



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 10 de setembro de 2015¹

Processo C-315/14

Marchon Germany GmbH
contra
Yvonne Karaszkievicz

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha)]

«Diretiva 86/653/CEE — Artigo 17.º — Agentes comerciais independentes — Cessação de um contrato — Direito a indemnização dos agentes comerciais — Conceito de ‘novos clientes’»

I – Introdução

1. Será possível ter «sol na eira e chuva no nabal»? Esta é a questão que se coloca no caso presente, em que o órgão jurisdicional de reenvio gostaria de saber se os clientes existentes de um comitente podem, para efeitos de uma disposição do direito derivado da UE e sob determinadas circunstâncias, ser considerados «novos clientes».
2. Nos termos do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), primeiro travessão, da Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (a seguir «diretiva»)², um agente comercial tem direito a uma indemnização após a cessação do seu contrato se «tiver angariado novos clientes para o comitente ou tiver desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente». O órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se a expressão «novos clientes» pode, em determinadas circunstâncias, englobar também os *clientes existentes* de um comitente, ou seja, os clientes que já mantinham anteriormente relações comerciais com o comitente, mas que nunca tinham adquirido determinadas marcas de entre toda a gama de produtos do comitente.
3. Estará, então, a expressão «novos clientes», na sua essência, relacionada com a identidade dos clientes ou com os produtos que estes adquirem?
4. O presente pedido de decisão prejudicial, apresentado pelo Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo) (Alemanha), no âmbito de um processo que opõe Yvonne Karaszkievicz, agente comercial, à Marchon Germany GmbH, uma empresa produtora e grossista de diversas marcas de armações de óculos, com vista ao pagamento de uma indemnização por cessação de um contrato de agência, representa para o Tribunal Justiça a primeira oportunidade de interpretar o conceito de «novos clientes» constante do artigo 17.º da diretiva.

1 — Língua original: inglês.

2 — JO 1986, L 382, p. 17.

5. Proponho que o Tribunal de Justiça responda que o artigo 17.º da diretiva não obsta, em determinadas circunstâncias, à aplicação de um regime jurídico nacional nos termos do qual também podem ser «novos clientes» os clientes que o agente comercial angariou e com quem o comitente já havia tido relações comerciais.

6. Por conseguinte, dado que esta interpretação conduz à obrigação de pagamento da indemnização por parte do comitente, entendo que o artigo 17.º da diretiva tem como consequência um comitente não poder ter «sol na eira e chuva no nabal».

II – Quadro jurídico

A – *Direito da União*

7. O segundo considerando do preâmbulo da diretiva dispõe:

«[...] as diferenças entre as legislações nacionais em matéria de representação comercial afetam sensivelmente, no interior da Comunidade, as condições de concorrência e o exercício da profissão e diminuem o nível de proteção dos agentes comerciais nas relações com os seus comitentes, assim como a segurança das operações comerciais; [...] por outro lado, essas diferenças são suscetíveis de dificultar sensivelmente o estabelecimento e o funcionamento dos contratos de representação comercial entre um comitente e um agente comercial estabelecidos em Estados-Membros diferentes.»

8. O artigo 1.º, n.º 2, da diretiva prevê:

«Para efeitos da presente diretiva, o agente comercial é a pessoa que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada ‘comitente’, quer de negociar e concluir tais operações em nome e por conta do comitente.»

9. O artigo 3.º, n.º 2, da diretiva estipula:

«O agente comercial deve, em especial:

- a) Aplicar-se devidamente na negociação e, se for caso disso, na conclusão das operações de que esteja encarregado;

[...]»

10. Nos termos do artigo 17.º da diretiva:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar ao agente comercial, após a cessação do contrato, uma indemnização, nos termos do n.º 2, ou uma reparação por danos, nos termos do n.º 3.

2.

- a) O agente comercial tem direito a uma indemnização se e na medida em que:

- tiver angariado novos clientes para o comitente ou tiver desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente e ainda se resultarem vantagens substanciais para o comitente das operações com esses clientes, e

- o pagamento dessa indemnização for equitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente as comissões que o agente comercial perca e que resultem das operações com esses clientes. Os Estados-Membros podem prever que essas circunstâncias incluam também a aplicação ou não de uma cláusula de não concorrência na aceção do artigo 20.º;
 - b) O montante da indemnização não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente comercial durante os últimos cinco anos, e, se o contrato tiver menos de cinco anos, a indemnização é calculada com base na média do período;
 - c) A concessão desta indemnização não impede o agente comercial de reclamar uma indemnização por perdas e danos.
3. O agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação das suas relações com o comitente. Esses danos decorrem, nomeadamente, da cessação em condições:
- que privem o agente comercial das comissões que receberia pela execução normal do contrato, e que simultaneamente proporcionem ao comitente vantagens substanciais ligadas à atividade do agente comercial,
 - e/ou que não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do comitente.
4. O direito à indemnização referido no n.º 2 ou a reparação por danos referida no n.º 3 existe igualmente quando a cessação do contrato ficar a dever-se à morte do agente comercial.
5. O agente comercial perde o direito à indemnização nos casos referidos no n.º 2 ou reparação por danos nos casos referidos no n.º 3, se, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, não notificar o comitente de que pretende receber a indemnização.
6. A Comissão apresentará ao Conselho, no prazo de oito anos a contar da notificação da presente diretiva, um relatório sobre a aplicação do presente artigo, submetendo-lhe eventualmente propostas de alteração.»
11. Nos termos do artigo 18.º da diretiva:
- «Não é devida a indemnização ou a reparação referida no artigo 17.º:
- a) Quando o comitente tiver posto termo ao contrato por um incumprimento imputável ao agente comercial e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento da cessação do contrato sem prazo;
 - b) Quando o agente comercial tiver posto termo ao contrato, a não ser que essa cessação seja devida a circunstâncias imputáveis ao comitente ou à idade, enfermidade ou doença do agente comercial que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas atividades;
 - c) Quando, por acordo com o comitente, o agente comercial ceder a terceiros os direitos e obrigações que para ele decorrem do contrato de agência.»

B – Legislação alemã

12. O § 89b, n.º 1, do «Handelsgesetzbuch» (Código Comercial alemão) (a seguir o «HGB») estipula o seguinte:

«O agente comercial pode, após a cessação do contrato, exigir do comitente uma indemnização adequada, se e na medida em que:

1. O comitente, mesmo depois da cessação do contrato, retirar vantagens substanciais das operações com novos clientes angariados pelo agente comercial e

2. O pagamento de uma indemnização for equitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, particularmente a perda das comissões do agente comercial resultantes dos negócios com esses clientes

É equiparado à angariação de novos clientes o desenvolvimento do volume das operações com um cliente existente em termos de tal modo significativos que isso equivalha, de um ponto de vista comercial, à angariação de um novo cliente.»

III – Factos, processo principal e questão prejudicial

13. Y. Karaszkiwicz, demandante no processo principal, trabalhou de setembro de 2008 até junho de 2009 como agente comercial para a Marchon Germany GmbH, empresa produtora e grossista de diversas marcas de armações de óculos e demandada no processo principal. O litígio entre as partes prende-se com a reclamação por Y. Karaszkiwicz de uma indemnização na sequência da cessação do seu contrato.

14. A Marchon Germany trabalha com um certo número de agentes comerciais, aos quais confia a comercialização de coleções de armações de óculos de determinadas marcas, mas não a totalidade da sua gama de produtos. Y. Karaszkiwicz foi encarregada da comercialização das coleções de armações de óculos da marca C. K. e F, concorrendo assim com outros representantes da Marchon Germany, aos quais tinha sido confiada a comercialização de outras coleções de marcas de armações de óculos

15. A Marchon Germany pôs à disposição de Y. Karaszkiwicz uma lista de clientes composta por óticos que já tinham adquirido outras coleções de armações de óculos de outras marcas à Marchon Germany.

16. Após a cessação do seu contrato de agência, Y. Karaszkiwicz exigiu uma indemnização de agente comercial, nos termos do § 89b, n.º 1, do HGB, que a Marchon Germany se recusou a pagar. Y. Karaszkiwicz alegou, *inter alia*, que os óticos que, graças aos seus esforços, tinham adquirido armações de óculos das marcas C. K. e F pela primeira vez deviam ser considerados «novos clientes», mesmo que já tivessem sido anteriormente clientes da Marchon Germany para outras marcas de armações de óculos.

17. O Landgericht München I (tribunal de primeira instância) considerou que os clientes angariados por Y. Karaszkiwicz que já tinham adquirido outras coleções à Marchon Germany deviam efetivamente ser considerados «novos clientes». Procedeu, contudo, por razões de equidade, a uma redução de 50% do valor da indemnização, a fim de ter em conta a lista que Y. Karaszkiwicz havia recebido da Marchon Germany, uma vez que a comercialização dos óculos é mais fácil para o agente comercial se o cliente já conhecer o seu parceiro comercial.

18. A Marchon Germany interpôs recurso para o Oberlandesgericht München (tribunal de recurso), que lhe negou provimento.

19. A Marchon Germany interpôs recurso de revista («Revision») para o Bundesgerichtshof, alegando que o pedido de indemnização de agente comercial devia ser julgado improcedente.

20. Por considerar que a decisão do processo nacional relativo à indemnização depende da interpretação do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), primeiro travessão, da diretiva, em particular do conceito de «novos clientes», o Bundesgerichtshof suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º, n.º 1, alínea b), do TFEU, a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 17.º, n.º 2, alínea a), primeiro travessão, da Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais, ser interpretado no sentido de que obsta à aplicação de um regime jurídico nacional nos termos do qual também podem ser ‘novos clientes’ [os clientes] que o agente comercial angariou [e que] já [tinham efetuado] operações [comerciais com o comitente] relativamente a produtos [da gama comercializada] por este último, mas não [a] produtos que o comitente incumbiu exclusivamente o agente comercial de [comercializar]?»

21. Foram apresentadas observações escritas pela Marchon Germany, os Governos alemão e checo bem como pela Comissão Europeia. Teve lugar uma audiência em 4 de junho de 2015.

IV – Análise

22. As partes no processo principal estão em desacordo quanto à questão de saber se, após a cessação de um contrato, um agente comercial tem o direito de obter o pagamento de uma indemnização pelo comitente nos termos do § 89b, n.º 1, do HGB, que transpõe o artigo 17.º, n.º 2, da diretiva.

A – Contexto da questão prejudicial

1. Objetivos da diretiva

23. O artigo 17.º da diretiva deve ser interpretado à luz dos objetivos visados por esta última e do regime que a mesma institui³.

24. É indiscutível que a diretiva tem como objetivo coordenar as legislações dos Estados-Membros no que diz respeito à relação jurídica entre as partes num contrato de agência comercial⁴, independentemente de quaisquer elementos transfronteiriços⁵. Decorre do segundo considerando da diretiva que esta visa, *inter alia*, uniformizar as condições de concorrência no interior da UE, suprimir as restrições ao exercício da profissão de agente comercial e aumentar a segurança das operações comerciais⁶. Para além disso, o Tribunal de Justiça, esclareceu em muitas ocasiões que a diretiva se

3 — V. acórdãos Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, n.º 17), e Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 13). V. também Thume, K.-H., «Grenzüberschreitende Vertriebsverträge», em *Internationales Handelsrecht* 2009, pp. 141 a 153, em especial p. 142.

4 — V. acórdãos Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, n.º 10); Centrosteeel (C-456/98, EU:C:2000:402, n.º 13); Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, n.º 18); Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 14); e Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, n.º 36). V. também, por exemplo, Fock, T., *Die europäische Handelsvertreter-Richtlinie*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p. 25.

5 — V. acórdão Centrosteeel (C-456/98, EU:C:2000:402, n.º 13). Para mais informações relativamente aos diferentes contextos jurídicos dos Estados-Membros selecionados antes da entrada em vigor da diretiva, v., por exemplo, a perspetiva histórica em Fock, T., *Die europäische Handelsvertreter-Richtlinie*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, p. 43 e segs.

6 — V. acórdãos Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, n.º 17); Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, n.º 23); Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, n.º 19); e Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, n.º 37).

destina, em especial, a proteger os agentes comerciais nas suas relações com os seus comitentes e, para o efeito, estabelece, nomeadamente, regras que regulam a celebração e a cessação do contrato de agência (artigos 13.º a 20.º da diretiva)⁷. A diretiva estabelece regras imperativas⁸ que preveem requisitos mínimos de proteção para o agente comercial⁹.

25. Assim, as regras em matéria de indemnização dos agentes comerciais por ocasião da cessação da relação contratual com o comitente, consagradas no artigo 17.º da diretiva, devem ser entendidas no sentido de que visam proteger os agentes comerciais¹⁰.

2. Regime de indemnização ou de reparação por danos estabelecido pelo artigo 17 da diretiva

26. O artigo 17.º da diretiva obriga os Estados-Membros a adotar um mecanismo que permita atribuir uma compensação ao agente comercial após a cessação de um contrato. Os Estados-Membros podem escolher entre duas opções: uma indemnização, de acordo com os critérios enunciados no artigo 17.º, n.º 2, ou uma reparação por danos, nos termos do artigo 17.º, n.º 3, da diretiva¹¹. A Alemanha optou pelo regime indemnizatório previsto no artigo 17.º n.º 2 da diretiva¹².

27. Uma indemnização desta natureza representa as vantagens de que o comitente continua a beneficiar graças aos esforços do agente comercial¹³. O legislador comunitário considerou este regime indemnizatório necessário, tendo em conta que o agente apenas terá recebido comissões durante o período de vigência do contrato, que, regra geral, não refletirão o valor do « *goodwill* » **gerado para o comitente**¹⁴.

28. Por conseguinte, o agente comercial deve receber uma indemnização pelo aumento do valor do «goodwill» que gerou para o comitente em resultado das operações realizadas com os clientes. Assim, no caso de não ter sido gerado qualquer «goodwill» ou de o comitente não poder retirar qualquer vantagem da clientela existente, não se justifica o pagamento de uma indemnização¹⁵. De acordo com o artigo 17.º, n.º 2, da diretiva, o agente comercial tem direito a uma indemnização *se e na medida em que* estejam preenchidas determinadas condições. Assim, o artigo 17.º, n.º 2, da diretiva estabelece as duas condições que determinam a concessão, ou não, de uma indemnização, bem como o método utilizado para o seu cálculo¹⁶.

7 — V. acórdãos Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, n.º 13); Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, n.ºs 20 e 21); Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, n.ºs 19 e 22); Chevassus-Marche (C-19/07, EU:C:2008:23, n.º 22); e Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 14). V. também Macgregor, L., «Case Comment Compensation for commercial agents: an end to plucking figures from the air?», em *Edinburgh Law Review* 2008, pp. 86 a 93, em especial p. 87.

8 — V. acórdãos Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, n.ºs 21 e 22); Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, n.ºs 22 e 34); e Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, n.º 40).

9 — V. acórdão Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, n.º 52). V. também Rott-Pietrzyk, E., «Agent Handlowy — Regulacje Polskie i Europejskie», C. H. Beck, Varsóvia, 2006, p. 68.

10 — V. acórdão Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, n.º 24).

11 — Para uma explicação destas duas opções, v., por exemplo, Rott-Pietrzyk, E., «Kommentar zu Direktive der Rat Nr 86/653 z 18 grudnia 1986 roku w sprawie harmonizacji praw państw członkowskich dotyczących niezależnych agentów handlowych», em M. Pazdan (ed), *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego, Tom 19/20*, Katowice, 2000, pp. 235 a 294, em especial p. 275; McGee, A., «Termination of a commercial agency — the agent's rights», em *Journal of Business Law* 2011, pp. 782 a 799, em especial p. 786; Carr, B., «Legislative Comment — The UK Commercial Agents Regulation 1993 (Council Directive 86/653/EC)», em *International Business Law Journal* 1995, pp. 51 a 62, em especial p. 59; Gardiner, C., «The EC (Commercial Agents) Directive: twenty years after its introduction, divergent approaches still emerge from Irish and UK courts», em *Journal of Business Law* 2007, pp. 412 a 441, em especial p. 426.

12 — V. acórdão Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 16). V. também Stellhorst, U., *Der Ausschluss des Ausgleichs gemäß § 89b Abs 3 HGB*, em I. Saenger e R. Schulze (ed.), *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000, p. 17.

13 — V., por exemplo, Guski, R., «Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und seine Verwirkung: zur prinzipienorientierten Teleologie des Gemeinschaftsprivatrechts», em *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2009, pp. 286 a 296, em especial p. 288. V. Ball, W., *Rechtsnatur und Funktion des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, I. Saenger e R. Schulze (ed.), *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000, p. 17.

14 — V. relatório da Comissão referente à aplicação do artigo 17.º da diretiva do Conselho relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (86/653/CEE), [COM(96) 364 final, p. 1].

15 — *Ibid.*

16 — V. acórdãos Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, n.ºs 33 a 35), e Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 18).

29. O artigo 17.º, n.º 2, da diretiva prevê cinco condições que regem este regime indemnizatório.
30. Em primeiro lugar, para o artigo 17.º da diretiva ser aplicável, o *contrato* entre o agente comercial e o comitente deve ter *cessado*.
31. Em segundo lugar, o agente comercial deve ter angariado «novos clientes» para o comitente ou «desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente» [primeiro travessão do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da diretiva].
32. Em terceiro lugar, o comitente deve continuar a retirar vantagens comerciais das operações com esses clientes [primeiro travessão do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da diretiva].
33. Em quarto lugar, o montante estabelecido com base nos critérios acima referidos deve ser *equitativo*, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, nomeadamente as comissões que o agente comercial perca e que resultem das operações com esses clientes [artigo 17.º, n.º 2, alínea a), segundo travessão, da diretiva].
34. Em quinto lugar, o montante da indemnização está sujeito a um *limite máximo* equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente comercial durante os últimos anos (até cinco) [artigo 17.º, n.º 2, alínea b), da diretiva]¹⁷.
35. Além disso, não é devida qualquer indemnização em caso de cessação do contrato quando se verifique uma das hipóteses mencionadas no artigo 18.º da diretiva (rescisão do contrato pelo comitente por um incumprimento imputável ao agente comercial; cessação do contrato por iniciativa do agente comercial devido a circunstâncias diferentes das enumeradas neste artigo; cessão pelo agente comercial dos seus direitos e obrigações a terceiros, com o acordo do comitente), regra esta que, enquanto exceção ao direito do agente comercial a uma indemnização, deve ser interpretada de forma estrita¹⁸.
36. O caso vertente diz unicamente respeito à segunda condição acima descrita, mais concretamente ao conceito de «novos clientes». Não tem a ver com a segunda parte do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), primeiro travessão, da diretiva (ter «desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente») nem com os métodos de cálculo da indemnização.

B – Conceito de «novos clientes»

1. Argumentos das partes

37. A Marchon Germany defende que o justo equilíbrio de interesses entre o agente comercial e o comitente seria prejudicado se, por força da diretiva, o comitente fosse obrigado a pagar uma indemnização ao agente comercial mesmo que o trabalho deste apenas tivesse conduzido ao alargamento da sua gama de produtos. Alega ainda que o presente processo diz respeito a produtos do mesmo tipo mas de outra marca. Assim, na opinião da Marchon Germany, o pagamento da comissão normal¹⁹ era suficiente, já que, apesar do aumento das vendas de produtos, a Marchon Germany não obtivera qualquer vantagem duradoura.

17 — A análise acima exposta sobre o sistema estabelecido pelo artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da diretiva acrescenta mais duas fases à análise elaborada no acórdão Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 19), uma vez que esta última apenas referia as *vantagens, a equidade* e os *limites máximos*, que corresponde às minhas fases 3, 4 e 5.

18 — V. acórdão Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, n.º 42).

19 — V. artigo 7.º da diretiva.

38. Y. Karaszkievicz entende que a Marchon Germany interpreta de forma demasiado restritiva o conceito de «novos clientes». Alega que clientes existentes podem ser considerados «novos clientes» se forem angariados para «novos produtos», conduzindo assim a um alargamento qualitativo das relações comerciais entre o comitente e um cliente.

39. No mesmo sentido, o Governo alemão é a favor de uma interpretação mais lata do conceito de «novos clientes» e sustenta que tudo depende das operações de que o agente comercial tenha sido encarregado. Em circunstâncias em que o comitente confia aos seus agentes comerciais exclusivamente determinadas partes da sua gama de produtos, o agente comercial pode também angariar «novos clientes» mediante a venda de novos produtos à clientela existente do comitente, porquanto esta venda cria novas relações comerciais para este último.

40. Em contrapartida, a República Checa entende que, numa situação como a do processo principal, a segunda parte do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), primeiro travessão, da diretiva é mais pertinente dado que engloba tanto aspetos *quantitativos* como *qualitativos*. Remete para as versões nas línguas alemã²⁰ e francesa²¹, que têm, em sua opinião, um âmbito mais alargado do que a versão inglesa²².

41. A Comissão argumenta que a estrutura de vendas escolhida pelo comitente tem de ser levada em conta: o conceito de «novos clientes» pode ainda abarcar os clientes angariados pelo agente comercial que já tenham tido uma relação comercial com o comitente, mas que comprem agora pela primeira vez produtos cuja comercialização foi exclusivamente confiada ao agente comercial.

2. Proposta de resposta à questão prejudicial

42. No caso em apreço, é manifesto que Y. Karaszkievicz não angariou «novos clientes» na aceção do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da diretiva se se considerar que este conceito se cinge aos clientes que não tiveram anteriormente quaisquer relações comerciais com o comitente, mas que realizaram pela primeira vez uma operação com ele, por intermédio do agente.

43. Contudo, não penso que o conceito de «novos clientes» constante do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), deva ser interpretado de forma tão restritiva.

44. Começando pela letra do artigo 17.º da diretiva, embora esta disposição faça uma distinção entre «novos clientes» e «clientela existente», não precisa em lugar algum o conceito de «novos clientes»²³.

45. De acordo com a jurisprudência assente²⁴, a necessidade de uma aplicação uniforme do direito da União Europeia exige que, na medida em que as disposições do direito da União Europeia não fazem qualquer referência expressa ao direito dos Estados-Membros para efeitos de determinar o sentido e o âmbito de um conceito, se proceda a uma interpretação autónoma e uniforme desse conceito em toda a União Europeia, tendo em conta a redação da disposição e o objetivo visado pela legislação em causa²⁵.

20 — «oder die Geschäftsverbindung mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert hat».

21 — «ou développé sensiblement les opérations avec les clients existants».

22 — «significantly increased the volume of business with the existing customers».

23 — Nem, aliás, o relatório da Comissão acima referido.

24 — Acórdão A (C-184/14, EU:C:2015:479, n.ºs 31 e 32 e jurisprudência aí citada).

25 — Estou absolutamente ciente do fato de que o regime indemnizatório da diretiva foi inicialmente modelado com base nas disposições do HGB (ainda que o § 89b do HGB tenha sido posteriormente alterado na sequência de um acórdão do Tribunal de Justiça, v. acórdão Semen (C-348/07, EU:C:2009:195). V., por exemplo, Genzow, C., «§ 89 HGB Die Falschberechnung des Ausgleichsanspruchs», em *Internationales Handelsrecht* 2014, pp. 133 a 136; Balke, M., Groot, S., «Der Handelsvertreterausgleich nach § 89b HGB im Umbruch», *Neue Juristische Online-Zeitschrift* 2010, pp. 1551 a 1556; Christoph, M., «Muss der Handelsvertreterausgleich neu berechnet werden?», *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, pp. 647 a 651; Steinhauer, M., «Auswirkungen der Neufassung des § 89b HGB», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, pp. 887 a 889; Emde, R., «Das Handelsvertreterausgleichsrecht muss neu geschrieben werden — Folgen des EuGH-Urteils vom 26.3.2009, C-348/07», *Deutsches Steuerrecht*, 2009, pp. 1478 a 1486. Obviamente, uma vez que a diretiva é aplicável, os órgãos jurisdicionais nacionais estão vinculados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a matéria, e não o contrário.

46. Tendo em conta que o Tribunal de Justiça declarou que «uma interpretação do artigo 17.º da diretiva [...] só pode ser admitida se for excluído que essa interpretação se revelar[á] desfavorável para o agente comercial»²⁶ não se deve atribuir um sentido muito restritivo à letra desta disposição.

47. No plano geral, a diretiva assenta numa abordagem baseada nas operações comerciais, mais do que nas pessoas. Assim, de acordo com o artigo 3.º, n.º 2, alínea a), da diretiva «o agente comercial deve, em especial [a]plicar-se devidamente na negociação e, se for caso disso, [...] na conclusão das operações»²⁷ de que esteja encarregado».

48. É sob este prisma que o conceito de «novos clientes» deve ser visto, e não ficar confinado a uma determinada pessoa singular ou coletiva que possa ser um cliente. Pelo contrário, o referido conceito deve abranger certos aspetos da própria transação comercial (Geschäftsabschluss) entre o cliente e o comitente²⁸.

49. Além disso, como salientou o Governo alemão nas suas observações escritas, o conceito a interpretar divide-se em duas partes, a saber, «novos» e «clientes». O termo «cliente» deve ser analisado no contexto de uma relação comercial específica (Geschäftsbeziehung), pelo que um comprador não se torna necessariamente um cliente do comitente em geral pelo simples facto de adquirir um produto específico.

50. O âmbito do trabalho desenvolvido pelo agente comercial é determinado pelo acordo contratual existente entre ele e o comitente. Este âmbito deve ser tido em conta para decidir se clientes, devem ser considerados «novos clientes». O acordo contratual e, por conseguinte, o seu âmbito de aplicação próprio dependem da estrutura de vendas deliberadamente escolhida pelo comitente, que, dessa forma, deve ser igualmente levada em consideração.

51. A Marchon Germany tomou a decisão deliberada de confiar exclusivamente a Y. Karaszkiwicz a comercialização de apenas duas coleções de produtos de entre a totalidade da sua gama, a saber, armações de óculos C. K. e F. Desta forma, a Marchon Germany limitou a capacidade de vendas de Y. Karaszkiwicz, de acordo com categorias de produtos que a própria empresa criou. Y. Karaszkiwicz foi deliberadamente impedida de comercializar outros produtos concorrentes.

52. Por conseguinte, se um comitente diferencia a gama global dos seus produtos de acordo com as características de uma marca, está a transmitir um sinal aos seus agentes comerciais de que as transações devem ser levadas a cabo separadamente para cada marca. Com esse comportamento, o comitente também indica que o esforço de vendas deve ser canalizado para persuadir o cliente a adquirir os produtos da marca que o agente comercial está encarregado de comercializar. O comitente recorre aos serviços do agente comercial a fim de beneficiar da sua estratégia, da sua abordagem e da sua aptidão para levar os clientes a adquirirem produtos do comitente. Se o comitente opta por partilhar canais de distribuição, estes devem ser considerados separadamente.

53. Por outras palavras: decorre da estratégia de vendas da Marchon Germany que um «novo cliente» é qualquer cliente que adquira uma determinada marca comercializada pela Marchon Germany que nunca tinha adquirido anteriormente²⁹.

26 — V. acórdão Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, n.º 21).

27 — O sublinhado é meu.

28 — Vários académicos apoiam esta abordagem. V., por exemplo, Busche, J., em H. Oetker (ed.), *Handelsgesetzbuch*, C. H. Beck, 4.ª edição, Munique 2015, § 89b HGB, ponto 12; Roth, W.-H., em I. Koller, P. Kindler, W.-H. Roth e W. Morck (ed.), *HGB*, C. H. Beck, 8.ª edição, Munique 2015, § 89b HGB, ponto 5a; Löwisch, G., em C. Ebenroth, K. Boujong, D. Joost e L. Strohn (ed.), *Handelsgesetzbuch*, C. H. Beck, 3.ª edição, Munique 2014, § 89b HGB, ponto 82; Hoyningen-Huene, G., em K. Schmidt (ed.), *Münchener Kommentar zum HGB*, C. H. Beck, 3.ª edição, Munique 2010, § 89b HGB, ponto 59.

29 — Para uma abordagem semelhante, v., por exemplo, Hopt, K., em A. Baumbach/K. Hopt (ed.), *Handelsgesetzbuch*, C. H. Beck, 36ª edição, Munique 2014, § 89b HGB ponto 12.

54. Assim, defendo uma abordagem funcional na determinação do conceito de «novo cliente»: essencial é saber se uma categoria de produtos foi vendida pela primeira vez pelo agente comercial. O conceito de «novos clientes» deve, pois, ser entendido em correlação com a «nova categoria de produtos» — o cliente é novo se adquirir pela primeira vez uma nova categoria de produtos.

55. Uma última consideração: parece-me que a dificuldade no caso em apreço resulta do facto de os produtos fabricados e comercializados pela Marchon Germany — armações de óculos — serem comparáveis. Uma armação de óculos da marca A pode ser comparada a uma armação de óculos da marca B. Por exemplo, se uma empresa comercializar automóveis e sapatos, não creio que existia qualquer hesitação em qualificar como «novo» um cliente que anteriormente apenas havia adquirido automóveis e agora compra sapatos. Nessa situação, um cliente torna-se «novo» devido ao elemento objetivo de os produtos em causa não serem comparáveis. Não obstante, a recompensa premeia a estratégia, a abordagem e a aptidão do agente comercial, que gerou o «goodwill» para o comitente relativamente à nova categoria de produtos.

56. Não vejo qualquer razão para tratar diferentemente um caso como o presente. Afinal, é o agente comercial que, encarregado de comercializar apenas duas marcas por decisão do comitente, conseguiu, graças à sua estratégia, à sua abordagem e à sua aptidão, vender produtos a um cliente que nunca os havia comprado anteriormente.

57. Por conseguinte, se vender pela primeira vez produtos que fazem parte dessa categoria específica que o comitente criou para segmentar o mercado (neste caso, «as marcas»), o agente comercial está a angariar para o comitente «novos clientes» na aceção do artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da diretiva — independentemente de o comitente já ter tido antes uma relação comercial com o comprador desses produtos.

V – Conclusões

58. Face ao exposto, proponho que seja dada a seguinte resposta à questão submetida pelo Bundesgerichtshof alemão:

O artigo 17.º, n.º 2, alínea a), primeiro travessão, da Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais, deve ser interpretado no sentido de que não obsta à aplicação de uma disposição nacional nos termos da qual também podem ser «novos clientes» os clientes que o agente comercial angariou e que já tinham efetuado operações comerciais com o comitente relativamente a produtos da gama comercializada por este último, mas não a produtos que o comitente incumbiu exclusivamente o agente comercial de comercializar.