

03

DLC COUNTDOWN



NEWSLETTER 03 DO DLC E SRS SOBRE NOVAS REGRAS DE ACORDOS VERTICAIS ENTRE EMPRESAS

AGÊNCIA (REQUISITOS JURÍDICOS)

TEMA

A natureza do contrato de agência desencadeia a aplicação de um regime específico de direito da concorrência. Este regime baseia-se numa separação entre (i) o papel assumido pelo agente que atua como intermediário do comitente (i.e., quando este tenta assegurar uma transação para o comitente) e (ii) a posição do agente como prestador de serviços de agência a comitentes.

No que respeita à segunda situação, o agente atua como uma empresa **separada** do comitente. Isto faz com que os serviços de agência estejam disponíveis no mercado. Neste contexto, as regras de direito da concorrência da UE aplicam-se na íntegra, como acontece em qualquer outra situação em que as empresas oferecem serviços.

Já a primeira situação é diferente. É aqui que as regras de direito da concorrência entram em jogo. Na verdade, o agente atua como uma **extensão** do comitente. O agente esforça-se por angariar negócio para o comitente. Sob determinados pressupostos, este papel do agente não desencadeia a aplicação de regras de direito da concorrência da UE uma vez que o agente é considerado parte integrante do comitente (de forma semelhante aos colaboradores do comitente).

Se as condições estiverem preenchidas, as consequências práticas são consideráveis. O comitente poderá determinar o preço a que o agente deverá fazer as transações em seu nome. Isto significa que não há risco de práticas proibidas de **fixação vertical de preços** ou RPM (“*resale price maintenance*”, i.e., fixação de preço de revenda). O comitente pode também decidir de forma absoluta onde o agente deverá estar ativo e com que clientes pode lidar. Isto significa que não há risco de **restrições territoriais ou de clientela** que sejam proibidas.

O REGIME ATUAL

As atuais Orientações Verticais, que acompanham o atual “Regulamento Verticais”, estabelecem que o fator determinante para a definição de um contrato de agência para efeitos de direito da concorrência é o risco comercial ou financeiro assumido pelo agente em relação às atividades para as quais foi nomeado pelo comitente (o “teste de agência”). De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o teste de agência apenas é cumprido se o agente não assumir riscos, ou apenas assumir riscos insignificantes, associados às transações celebradas ou negociadas por conta do comitente.

Imagine que é pedido a um agente que suporte o custo de transporte dos produtos do comitente até aos clientes, ou que tenha de manter *stocks* de tais produtos por sua própria conta e risco. Nestes casos, o agente assume riscos que colocam em causa o seu estatuto como agente “genuíno” para efeitos do direito da concorrência da UE. A natureza e o nível de tais riscos financeiros ou comerciais fazem com que o agente atue no mercado como um operador independente e não como um operador cuja atuação no mercado é atribuível ao comitente.

As Orientações Verticais referem três tipos de riscos que são relevantes e incluem uma lista não taxativa de exemplos práticos de cada categoria:

- **Riscos específicos aos contratos:** estes riscos estão diretamente relacionados com os contratos celebrados ou negociados pelo agente por conta do comitente. Exemplos práticos são o financiamento de *stocks*, o custo de transporte de bens, a responsabilidade perante terceiros pelos danos causados pelos produtos vendidos e a responsabilidade pelo não cumprimento por parte dos clientes.
- **Riscos específicos aos mercados:** trata-se de investimentos exigidos especificamente pelo tipo de atividade para a qual o agente foi nomeado pelo comitente e são normalmente irrecuperáveis, o que significa que não podem ser utilizados para outras atividades (ou só podem ser utilizados a custos significativos) se o agente deixar de atuar por conta do comitente. Exemplos práticos incluem investimentos na promoção das vendas ou investimentos diretamente ligados às transações, tais como equipamento, instalações e formação dos colaboradores.
- **Riscos relacionados com outras atividades desenvolvidas no mesmo mercado do produto, que o comitente solicite ao agente que leve a cabo por sua própria conta e risco, a não ser que sejam totalmente reembolsadas pelo comitente.** A relevância prática desta categoria de risco dependerá das circunstâncias concretas da situação e do mercado em causa.



Se o teste de agência relativo às categorias de risco acima mencionadas *não* for cumprido, o agente estará sujeito ao mesmo regime de direito da concorrência da UE aplicável a um distribuidor independente. No cenário oposto (i.e., se não for assumido nenhum risco, ou apenas for assumido um risco insignificante), o agente não estará sujeito a tal regime e será considerado como parte integrante do comitente.

O FUTURO A PARTIR DE 1 DE JUNHO DE 2022?

As atuais propostas da Comissão mantêm o teste de agência, o qual se baseia na ausência de risco ou nível insignificante de risco assumido pelo agente. É de prever que esta posição se mantenha nas futuras propostas alteradas (esperadas já para o início de 2022) e nos textos definitivos. Assim, o **cerne do teste de agência mantém-se o critério do risco**. As propostas atuais das Orientações Verticais acrescentam, contudo, que esta **exceção deve ser interpretada restritivamente**.

Os mesmos três tipos de riscos estão identificados nas propostas atuais, mas é adicionado um **novo teste** para medir o significado dos riscos assumidos pelo agente. É feita referência às receitas geradas pelo agente através da prestação de serviços de agência (e.g. a comissão paga pelo comitente ao agente) ao invés de às receitas geradas pela venda dos produtos ou serviços cobertos pelo contrato de agência ou ao perfil geral do agente (para quem as atividades de agência desenvolvidas para o comitente podem representar apenas uma fração da sua atividade).

As propostas atuais das Orientações Verticais clarificam que um comitente pode usar vários métodos para eliminar os riscos do agente através do **reembolso dos custos relevantes**. Para o efeito, o comitente pode reembolsar ao agente os custos exatos por este incorridos, pagar-lhe uma quantia fixa única, ou pagar-lhe uma percentagem fixa das receitas realizadas através da venda de bens ou serviços ao abrigo do contrato de agência. Cada um destes métodos de reembolso apenas é válido se assegurar que o agente não assume riscos ou apenas assume riscos insignificantes.

De acordo com a Comissão, pode, portanto, ser necessário estabelecer um **método simples** para o agente declarar e requerer o reembolso de todos os custos que excedam a quantia fixa única acordada ou a percentagem fixa. Pode também ser necessário que o comitente **monitorize sistematicamente** quaisquer alterações aos custos relevantes, de forma a adaptar a quantia fixa única ou a percentagem fixa aos mesmos.

Quando os custos relevantes forem reembolsados por via de uma percentagem do preço dos produtos vendidos ao abrigo do contrato de agência, o comitente deve ter em conta o facto de o agente poder

incorrer em **riscos específicos aos mercados** (o segundo tipo de riscos), mesmo quando ele faz poucas ou nenhuma vendas durante um certo período de tempo. Tais custos devem ser reembolsados pelo comitente independentemente do nível de atividade desenvolvida pelo agente.

EM TERMOS PRÁTICOS

- O teste de agência baseado no **nível de risco** assumido pelo agente mantém-se integralmente aplicável nas atuais propostas da Comissão.
- As atuais propostas da Comissão apelam a uma **interpretação restritiva** do teste de agência.
- As atuais propostas da Comissão medem o **significado do risco** incorrido pelo agente através das receitas do agente pelos serviços de agência prestados por conta do comitente (tipicamente as comissões recebidas).
- As atuais propostas da Comissão oferecem uma panorâmica muito detalhada relativamente à possibilidade de **reembolso dos custos de agente**. O mecanismo de reembolso não tem em si mesmo uma importância decisiva. A questão-chave consiste em saber se o mecanismo está concebido de tal forma que elimine todos os riscos, ou os coloque a um nível mínimo.

COMENTÁRIO

Há pelo menos três aspetos marcantes nas atuais propostas da Comissão e será interessante ver se se vão manter nas propostas alteradas:

- O apelo a uma **interpretação restritiva** do teste de agência parece refletir um grau de desconfiança da Comissão no que respeita ao recurso à agência “genuína” (isto é, à agência que escapa à aplicação das regras de concorrência da UE). Esta abordagem é desnecessária e, de facto, gera insegurança jurídica. O teste de agência (que se baseia na jurisprudência do Tribunal e exige a não assunção de risco ou a assunção de risco insignificante) já é atualmente muito restritivo em si mesmo.
- Medir o nível do risco assumido através das **receitas geradas através dos serviços de agência em causa é uma opção de política**. Um parâmetro igualmente válido (e presumivelmente mais relevante do ponto de vista económico) pode ser medir o risco através do perfil global do agente.
- As propostas atuais da Comissão suscitam algumas dúvidas sobre se os **custos incorridos noutros mercados relevantes** devem ser tidos em consideração no teste de agência. A



jurisprudência do Tribunal é clara no sentido de que tal extensão não é justificável. As referências ao caso *Mercedes* nas propostas atuais não parecem apropriadas neste contexto.

O DISTRIBUTION LAW CENTER É O SEU PORTO DE ABRIGO...

Uma das missões do *Distribution Law Center* é fornecer informação acessível sobre o direito aplicável aos acordos verticais. Em linha com tal missão, o *Distribution Law Center* divulga “*countdown newsletters*” com orientações práticas, completas e funcionais sobre as alterações expectáveis. Este contributo baseia-se nas propostas mais recentes emitidas pela DG Concorrência e tais orientações podem ser modificadas quando estiverem disponíveis propostas alteradas.

Em contagem decrescente para 1 de junho de 2022, o nosso objetivo é disponibilizar-lhe **atualizações regulares**, bem como do necessário conhecimento jurídico para preparar cabalmente a sua empresa. Nós seremos a sua fonte de informação de confiança relativamente a esta complexa área do Direito.

As “*countdown newsletters*” são enviadas aos nossos destinatários habituais e que manifestaram interesse neste tipo de informação. Sinta-se, contudo, à vontade para divulgar o seu conteúdo com terceiros e a sugerir a subscrição das “*countdown newsletters*”, seguindo o *Distribution Law Center* através da sua plataforma (www.distributionlawcenter.com), ou, em português, no **site** da SRS:

www.srslegal.pt

www.srslegal.pt/pt/comunicacao/newsletters/

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.

As outras sociedades de advogados que participam no *Distribution Law Center* são: Arntzen de Besche, Arnecke Sibeth, Banning, Cederquist, Chrysses Demetriades & Co, CMS Francis Lefebvre, contrast, Delchev & Partners, Dittmar & Indrenius, Divjak Topić Bahtijarević & Krka, Eisenberger + Herzog, Eversheds, Havel & Partners, Horten, Kyriakides Georgopoulos, Modzelewska & Pašnik, Muşat & Asociații, Pavia e Ansaldo, Pérez-Llorca, Philippe & partners, SBGK, Šelih & partnerji e TGS Baltic.



Distribution Law Center

DRIVEN BY CONTRAST



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) 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.