especial, o saber-fazer, nos termos do Reg.-Franquia. Sendo que essa empresa pertence ao franquizador, que a concede para fins de exploração ao franquiado. Vale isto por dizer, que o franquiado “põe em funcionamento” um complexo de bens assimilável à empresa mercantil, cuja exploração lhe é concedida pelo franquizador.

Recorde-se, ainda, que no complexo de bens que confere existência à empresa, mesmo antes de esta ter entrado em funcionamento, não têm que estar presentes aqueles bens a obter aquando do tecer da rede de clientes, fornecedores e financiadores. Mas nem sequer é isto que se passa nos contratos de franquia, pois que a *empresa franquiada* dispõe já de um *Lebensraum* próprio: a empresa que o franquiado põe em funcionamento goza já de uma rede de clientes, fornecedores e financiadores pressuposta e definida no contrato. E, mesmo que se entenda que a clientela é apenas potencial, ligando-se aos sinais distintivos, tal não obstará ao reconhecimento da existência da empresa. Com efeito, ainda nas palavras do Prof. Coutinho de Abreu, a “existência de clientela efectiva não é, pois, necessária [sendo apenas] uma das manifestações (ou índices) do [seu] aviamento”⁶⁷.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 47.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 49.

Ora, o que nós dizemos é que, aquando da celebração do contrato de franquia, existe já um ente com “valor de posição no mercado” assimilável a uma empresa apta a ser explorada, a ser posta em funcionamento, em suma, com a qualidade de aviamento. É verdade que, para pôr em funcionamento tal empresa, o franquiado precisa de obter bens junto de fornecedores e financiadores. Porém, os bens obtidos junto destes não são essenciais à existência da empresa. Acresce que esses bens são, via de regra, obtidos numa rede pressuposta e definida no contrato. O que vale ainda por dizer, que esta empresa não ostenta apenas “valores de organização” (que já bastariam) mas também “valores de exploração” em potência.

4.4. Aqui chegados, apetece convocar a dicotomia aristotélica: o franquiador concede ao franquiado a exploração de uma empresa que existe *em potência*, a qual se converte *em acto* ao ser posta em funcionamento pelo cumprimento do contrato. Ou, socorrendo-nos de uma metáfora, por via do contrato de franquia dar-se-ia a *clonagem de empresas*, a partir de um mesmo código genético⁶⁸ inscrito na franquia. Pois que, como sustenta o Prof. Coutinho de Abreu, “os estabelecimentos dos franquiados serão “absolutamente vinculados”: ligados incindivelmente aos bens proporcionados pelos franquiadores (sinais distintivos, saber-fazer, etc.). Significa isto, na prática, que esses estabelecimentos não poderão ser transmitidos, nem subsistir, sem a transmissão, ou a subsistência, da posição contratual dos franquiados (no respeitante aos contratos de franquia) — os meios proporcionados pelos franquiadores integram o “âmbito mínimo” dos estabelecimentos”.⁶⁹

Ora, mais do que vinculados a um agregado de elementos atomisticamente considerados, parece-nos que os estabelecimentos dos franquiados estão vinculados à empresa, cuja exploração é concedida pelo franquiador. Com efeito, mais do que clonagem de empresas, o que se dá, por via do contrato de franquia, é, se quisermos, *o estabelecimento de uma empresa num mercado espacio-temporalmente circunscrito no contrato*. Sendo que o estabelecimento pertence ao franquiado e a empresa pertence ao franquiador. Por outras palavras, o estabelecimento do franquiado é uma encarnação da empresa do franquiador.

4.5. Repõe-se, afinal de contas, a questão da *sinonímia*, ainda que apenas em sede jurídico-mercantil, entre empresa e estabelecimento. Fazendo nossas as palavras do Prof. Coutinho de Abreu, diremos que: “Em tese geral” pensamos também “ser legítima a utilização sinonímica dos dois vocábulos”⁷⁰.

⁶⁸ Fala a este respeito Zanelli, de um “codice genetico paradigmatico” (ZANELLI, “*Franchising*”, *cit.*, p. 889).

⁶⁹ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, *cit.*, p. 67-68.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 4. Entendimento este, aliás, consonante com a doutrina do Prof. Orlando de Carvalho: “A utilização indiscriminada dos dois termos — *estabelecimento e empresa* (comercial ou industrial), que aqui se empregam como se fossem sinónimos — visa, não apenas facilitar a leitura, mas ainda, e mormente, reunir numa só as duas *nuances* que esses dois termos sugerem. A palavra “estabelecimento” [...] tem a preferência no

Porém, em sentido objectivo, empresa e estabelecimento não são necessariamente uma e a mesma coisa. Parece-nos, por um lado, que pode haver empresa sem que haja estabelecimento (encarnado), mas não haverá estabelecimento sem empresa. Por outro lado, a mesma empresa, em sentido objectivo, pode gerar simultaneamente vários estabelecimentos, e estes não têm que pertencer à empresa, agora em sentido subjectivo, proprietária daquela 'empresa-mãe'.

Não obstante, a caracterização que a melhor doutrina, partindo da sinonímia, aponta ao estabelecimento, deverá valer também para a empresa. Porém, por nem sempre ser legítima a sinonímia⁷¹, já não valerá, em termos absolutos, para o estabelecimento. A franquia é um exemplo disso mesmo. Vejamos.

Para começar, parece razoável sustentar ser o franquiado dono do estabelecimento que explora. Com efeito, é em seu nome e por sua conta e risco que ele põe em funcionamento e explora um complexo organizado de bens produtivos. Nessa medida, serve-se de, e adquire, também, um certo saber-fazer próprio, para além de estabelecer "relações de facto com valor económico" com clientes, financiadores e fornecedores, que conferem ao seu estabelecimento "um valor de acreditamento diferencial", desde logo, dentro da rede dos franquiados. Por outro lado, assiste-lhe o direito de 'liquidar' tal complexo, encerrando ou desagregando os seus elementos⁷².

Porém, sentimos algumas dificuldades em afirmar que este estabelecimento goze de autonomia em termos de ser "um ente com identidade própria, como tal reconhecido no mundo macro-económico."⁷³ Com efeito, a identidade deste estabelecimento confunde-se com a identidade da empresa que encarna. Desde logo, porque, nas palavras do Prof. Pinto Monteiro, o franquiado "surge aos olhos do público... com a *imagem empresarial*" do franquiador⁷⁴. Mas também e, sobretudo, porque, quer na sua génese, quer no seu desenvolvimento, quer, mesmo, na sua morte — excepto no caso de "auto-liquidação" —, este estabelecimento obedece ao quadro operativo imposto pelo franquiador e ao seu controlo está sujeito, funcionando, no essencial, a partir dos meios por este proporcionados. Depois, os *poderes de disposição* do franquiado sobre o estabelecimento são quase inexistentes, carecendo sempre do 'aval' do franquiador.⁷⁵

plano objectivo [...]. O termo "empresa" [...] é referido de preferência a alguma coisa de activo, de subjectivo [...]" (ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura*, cit., p. 8, n. 3).

⁷¹ Entre nós, o Prof. Ferrer Correia, que admite não carecer o estabelecimento de encarnação para ser viável como empresa, parece "preferir a não sinonímia" (J.M. COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 4, n. 3; cf. A. FERRER CORREIA, "Sobre a projectada reforma", cit., p. 21 ss).

⁷² J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 67.

⁷³ *Idem, ibidem*, p. 44.

⁷⁴ A. PINTO MONTEIRO, *Contratos*, cit., p. 21.

⁷⁵ Referindo-se, entre outros, ao fenómeno da franquia como sintoma da tendência moderna para complicar o axioma da propriedade base da garantia, escreve o Prof. Orlando de Carvalho: "Empresa é autonomia de

Em suma, o estabelecimento do franquiado não goza de um grau de autonomia que lhe confira identidade própria, antes sendo a objectivação ou concretização — se quisermos, a encarnação — da empresa do franquizador.

4.6. E cumpre, neste ponto, distinguir a *independência do franquiado da autonomia do seu estabelecimento*. Os termos não se implicam mutuamente, isto é, a independência do franquiado não significa a autonomia do seu estabelecimento. O franquiado é juridicamente independente, pois actua em seu nome, por sua conta e risco. Sendo que toda a economia do sistema assenta na independência jurídica do franquiado — ao que não é estranho o facto de o *franchising* ter surgido (modernamente) nos finais do século XIX “em reacção à legislação *antitrust* estaduniense”⁷⁶.

O franquiado é um comerciante independente, não estando sujeito a qualquer laço de subordinação com o franquizador. Aliás, se assim fosse, tal poderia significar a existência de uma relação jurídico-laboral entre as partes. Por outro lado, o Reg.-Franquia exige, como requisito de isenção, que o acordo de franquia contenha a indicação “de commerçant indépendant” do franquiado, a fim de proteger os terceiros, que devem poder saber com quem lidam.⁷⁷ Ora, se o estabelecimento do franquiado gozasse de identidade própria no mundo macro-económico, a razão de ser desta norma seria dificilmente descortinável.

Em suma, no *franchising* permite-se a “integração do licenciado [franquiado] num sistema empresarial”, sem se prejudicar a sua “independência jurídica”⁷⁸. Ou seja, estamos perante *acordos de integração vertical*⁷⁹ celebrados com comerciantes independentes, ou seja, com outras empresas em sentido subjectivo. Porém — *et pour cause* —, o estabelecimento do franquiado não goza de suficiente autonomia, pois que a sua existência

decisão e de responsabilização, sendo, pois, ao nível dessa autonomia [...] que se coloca a identificação dela [...]” (ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial*, cit., p. 12, n. 13).

⁷⁶ CHRISTINE MATRAY, *Le contrat de franchise*, Bruxelles: Larcier, 1992, p. 11.

⁷⁷ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 89, p. 23-25. Na versão portuguesa, o art. 4.º do Reg.-Franquia dispõe: “O franqueado seja obrigado a indicar o seu estatuto de empresa independente”. Estaremos, ao que parece, em face de mais um exemplo, da utilização do termo empresa em sentido subjectivo no direito comunitário da concorrência (vide J.M. COUTINHO DE ABREU, “L’européanisation du concept d’entreprise”, *RIDE* 1995, p. 9-29).

⁷⁸ CARLOS OLAVO, *O contrato de “franchising”*, in *Novas Perspectivas de Direito Comercial*, Coimbra: Almedina, 1988 p. 169 (em termos idênticos, PETER BRÄUTIGAM, *Deliktische Aussenhaftung im Franchising (eine Untersuchung zur außervertraglichen Schadensersatzhaftung der Mitglieder von Franchise-Systemen*, Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 207: “Franchising ist[...], ein vertikal-kooperativ organisiertes Absatzsystem selbständiger Unternehmer). Pelo que, utilizando o vocábulo empresa em *sentido subjectivo*, diremos, ainda, com Maria Helena Brito: “Embora a empresa do *franchisee* seja juridicamente autónoma, do *franchising* resulta a integração na empresa do *franchisor* das empresas dos vários *franchisees*” (MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 18). Vale isto por dizer que o *franchising* consiste numa via *per mezzo* às formas tradicionais de distribuição combinando, ao mesmo tempo, a independência jurídica do franquiado com a subordinação ou não autonomia do seu estabelecimento, que surge, portanto, como um “satellite business” do franquizador (ANTONY DNES, *Franchising: A Case-study Approach*, Aldershot [et al.]: Avebury, 1992, p. 3). Ou, por outras palavras, “no *franchising* dá-se uma justaposição entre uma empresa principal e uma rede de empresas menores satélites, com a participação, agregação e relativa autonomia destas últimas no âmbito de uma estrutura organizatória descentrada mas unitária (ZANELLI, “*Franchising*”, cit., p. 886).

⁷⁹ Dizer isto significa, reconheça-se, não “inteligir contatenações, tão distantes daquele protótipo simplista, que a economia da integração e da concentração todos os dias nos apresenta” (ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial*, cit., 19).

“está estreitamente dependente do contrato de franquia”⁸⁰, isto é, da empresa que encarna.⁸¹

Acresce ainda, que a relação entre a empresa-piloto (“Pilotbetrieb” ou mãe do “System-Familie”)⁸² e os estabelecimentos franquizados, em muito se assemelha à *relação entre uma empresa principal e as suas sucursais*.⁸³ Trata-se, em ambos os casos, da chamada integração vertical. Só que, na franquia intervêm duas empresas em sentido subjectivo. De resto, em sentido objectivo, quer num caso, quer noutro, a empresa parece-nos ser, no essencial, a mesma, sendo que a sucursal e a franquia, dela permitem gerar estabelecimento. Com uma diferença: *o estabelecimento da franquia de empresa pertence a um comerciante juridicamente independente*.

5. Concluindo, resumiremos os passos mais significativos do *iter* discursivo percorrido, por via da enunciação de três proposições nucleares, seguidas, por fim, de um *terminus*.

Primeira: a *franquia*, tal como o legislador comunitário a concebe, parece ser assimilável à *empresa mercantil*, entendida como organização ou *sistema*. Sendo que, como bens que integram aquele *lastro mínimo de valores ostensivos* que exprimem os *valores de organização* e, posta em funcionamento, de *exploração*, em que a empresa radica, se hão de contar sinais distintivos (nome e insígnia, marca) e, atento o fim da empresa, outros objectos da propriedade industrial (patentes, modelos de utilidade, etc.) e intelectual *stricto sensu* (por ex., direitos de autor), bem como *saber-fazer capaz de aviamento* (isto é, que condense outras situações de facto com valor económico, que, de *per si*, não constituem elementos da empresa).

Segunda: assim caracterizada, a empresa insere-se na categoria dogmática das *coisas incorpóreas (complexas)*, sendo objecto do direito de propriedade e de outros direitos reais, e, por maioria de razão, de *direitos pessoais de gozo*.

⁸⁰ MATRAY, *Le contrat de franchise, cit.*, p. 93.

⁸¹ De referir que, a *dependência económica* do estabelecimento do franquizado, sujeito ao *controlo* e a uma *extensa e acentuada ingerência* por parte do franquizador — em ordem a executar a “*política comercial*” deste —, é o reverso dos “benefícios vários [que aquele retira] do facto de passar a pertencer a uma rede organizada”, sendo que é através dessas “regras de comportamento” que “verdadeiramente se efectua a integração... na rede ou cadeia de distribuição...” (A. PINTO MONTEIRO, “Denúncia de um contrato de concessão comercial [Anotação]”, *RLJ* Ano 130.º, 1997, p. 93 e nts. 12 e 13).

⁸² SKAUPY, *Franchising, cit.*, p. 59 e 61 (ver ainda p. 90 ss).

⁸³ Pondo em destaque as semelhanças entre a franquia e a sucursal, escreve o Prof. Pinto Monteiro: “o franquizador passa a controlar e a dirigir, através de empresas independentes, a distribuição dos bens, *como se fosse uma sua filial a agir*, mas sem os pesados custos e riscos inerentes a tal situação” (A. PINTO MONTEIRO, *Contratos, cit.*, p. 23 — *italico nosso*). Ora, a nosso ver, o *significado jurídico* correspondente a esta *realidade económica* do *franchising* parece-nos ser exprimível, no quadro da dogmática *jurídico-empresarial*, pela figura da *licença de exploração de empresa*, a qual, sem nos pronunciarmos sobre a “unificação do direito privado”, é, *por analogia*, susceptível de *ordenação serial* junto à tradicional *locatio*. Sobre a “unificação do direito privado” veja-se: ORLANDO DE CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, Coimbra 1985 [*Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — vol. 60, 1984*].

Terceira: o contrato de franquia afigura-se como uma *licença de exploração de empresa*, susceptível, nessa medida, para efeitos de ordenação na “série de tipos”⁸⁴, de assimilação à *locação de coisa incorpórea*. Sendo que, com o seu cumprimento se gera o *estabelecimento da empresa locada*; que tal estabelecimento pertence ao franquiado; e que, a *independência* jurídica deste não implica a *autonomia* daquele, que é dependente da empresa que encarna.

Terminus: a franquia deve entender-se como um “contrato de empresa”⁸⁵, pelo qual o franquiador proporciona ao franquiado “um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade de produção para a troca”, sendo que esse instrumento ‘é constituído por uma organização de meios, que funda uma unidade jurídica’.⁸⁶

⁸⁴ KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. neu bearb. Aufl., Berlin [et al.]: Springer, 1995, p. 298 ss (“Typenreihen”).

⁸⁵ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 308.

⁸⁶ Socorremo-nos do *conceito geral de empresa* em sentido objectivo (*idem, ibidem*, p. 304).