



## QUESTÕES “VERTICAIS” EM DESTAQUE:

### AGÊNCIA

#### (AGENTES DE REGIME DUAL)

### O QUÊ?

Ao longo dos últimos anos, tem-se notado uma tendência para a utilização de uma estratégia comercial que combina os modelos de agência e de distribuição. Em especial, dependendo dos produtos ou clientes envolvidos, é por vezes pedido a um parceiro comercial que atue como distribuidor independente e como agente comercial do mesmo fornecedor. Estes parceiros comerciais são referidos frequentemente como **agentes de regime dual**.

Vejamos um exemplo. Um **fornecedor de eletrodomésticos** confia num distribuidor independente para a distribuição da maioria dos seus produtos. Relativamente a um tipo novo e inovador de exaustor, o fornecedor quer manter um controlo apertado sobre o lançamento e, em especial, sobre o preço, os canais de distribuição e a relação com o cliente. Os distribuidores que estejam interessados em participar no lançamento são, portanto, convidados a fazê-lo na qualidade de agentes genuínos e não como distribuidores independentes.

A questão-chave neste contexto é se, e em que condições, o parceiro comercial pode (face ao direito da concorrência) qualificar-se como um **agente genuíno** para o novo exaustor, não obstante o seu papel misto. Como referido na “DLC countdown” n.º 4, o teste de agência genuína apenas é cumprido se o agente não assumir riscos, ou apenas assumir riscos insignificantes, associados às transações que conclui ou negocia por conta do comitente.



A dificuldade com a aplicação do teste neste cenário prende-se com a distinção entre investimentos e custos relacionados com a relação de agência e os que são relacionados com a distribuição independente. Isto releva em especial quanto a investimentos específicos ao mercado, i.e., investimentos em promoção de vendas ou investimentos especificamente ligados à transação, tais como equipamentos, instalações e formação de equipas.

## O REGIME ATUAL

O “Regulamento Verticais” e as “Orientações Verticais” **não fornecem orientação relevante** relativamente a agentes de regime dual.

Na sequência da adoção do “Regulamento Verticais” e das “Orientações Verticais”, parece ter-se desenvolvido uma preocupação crescente por parte da DG Concorrência da Comissão Europeia de que a agência possa desencadear efeitos colaterais sobre a situação do parceiro comercial como distribuidor independente. Se o parceiro comercial qualifica como um agente genuíno, o fornecedor tem o direito de definir o preço do produto (no nosso exemplo: o novo exaustor) e restringir os clientes a quem as vendas são feitas. O risco que se pode colocar ao nível do direito da concorrência é que, por consequência, o agente seja incentivado a definir preços mais elevados para os outros eletrodomésticos que vende como distribuidor independente. Por outras palavras, a implementação da política de preços que o agente deve cumprir em relação às vendas ao abrigo do contrato de agência levaria à definição de preços mais elevados para os outros produtos.

Em 2021, a Comissão Europeia preparou um *Working Paper* “*Distributors that also act as agents for certain products for the same supplier*” (“Distribuidores que também atuam como agentes relativamente a certos produtos para o mesmo fornecedor”) (“Working Paper”). O *Working Paper* reflete as mencionadas preocupações e fornece um enquadramento para a aferição dos agentes de regime dual.

## O FUTURO A PARTIR DE 1 DE JUNHO DE 2022?

O *Working Paper* está refletido em larga medida nas atuais propostas das “Orientações Verticais”.



De acordo com essas propostas, um distribuidor independente de um fornecedor pode atuar também como um agente para outros produtos ou serviços do mesmo fornecedor, desde que cada uma das seguintes condições seja cumprida:

- Tem de ser possível uma **definição efetiva** dos riscos comerciais e financeiros relacionados com a agência. É este, por exemplo, o caso quando a agência respeita a produtos ou serviços que apresentam funcionalidades adicionais ou novas características.
- O distribuidor independente tem de ser **genuinamente livre** de celebrar contratos de agência. Por exemplo, o fornecedor não pode ameaçar cessar o contrato de distribuição, ou piorar os seus termos e condições, se o distribuidor não concordar com o estabelecimento de uma relação de agência.
- Todos **os riscos comerciais e financeiros** (incluindo investimentos específicos ao mercado) relacionados com produtos ou serviços cobertos pelo contrato de agência devem ser suportados pelo comitente-fornecedor.

No que respeita a investimentos específicos ao mercado, as propostas atuais de Orientações Verticais estabelecem que o comitente deve reembolsar todos os investimentos feitos no quadro da atividade do agente. Apenas não precisam de ser reembolsados aqueles investimentos que dizem respeito exclusivamente à venda de produtos diferenciados (mesmo dentro do mesmo mercado do produto) na qualidade de distribuidor independente.

No entanto, o exemplo apresentado no projeto de “Orientações Verticais” aplica estes princípios de uma forma muito **rígida**. Mesmo para produtos diferenciados que pertençam ao mesmo mercado do produto, a regra parece ser a de que os investimentos específicos ao mercado relacionados com a totalidade do mercado do produto devem ser cobertos na totalidade pelo fornecedor. Se tal condição não for cumprida, a regra parece excluir a possibilidade de qualificação como um agente genuíno.

Isto significa, para o nosso exemplo em concreto, que o comitente deve pagar pela configuração da loja ou por investimentos promocionais que estejam relacionados, não apenas com o novo e inovador exaustor, mas também com outros modelos de exaustor que são vendidos ao abrigo da qualidade de distribuidor independente. O comitente não tem de cobrir quaisquer investimentos relacionados com outros eletrodomésticos, como máquinas da loiça e fornos.



## EM TERMOS PRÁTICOS

O teste para qualificação como um agente genuíno (num cenário de regime dual) torna-se muito **pesado e oneroso**. De forma a organizar o lançamento de um determinado novo produto através de uma agência genuína, o fornecedor deve em princípio cobrir todos os investimentos específicos ao mercado relacionados com a totalidade do mercado do produto ao qual o novo produto pertence.

## COMENTÁRIO

É difícil compreender por que razão as preocupações acima explanadas (efeitos colaterais no nível de preços como distribuidor independente) se traduziram numa posição extrema em termos de investimentos específicos ao mercado a ser suportados pelo fornecedor. Se o cenário de agência for usado para colocar **pressão sobre os preços** no contexto de uma distribuição independente, a forma adequada de lidar com isso é através do RPM (“resale price maintenance” – “fixação de preço de revenda”). A via que foi escolhida, da “alocação de custos”, é simplesmente, na prática, um obstáculo a cenários de regime dual. Por duas razões: os custos são demasiado altos e, em caso de erro, as consequências são demasiado sérias (entra em conflito com a lista negra da isenção por categoria).

É duvidoso que a abordagem escolhida seja compatível com o teste estabelecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça. De forma a cumprir com essa jurisprudência, um teste “contrafactual” pareceria suficiente: considere um cenário em que a agência não existiria e considere os custos que desapareceriam. Estes custos são os que têm de ser cobertos pelo fornecedor.

O mérito desta crítica fica demonstrado se contemplarmos um cenário em que o fornecedor não nomeia o seu próprio distribuidor, mas o de um concorrente, como o seu agente (genuíno). Em tal cenário, o fornecedor teria de cobrir apenas os investimentos específicos ao mercado relacionados com a agência, e não os investimentos feitos pelo distribuidor no que respeita aos produtos do concorrente que pertencem ao mesmo mercado do produto. Isto é simplesmente ilógico e, acrescidamente, inconsistente com a teoria do dano que é invocada para justificar o extremado requisito de alocação de custos para qualificar como um agente genuíno.



Distribution Law Center

DRIVEN BY CONTRAST

## O **DISTRIBUTION LAW CENTER**

As “*countdown newsletters*” são-lhe oferecidas pela [SRS Advogados](#), cujo [departamento de Direito da Concorrência](#) é o parceiro português do [DLC](#).

Caso necessite de mais informação, por favor contacte os sócios de direito da concorrência da SRS Advogados:

[Gonçalo Anastácio](#) ou [Sara Estima Martins](#).



A ENTRADA EM VIGOR DO REGULAMENTO VERTICAIS FINAL REVISTO ESTÁ PREVISTA PARA 1 DE JUNHO DE 2022.

### **QUER SABER MAIS? MANTENHA-SE ATENTO...**

Em contagem decrescente para 1 de junho de 2022, pretendemos disponibilizar-lhe atualizações regulares para preparar cabalmente a sua empresa para este futuro. Por favor consulte o site do *Distribution Law Center* ([www.distributionlawcenter.com](http://www.distributionlawcenter.com)) ou a sua [página de LinkedIn](#) para muito mais informação sobre as regras relativas a acordos verticais, cobrindo quer o direito da concorrência quer o direito comercial. 27 equipas especializadas de todo o Espaço Económico Europeu estão a trabalhar afincadamente para transformar o site na sua fonte de orientação e informação favorita.