



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

E. TANCHEV

fremSAT den 17. december 2020¹

Sag C-410/19

The Software Incubator Ltd

mod

Computer Associates UK Ltd

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol))

»Præjudiciel forelæggelse – selvstændige handelsagenter – direktiv 86/653/EØF – artikel 1, stk. 2 – definitionen af en handelsagent – begreberne »salg« og »varer« – elektronisk levering af computersoftware til en agenturgivers kunder ledsaget af en tidsubegrænset licens«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der er indgivet af Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter².

2. I artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 defineres en handelsagent som en selvstændig mellemmand, der navnlig beskæftiger sig med salg eller køb af varer for en anden person, benævnt agenturgiveren. Tvisten i hovedsagen drejer sig om, hvorvidt elektronisk levering af computersoftware til en agenturgivers kunder, der er ledsaget af en tidsubegrænset licens, kan anses for »salg« af »varer« som omhandlet i denne bestemmelse.

3. Denne sag giver derfor Domstolen lejlighed til for første gang at træffe afgørelse om fortolkningen af begreberne »salg« og »varer« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. Dette er i hovedsagen nødvendigt for at afgøre, om direktiv 86/653 finder anvendelse på en agent, med hvem der er indgået en aftale om at reklamere for den pågældende software, således at vedkommende kan få medhold i det erstatningskrav, der er støttet på dette direktiv.

¹ Originalsprog: engelsk.

² EFT 1986, L 382, s. 17.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. Artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 fastsætter:

»Ved handelsagent forstås i dette direktiv en selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person, i det følgende benævnt agenturgiveren, eller til at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning.«

B. Det Forenede Kongeriges ret

5. Direktiv 86/653 blev gennemført i Det Forenede Kongeriges ret ved Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (Statutory Instruments 1993/3053) (forskrifter om selvstændige handelsagenter (Rådets direktiv) Regulations 1993), med senere ændringer (herefter »forskrifterne«)³. Disse forskrifters Regulation 2(1) bestemmer:

»I disse forskrifter forstås ved:

»handelsagent«: selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person (»agenturgiveren«) eller til at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning; [...]«

III. Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

6. Ifølge forelæggelsesafgørelsen er Computer Associates UK Ltd (herefter »Computer Associates«) et selskab, der markedsfører en form for computersoftware kaldet »application release automation software« (herefter »softwaren«). Softwaren er kompleks, dyr og ikke-skræddersyet, hvilket betyder, at den ikke er specialfremstillet til en bestemt kunde. Softwarens formål er at koordinere og gennemføre udrulning og opgraderinger af andre softwareapplikationer på tværs af de forskellige operationelle miljøer i store organisationer såsom banker og forsikringselskaber, således at de underliggende applikationer er fuldt integreret med softwareoperativsystemet.

7. The Software Incubator Ltd (herefter »The Software Incubator«) er et selskab, der ejes af Scott Dainty.

8. Den 25. marts 2013 indgik Computer Associates og The Software Incubator en skriftlig aftale (herefter »aftalen«).

³ Der findes særskilt gennemførelseslovgivning for Nordirland (Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland) 1993 (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483)) (forskrifter om selvstændige handelsagenter (Rådets direktiv) Regulations (Northern Ireland) 1993 (nordirske forskrifter 1993/483), der ikke har betydning for denne sag.

9. I henhold til aftalens klausul 2.1 indvilligede The Software Incubator via Scott Dainty i at handle på Computer Associates vegne for at opsøge potentielle kunder i Irland og Det Forenede Kongerige »med henblik på at reklamere for, markedsføre og sælge produktet«. Med »produktet« mentes softwaren, som angivet i aftalens første betragtning. I forbindelse med aftalen var Computer Associates således agenturgiveren, og The Software Incubator var agenten.

10. Som anført i forelæggelsesafgørelsen er de væsentligste kendetegn ved leveringen af softwaren i hovedsagen som følger. For det første leverede Computer Associates softwaren til sine kunder elektronisk via en e-mail med et link til en onlineportal, hvorfra kunderne downloadede den. Selv om der var mulighed for at levere softwaren på et fysisk medium, skete dette aldrig i praksis.

11. I henhold til aftalens klausul 4.1 havde Computer Associates endvidere eneret til at fastsætte vilkår og betingelser i forbindelse med udstedelse af licens til softwaren, og ifølge klausul 6.1. deri fastsatte og opkrævede Computer Associates alle betalinger fra kunder vedrørende brug af softwaren. The Software Incubators bemyndigelse som agent vedrørte derfor promovring af Computer Associates' udstedelse af licenser til at bruge softwaren til at bruge softwaren til dens kunder. The Software Incubator havde ikke bemyndigelse til at overføre adkomst eller ejendomsret til softwaren.

12. I henhold til aftalerne mellem Computer Associates og dens kunder⁴ fik kunden i denne henseende udstedt en licens til at bruge softwaren, der i de fleste tilfælde var tidsubegrænset, hvilket vil sige, at den var på ubestemt tid. I medfør af licensen kunne kunden bl.a. installere og udrulle softwaren i det angivne område op til det godkendte antal slutbrugere og give de autoriserede slutbrugere adgang til softwaren. Den var tillige betinget af, at kunden overholdt forpligtelserne til navnlig ikke at tilgå eller bruge de uautoriserede dele af softwaren eller at dekompile, ændre eller foretage reverse engineering af den og til ikke at udleje, overdrage, overføre eller udstede underlicenser for den. Computer Associates og beslægtede enheder beholdt alle rettigheder, adkomst, ophavsret, patenter, varemærker, forretningshemmeligheder og andre ejerinteresser vedrørende softwaren. Enhver af parterne kunne opsigte den relevante aftale i tilfælde af et væsentligt brud på aftalen eller i tilfælde af den anden parts insolvens, hvorefter licensen ville blive tilbagekaldt, og kunden skulle returnere alle kopier af softwaren eller destruere dem.

13. Ved brev af 9. oktober 2013 opsagde Computer Associates aftalen med The Software Incubator.

14. The Software Incubator anlagde sag mod Computer Associates ved High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (ret i første instans (England og Wales), Det Forenede Kongerige) navnlig med påstand om erstatning i henhold til bestemmelserne i de forskrifter, der gennemfører artikel 17 i direktiv 86/653. Computer Associates afviste ethvert ansvar med bl.a. den begrundelse, at forskrifterne ikke fandt anvendelse, da leveringen af den software, som The Software Incubator promoverede, ikke udgjorde »salg af varer« som omhandlet i definitionen af en handelsagent i Regulation 2(1) i forskrifterne om gennemførelse af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

⁴ Som anført i forelæggelsesafgørelsen var licensen til at bruge softwaren udstedt af en beslægtet enhed, CA Europe SARL, i henhold til den relevante aftale mellem Computer Associates og kunden. Licensvilkårene var for nye kunder fastlagt i softwaremodulet i henhold til rammeaftalen og for eksisterende kunder i hovedaftalen, som i materiel henseende var enslydende. Ifølge disse aftaler, der er vedlagt Computer Associates' skriftlige indlæg, blev kunden generelt pålagt at betale softwareprisen inden for en frist på 30 dage fra modtagelsen af Computer Associates' faktura. Kunderne udfyldte endvidere en ordreformular ved køb af softwaren.

15. Ved dom af 1. juli 2016⁵ fastslog High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (ret i første instans (England og Wales), Det Forenede Kongerige), at den elektroniske levering af softwaren, der var ledsaget af en tidsubegrænset licens, udgjorde »salg af varer« som omhandlet i forskrifternes Regulation 2(1) og tildelte bl.a. The Software Incubator 475 000 GBP (ca. 531 100 EUR) i erstatning i henhold til disse forskrifter. Ifølge denne ret har begrebet »salg af varer« med henblik på forskrifterne en selvstændig definition, der ikke udelukker leveringen af softwaren som en »vare«, fordi den ikke er fysisk, eller som et »salg«, fordi ejendomsretten til de intellektuelle ejendomsrettigheder hertil normalt ikke fuldt ud overdrages.

16. Computer Associates anlagde en sag ved Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige) til prøvelse af denne dom.

17. Ved dom af 19. marts 2018⁶ fastslog Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)), at softwaren, der blev leveret elektronisk og ikke på et fysisk medium, ikke udgjorde »varer« som omhandlet i forskrifternes Regulation 2(1). Ifølge denne domstol var det juridiske metode, der krævede denne konstatering, på trods af bekymring for, at dens tilgang kan forekomme forældet i lyset af tekniske fremskridt, og den fortsatte således ikke med at undersøge, om tildelingen af softwarelicenser til Computer Associates' kunder udgjorde et »salg« i henhold til denne bestemmelse. Følgelig konkluderede den, at The Software Incubator ikke virkede som en handelsagent som omhandlet i forskrifterne, og afviste dennes erstatningskrav i henhold hertil.

18. Ved kendelse af 28. marts 2019 gav Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) tilladelse til at appellere afgørelsen fra Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)).

19. Den forelæggende ret har anført, at det ikke er klart, om definitionen i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 af en handelsagent, der er begrænset til »salg af varer«, finder anvendelse på situationen i hovedsagen.

20. Dette er baggrunden for, at Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Når en kopi af computersoftware leveres til en agenturgivers kunder elektronisk og ikke på et fysisk medium, udgør den da »varer« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i definitionen af en selvstændig handelsagent i artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af [18.] december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter [...]?
- 2) Når computersoftware leveres til en agenturgivers kunder ved tildeling til kunden af en tidsubegrænset licens til at anvende en kopi af computersoftwaren, udgør dette da »salg af varer« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i definitionen af handelsagent i [...] artikel 1, stk. 2[, i direktiv 86/653]?«

⁵ The Software Incubator Ltd mod Computer Associates UK Ltd [2016] EWHC 1587 (QB), præmis 35-69.

⁶ Computer Associates Ltd mod The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Civ 518, præmis 13 og 17-69.

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

21. The Software Incubator, Computer Associates, den tyske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen. The Software Incubator, Computer Associates og Kommissionen har endvidere besvaret skriftlige spørgsmål, som Domstolen har stillet dem i henhold til procesreglementets artikel 62, stk. 1.

22. Mens denne sag verserede for Domstolen, forlod Det Forenede Kongerige Den Europæiske Union den 31. januar 2020. I henhold til artikel 86, stk. 2, i aftalen om Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Den Europæiske Union og Det Europæiske Atomenergifællesskab⁷ har Domstolen fortsat kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende anmodninger fra domstole i Det Forenede Kongerige indgivet inden overgangsperiodens udløb, der som defineret i artikel 126 deri i princippet er den 31. december 2020. I henhold til denne aftales artikel 89, stk. 1, er Domstolens dom, uanset om den afsiges inden overgangsperiodens udløb eller på en senere dato, endvidere bindende i dens helhed for og i Det Forenede Kongerige.

23. Da den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse blev indgivet den 28. maj 2019, har Domstolen således fortsat kompetence til at træffe afgørelse om denne anmodning, og den dom, som Domstolen afsiger i den foreliggende sag, er bindende for Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol).

V. Sammenfatning af procesdeltagernes indlæg

24. The Software Incubator har gjort gældende, at det første spørgsmål skal besvares bekræftende. Efter selskabets opfattelse omfatter begrebet »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 software, uanset om den leveres ved hjælp af fysiske eller immaterielle foranstaltninger. Det har gjort gældende, at der ikke skelnes mellem fysiske og immaterielle goder i denne bestemmelses ordlyd, og at EU-lovgiver, henset til bestemmelsens tilblivelse, alene havde til hensigt at udelukke »tjenesteydelser« og ikke immaterielle varer fra dette direktivs anvendelsesområde.

25. The Software Incubator har gjort gældende, at begrebet »varer« på andre EU-retlige områder er af begrænset støtte, da det afhænger af den omhandlede EU-retlige bestemmelses sammenhæng og formål. Selskabet har alligevel fremhævet, at computersoftware behandles som »varer« i EU-foranstaltninger vedrørende f.eks. varemærker⁸ og medicinsk udstyr⁹, og at software er omfattet af definitionen af »varer« i Domstolens retspraksis om den frie bevægelighed af varer¹⁰, ligesom det er tilfældet med elektricitet. Det er efter dets opfattelse

⁷ EUT 2020, L 29, s. 7. Ifølge denne aftales artikel 86, stk. 3, anses anmodninger om præjudicielle afgørelser for at være indgivet på det tidspunkt, hvor det indledende processkrift er blevet registreret af Domstolens Justitskontor. I den foreliggende sag blev anmodningen om præjudiciel afgørelse fra Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) registreret af Domstolens Justitskontor den 28.5.2019.

⁸ The Software Incubator har navnlig henvist til Nicearrangementet vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, der blev vedtaget i forbindelse med den diplomatiske konference i Nice den 15.6.1957 og senest revideret i Genève den 13.5.1977 samt ændret den 28.9.1979 (*United Nations Treaty Series*, bind 1154, nr. I 18200, s. 89).

⁹ The Software Incubator har navnlig henvist til dom af 22.11.2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742).

¹⁰ The Software Incubator har navnlig henvist til dom af 10.12.1968, Kommissionen mod Italien (7/68, EU:C:1968:51), af 21.10.1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515), og af 26.10.2006, Kommissionen mod Grækenland (C-65/05, EU:C:2006:673).

irrelevant, at nyere EU-forbrugerforanstaltninger, herunder direktiv 2011/83¹¹ og direktiv 2019/770¹², sonderer mellem salgsaftaler om varer og aftaler vedrørende levering af digitalt indhold som f.eks. computersoftware, idet dette afspejler disse direktivers specifikke formål, og under alle omstændigheder giver direktiv 2019/770 den samme beskyttelse af forbrugere, uanset om det digitale indhold leveres på et fysisk eller et immaterielt medium.

26. The Software Incubator har gjort gældende, at selskabets synspunkt er i overensstemmelse med de formål, som direktiv 86/653 forfølger, da en handelsagent, der sælger elektronisk leveret computersoftware, har behov for den samme beskyttelse som en, der sælger det på et materielt medium, og disse er indholdsmæssigt den samme »formidlervirksomhed inden for handel«, som er omtalt i første betragtning til direktiv 86/653. Da computersoftware alene kan fungere i et materielt miljø ved at blive indlæst på computerhardware, er det efter selskabets opfattelse kunstigt at betegne den som »varer«, hvis den leveres på en disk, men ikke via download. En sådan sontring fører endvidere til konkurrencefordrejning i det indre marked, idet en agenturgiver kan omgå sine forpligtelser i henhold til direktiv 86/653 ved at levere sine produkter i elektronisk form. Det har ligeledes hævdet, at eftersom handelsagentens rolle er at formidle forretninger, og leveringsmetoden ikke nødvendigvis bestemmes i forhandlingsstadiet, bør anvendelsen af direktiv 86/653 ikke afhænge af, hvad agenturgiveren beslutter sig for at gøre, efter at handelsagenten har gjort sin del.

27. The Software Incubator har gjort gældende, at det andet spørgsmål ligeledes skal besvares bekræftende, da begrebet »salg af varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 omfatter leveringen af software i medfør af en tidsubegrænset licens. Selskabet har gjort gældende, at det følger af kendelse af 10. februar 2004, Mavrona¹³, at der ved fortolkningen af denne bestemmelse skal lægges vægt på indholdet af kontraktforholdet mellem handelsagenten og agenturgiveren, den virksomhed, som denne agent udøvede, og denne agents interesser og behov for beskyttelse, hvilket er det samme, uanset om softwaren er leveret ved fysiske eller immaterielle foranstaltninger i henhold til en salgsaftale eller en tidsubegrænset licens. Det har fremhævet, at begrænsningerne for brugen af softwaren vedrørende intellektuel ejendomsret er uden betydning, da deres indhold ikke afviger fra de begrænsninger, som indehaverne af intellektuelle ejendomsrettigheder pålægger produkter, der sælges i henhold til salgsaftaler. Det har endvidere anført, at dets synspunkt støttes af dom af 3. juli 2012, UsedSoft¹⁴, hvor Domstolen fandt, at leveringen af et computerprogram i henhold til en tidsubegrænset licens udgjorde et »salg« i en situation, der ligner den foreliggende sag, hvor kunden betalte Computer Associates en pris og modtog softwaren, som denne kunde kunne bruge ubegrænset uden at betale yderligere, men med hensyn til hvilken der var begrænsninger for dens brug som følge af softwarens intellektuelle ejendomsrettigheder.

28. Computer Associates har gjort gældende, at det første spørgsmål bør besvares benægtende, da elektronisk leveret computersoftware ikke udgør »varer« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. Efter selskabets opfattelse henviser den sædvanlige betydning af »varer« i denne bestemmelse alene til fysiske og mobile genstande, som det fremgår af andre

¹¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25.10.2011 om forbrugerrettigheder, om ændring af Rådets direktiv 93/13/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF samt om ophævelse af Rådets direktiv 85/577/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF (EUT 2011, L 304, s. 64).

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20.5.2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester (EUT 2019, L 136, s. 1). Ifølge dette direktivs artikel 24 er medlemsstaterne forpligtede til at vedtage bestemmelser til gennemførelse af dette direktiv senest den 1.7.2021 og til at anvende disse bestemmelser fra den 1.1.2022.

¹³ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁴ C-128/11, EU:C:2012:407 (herefter »UsedSoft-dommen«).

sprogversioner¹⁵, og finder således ikke anvendelse på immaterielle genstande som den software, der blev leveret ved immaterielle foranstaltninger. Det har gjort gældende, at internettet, computersoftware og downloading ikke fandtes i deres nuværende form, da direktiv 86/653 blev vedtaget, hvorfor begrebet »varer« ikke kan have være opfattet således, at det finder anvendelse på immaterielle produkter, og det er ikke blevet ændret siden. Det har endvidere med hensyn til tilblivelsen af direktiv 86/653 gjort gældende, at EU-lovgiver bevidst begrænsede dette direktivs anvendelsesområde til »varer«, og at muligheden for at anvende det på en bredere kategori af agenter, herunder dem, som beskæftiger sig med »produkter«, ikke blev udnyttet.

29. Computer Associates har gjort gældende, at virkningen og placeringen af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 giver kontekstuel støtte for dets synspunkt, da det er den centrale bestemmelse, som afgrænser dette direktivs anvendelsesområde. Selskabet har på grundlag af kendelse af 10. februar 2004, Mavrona¹⁶, påpeget, at Domstolen giver virkning til den ordlyd, som er anvendt i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, og selv om yderligere harmonisering er ønskeligt, kan dette ikke indføres ved en retsafgørelse. Det har gjort gældende, at begrebet »varer« på andre EU-retlige områder, herunder varernes frie bevægelighed¹⁷, told¹⁸ og merværdiafgift (»moms«)¹⁹, alene vedrører fysiske genstande, og at der ikke er den nødvendige forbindelse mellem betydningen af »varer« i direktiv 86/653 og i klassifikationssystemet for registrering af varemærker. Det har endvidere fremhævet, at nyere EU-forbrugerforanstaltninger, herunder direktiv 2011/83 og direktiv 2019/770, sammenholdt med direktiv 2019/771²⁰, er relevante, da de viser, at EU-lovgiver i de tilfælde, hvor den ønsker, at en EU-foranstaltning skal finde anvendelse på computersoftware uden noget fysisk medium, som det i hovedsagen omhandlede, gør den dette udtrykkeligt og ikke ved at anvende begrebet »varer«.

30. Ifølge Computer Associates er selskabets synspunkt i overensstemmelse med formålene med direktiv 86/653, da dette direktiv, som det fremgår af dets anden betragtning, har til formål at opnå de samme vilkår som på et enhedsmarked for »samhandelen«, og ifølge artikel 1 og 2 deri er dets harmoniseringsformål nødvendigvis begrænset til denne »samhandel«. Selskabet har fremhævet, at den omstændighed, at computersoftware, der leveres på et fysisk medium, er »varer« i henhold til direktiv 86/653, men ikke når den leveres immaterielt, ikke er vilkårlig, navnlig da dette følger af dette direktivs anvendelsesområde og, som det fremgår af direktiv 2011/83, direktiv 2019/770 og direktiv 2019/771, afspejler forskelle mellem varer og digitalt indhold.

31. Computer Associates har gjort gældende, at såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, er det ikke nødvendigt at behandle det andet spørgsmål, og, subsidiært, at begrebet »salg af varer« ikke omfatter tildelingen af en licens til at anvende en softwarekopi. Selskabet har anført, at den sædvanlige betydning af ordene »salg eller køb af varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 angiver en overdragelse af ejendomsretten eller adkomsten til varerne fra sælgeren til

¹⁵ Computer Associates har i denne henseende henvist til den danske (»salg eller køb af varer«), den nederlandske (»de verkoop of de aankoop van goederen«), den franske (»la vente ou l'achat de marchandises«), den tyske (»den Verkauf oder den Ankauf von Waren«), den græske (»εμπορευμάτων«), den italienske (»la vendita o l'acquisto di merci«), den portugisiske (»a venda ou a compra de mercadorias«) og den spanske (»la venta o la compra de mercancías«) sprogversion af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

¹⁶ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁷ Computer Associates har navnlig henvist til dom af 30.4.1974, Sacchi (155/73, EU:C:1974:40), og af 21.10.1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515).

¹⁸ Computer Associates har i denne henseende henvist til dom af 18.4.1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153).

¹⁹ Computer Associates har i denne henseende henvist til dom af 27.10.2005, Levob Verzekeringen og OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649), og af 5.3.2015, Kommissionen mod Luxembourg (C-502/13, EU:C:2015:143).

²⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/771 af 20.5.2019 om visse aspekter af aftaler om salg af varer, om ændring af forordning (EU) 2017/2394 og direktiv 2009/22/EF og om ophævelse af direktiv 1999/44/EF (EUT 2019, L 136, s. 28). Ifølge dette direktivs artikel 24 er medlemsstaterne forpligtet til at vedtage bestemmelser til gennemførelse af dette direktiv senest den 1.7.2021 og til at anvende disse bestemmelser fra den 1.1.2022.

køberen, således som det fremgår af andre sprogversioner²¹. Efter dets opfattelse omfatter tildelingen af en tidsubegrænset licens under de foreliggende omstændigheder imidlertid ikke en overdragelse af ejendomsretten eller adkomsten til softwaren. Faktisk udelukkede Computer Associates' aftaler med dets kunder en sådan overdragelse, da adkomsten til softwaren forbliver hos Computer Associates og beslægtede enheder, og der blev ikke overdraget nogen andre ejendomsrettigheder vedrørende softwaren til kunderne. En sådan licens er således ikke et »salg af varer« i gængs forstand, men en midlertidig tilladelse til at anvende softwaren, der kan bringes til ophør i tilfælde af misligholdelse eller insolvens. Det har endvidere gjort gældende, at UsedSoft-dommen²² ikke er relevant som følge af den omhandlede EU-lovgivnings specifikke ordlyd og sammenhæng, der er blevet styrket af nyere retspraksis²³. Under alle omstændigheder er denne doms konklusion om, at »salg« angiver en overdragelse af ejendomsretten, til hinder for, at begrebet »salg af varer« i direktiv 86/653 fortolkes således, at det finder anvendelse på tildelingen af en licens til at anvende softwaren.

32. Den tyske regering har gjort gældende, at de to spørgsmål bør besvares samlet, således at der foreligger et »salg af varer« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, når en tidsubegrænset licens til at anvende en computersoftwarekopi alene leveres elektronisk til en agenturgivers kunde og ikke via et fysisk lagringsmedium. Den har påpeget, at den tyske sprogversion af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 er til hinder for, at dette direktivs anvendelsesområde begrænses til fysiske genstande, da den normale betydning af navneordet »Ware« (varer) ligeledes omfatter immaterielle genstande.

33. Den tyske regering har gjort gældende, at Domstolen ikke bør støtte sig på sontringen mellem varer og tjenesteydelser i den primære EU-ret om den frie bevægelighed, da direktiv 86/653 har til formål at harmonisere handelsagenters virksomhed, og dets anvendelsesområde skal derfor fastlægges funktionelt på baggrund heraf, således at der så vidt muligt bør foretages den fortolkning, der er mest fordelagtig for handelsagenten. Den har fremhævet, at en snæver fortolkning af begrebet »salg af varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, der alene omfatter fysiske varer, undergraver formålet med at beskytte handelsagenter, som dette direktiv forfølger, idet en betydelig del af den virksomhed, som handelsagenter i Tyskland traditionelt udøver, ikke længere ville være omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

34. Ifølge den tyske regering indebærer en sådan snæver fortolkning urimelige resultater, da en handelsagent, der markedsfører et produkt i fysisk form er beskyttet af direktiv 86/653, men ikke hvis vedkommende markedsfører det samme produkt i digital form. Den giver endvidere en agenturgiver mulighed for at omgå dette direktivs ufravigelige regler ved at vælge en ordning, hvor genstanden for transaktionen ikke er en fysisk genstand. Selv om markedsføring af computersoftware ikke kunne forudses, da direktiv 86/653 blev udformet, er det dens opfattelse, at EU-lovgiver ikke havde til hensigt at gøre beskyttelsen af handelsagenter betinget af mulige teknologiske udviklinger.

35. Kommissionen har gjort gældende, at de to spørgsmål bør besvares samlet således, at artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 omfatter levering af en computersoftwarekopi til en agenturgivers kunde elektronisk og ikke på noget fysisk medium. Den har anført, at begrebet »salg af varer« i direktiv

²¹ Computer Associates har i denne henseende henvist til de sprogversioner af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, der er nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 15.

²² Dom af 3.7.2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²³ Computer Associates har i denne henseende henvist til dom af 19.12.2019, Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

86/653 er et selvstændigt EU-retligt begreb og bør fortolkes på dynamisk vis under hensyntagen til teknologiske udviklinger. Den har endvidere foreslået at behandle spørgsmålene i omvendt rækkefølge.

36. Kommissionen har gjort gældende, at UsedSoft-dommen²⁴ støtter den konklusion, at tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug af software udgør et »salg« i henhold til direktiv 86/653. I lighed med denne dom køber kunderne i nærværende sag en tidsbegrænset ret til at anvende softwaren mod betaling af en pris, og det er uden betydning for forretningens karakter, om softwaren stilles til rådighed via download eller på et fysisk medium, som det fremgår af efterfølgende retspraksis²⁵.

37. Det er med hensyn til begrebet »varer« Kommissionens opfattelse, at retspraksis på andre EU-retlige områder ikke er afgørende, da det afhænger af den gældende lovgivning og de konkrete omstændigheder. Efter dens opfattelse udgør computersoftware, der markedsføres som et immaterielt gode, »varer« i bred forstand i henhold til direktiv 86/653, hvilket det ikke var hensigten at udelukke fra dette direktivs anvendelsesområde, da det i beslutningsprocessen blev ændret til at udelukke »tjenesteydelser«. Den har fremhævet, at EU-lovgivningen har udviklet sig fra den traditionelle fokus på løsoreejendomme og sondringen mellem varer og tjenesteydelser i forbindelse med computersoftware, som det fremgår af direktiv 2011/83 og direktiv 2019/770. Ifølge Kommissionen er en bred tilgang i overensstemmelse med formålet med direktiv 86/653 om at beskytte handelsagenter. Det ville således være i modstrid med dette formål, såfremt den samme handelsagent, der arbejder for den samme agenturgiver på de samme vilkår, blev frataget beskyttelse blot som følge af teknologiske udviklinger eller en kundes præference med hensyn til leveringen af computersoftware. Den har endvidere i medfør af en analogi af UsedSoft-dommen²⁶ gjort gældende, at det ville undergrave virkningen af direktiv 86/653, hvis en agenturgiver kunne unddrage sig sine forpligtelser i henhold til dette direktiv ved at levere sine produkter elektronisk, navnlig da denne form for markedsføring i vidt omfang anvendes for computersoftware.

VI. Bedømmelse

38. Med sine to spørgsmål anmoder den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om for det første at tage stilling til, om computersoftware som den i hovedsagen omhandlede, der leveres til en agenturgivers kunder elektronisk og ikke på et fysisk medium, udgør »varer«, og for det andet om leveringen af sådan software i medfør af en tidsubegrænset licens, der tildeler kunderne en ubegrænset brugsret til en kopi af denne software mod betaling af en pris, udgør et »salg« som omhandlet i definitionen af en handelsagent i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

39. Disse to spørgsmål er opstået som følge af den omstændighed, at begrebet »varer«, som det fremgår af de bemærkninger, som The Software Incubator, Computer Associates og Kommissionen har fremført, i medfør af lovgivningen i Det Forenede Kongerige og andre steder traditionelt set har været afgrænset til ting, som er fysiske og mobile, dvs. ting, man generelt fysisk kan røre og flytte, og begrebet »salg« har været forbundet med en overdragelse af ejendomsretten, der indebærer, at den ting, der sælges, erhverves sammen med retten til at disponere over den, hvilket således overlapper med beslægtede begreber som ejendomsret og

²⁴ Dom af 3.7.2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²⁵ Kommissionen har i denne henseende henvist til dom af 19.12.2019, Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

²⁶ Dom af 3.7.2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

besiddelse. Imidlertid er disse begreber blevet udfordret af computersoftware²⁷, der generisk betegner et sæt computerprogrammer, der gør det muligt for en computer at fungere og udføre opgaver²⁸. Dette er især tilfældet nu om dage, hvor computersoftware almindeligvis leveres via download i stedet for på et fysisk medium som en CD eller DVD og foregår ved tildelingen af en licens, som normalt er tidsbegrænset, for at kontrollere dens anvendelse som illustreret ved nærværende sag. Følgelig har den retlige kvalificering af computersoftware affødt betydelig debat i EU og andre jurisdiktioner i forskellige sammenhænge²⁹ såsom EU-forbrugerforanstaltningerne, der er drøftet nedenfor³⁰.

40. Det kan ikke afvises, at begreberne »salg« og »varer« kan fortolkes på forskellig vis i national ret og EU-ret. De er navnlig centrale begreber i den nationale privatret og på mange områder inden for den primære og den afledte EU-ret. Dog giver denne sag Domstolen anledning til at fortolke disse begreber i forbindelse med direktiv 86/653 og navnlig i lyset af handelsagentens væsentligste kendetegn i den forstand, som udtrykket er anvendt i dette direktivs artikel 1, stk. 2.

41. Jeg påpeger i denne forbindelse, at Domstolen endnu ikke har behandlet de spørgsmål, der er rejst i den foreliggende sag³¹. Med henblik på at besvare disse spørgsmål er det nødvendigt først at fremsætte nogle indledende bemærkninger om direktiv 86/653 og definitionen af en handelsagent, sammenholdt med dom af 3. juli 2012, *UsedSoft*³² (under A). Jeg vil dernæst behandle fortolkningen af begrebet »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 som nævnt i det første spørgsmål (under B). Endelig vil jeg tage stilling til fortolkningen af begrebet »salg« i denne bestemmelse, således som det andet spørgsmål er stillet (under C)³³.

42. Jeg har på grundlag af denne analyse nået den konklusion, at elektronisk leveret computersoftware, der er ledsaget af en tidsbegrænset licens som den i hovedsagen omhandlede, udgør et »salg« af »varer« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, og at dette direktiv derfor finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede situation.

²⁷ Jf. for en oversigt over de forskellige tilgange til den retlige kvalificering af computersoftware i medlemsstaterne, Det Forenede Kongerige og andre jurisdiktioner f.eks. R. Clark, »The Legal Status of Software: Part 1«, *Commercial Law Practitioner*, bind 23, 2016, s. 48-56, R. Clark, »The Legal Status of Software: Part 2«, *Commercial Law Practitioner*, bind 23, 2016, s. 78-86, C. von Bar og E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, bind 2, Sellier, 2009, s. 1217 og 1218.

²⁸ Jf. f.eks. K. Moon, »The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?«, *European Intellectual Property Review*, bind 31, 2009, s. 396-407; D. Saidov og S. Green, »Software as goods«, *Journal of Business Law*, 2007, s. 161-181.

²⁹ Det er f.eks. værd at nævne, at det har været drøftelser om en mulig ændring af begrebet »produkt« i artikel 2 i Rådets direktiv 85/374/EØF af 25.7.1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (EFT 1985, L 210, s. 29) i lyset af nye teknologier: Jf. i denne henseende Kommissionens rapport om de konsekvenser, som kunstig intelligens, tingenes internet og robotteknologi vil have for sikkerhed og erstatningsansvar, COM(2020) 64 final, af 19.2.2020, s. 13 og 14.

³⁰ Jf. dette forslag til afgørelses punkt 70-72.

³¹ Jf. dette forslag til afgørelses punkt 45.

³² C-128/11, EU:C:2012:407.

³³ I denne henseende er det min opfattelse, at de to spørgsmål, selv om en vis overlapning er uundgåelig, bør behandles separat, navnlig på grund af de forskellige argumenter, der er gjort gældende med hensyn til hvert spørgsmål, og da der ikke er nogen grund til at afvige fra den rækkefølge, som den forelæggende ret har forelagt spørgsmålene i.

A. Indledende bemærkninger

1. Direktiv 86/653 og definitionen af en handelsagent

43. Det skal erindres, at direktiv 86/653 er en central retsakt, der regulerer kommercielle agenturer i EU³⁴. Som Domstolen har fastslået, har dette direktiv til formål, således som det fremgår af anden og tredje betragtning hertil, at sikre handelsagenters retsbeskyttelse i forhold til deres agenturgivere, at fremme retssikkerheden i handelssamkvemmet og at lette samhandelen mellem medlemsstaterne ved at tilnærme deres retssystemer på området for handelsagenturer³⁵. Med henblik herpå fastsætter direktiv 86/653 harmoniserede regler om handelsagenters og deres agenturgiveres rettigheder og forpligtelser, handelsagenters godtgørelse samt indgåelsen og ophøret af handelsagenturkontrakter, herunder navnlig godtgørelsen eller skadeserstatningen, der skal udbetales til handelsagenter i tilfælde af opsigelse af en kontrakt, som er ufravigelige³⁶.

44. Artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 baner vejen for den beskyttelse, som dette direktiv tildeler handelsagenterne, for så vidt som en person skal opfylde betingelserne i definitionen af en handelsagent, der er fastsat i denne artikel, for at være omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Som Domstolen har fastslået, fastsætter artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 tre betingelser, der er nødvendige og tilstrækkelige til, at en person kan anses for en handelsagent i henhold til dette direktiv: For det første skal denne person have egenskab af selvstændig mellemmand, for det andet skal personen kontraktligt være vedvarende tilknyttet til agenturgiveren, og for det tredje skal denne person udøve virksomhed bestående i at formidle salg eller køb af varer for agenturgiveren eller i at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning³⁷, hvilket er tilfældet her.

45. Hvad angår denne tredje betingelse har Domstolen fortolket artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 således, at den navnlig udelukker handelsagenter, der er beskæftiget med salg eller køb af tjenesteydelser i stedet for varer³⁸. Hidtil er Domstolen dog ikke blevet anmodet om at belyse

³⁴ Jf. f.eks. arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene, Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation), SWD(2015) 146 final, 16.7.2015. Jf. for en detaljeret gennemgang f.eks. S. Saintier, »Commercial agency in European Union private law«, i C. Twigg-Flesner (red.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, s. 273-285; jf. endvidere med fokus på konteksten i Det Forenede Kongerige f.eks. F. Randolph og J. Davey, *The European Law of Commercial Agency*, 3. udgave, Hart, 2010; S. Singleton, *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, 5. udgave, Bloomsbury Professional, 2020.

³⁵ Jf. f.eks. dom af 4.6.2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, præmis 36).

³⁶ Jf. f.eks. dom af 19.4.2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, præmis 34).

³⁷ Jf. f.eks. dom af 21.11.2018, Zako (C-452/17, EU:C:2018:935, præmis 23). Således er det, som Domstolen fastslog i denne doms præmis 24, tilstrækkeligt, at en person opfylder disse tre betingelser for at kunne anses for en handelsagent i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, uafhængigt af den måde, hvorpå personen udøver sin virksomhed, og forudsat, at personen ikke er omfattet af de udelukkelsestilfælde, der er fastsat i direktivets artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1.

³⁸ Jf. f.eks. kendelse af 6.3.2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, ikke trykt i Sml., EU:C:2003:133) (vedrørende en agent, der beskæftigede sig med indgåelsen af kontrakter vedrørende livforsikring, livrenteordninger og opsparing); jf. endvidere henvisningerne i næste fodnote.

begreberne »salg« og »varer« i denne bestemmelse. Dette kan delvis skyldes den omstændighed, at adskillige sager vedrørte national lovgivning, der indeholdt en bred definition af handelsagenter³⁹, hvilket således gjorde det unødvendigt at komme nærmere ind på spørgsmålet⁴⁰.

2. Dom af 3. juli 2012, UsedSoft

46. Det skal endvidere fremhæves, at dom af 3. juli 2012, UsedSoft⁴¹, er relevant for den foreliggende sag, selv om den indgår i en anden kontekst. Den var baseret på en præjudiciel afgørelse forelagt af en tysk ret vedrørende fortolkningen af artikel 4, stk. 2, og artikel 5, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af EDB-programmer⁴². Et af de centrale spørgsmål, som opstod i denne sag, drejede sig om, hvorvidt leveringen af en kopi af et computerprogram via download i medfør af en tidsubegrænset licens udgjorde »første salg eller anden overdragelse af ejendomsret«, hvilket udtømte retten til at sprede denne kopi i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24⁴³.

47. I denne dom fastslog Domstolen, at begrebet »sælges« i denne bestemmelse skal anses for at udgøre et selvstændigt begreb i EU-retten og ifølge en almindeligt anerkendt definition betegner en aftale, hvorved en person mod betaling af en pris afgiver sin ejendomsret til en anden person over et fysisk eller immaterielt gode, der tilhører ham⁴⁴. Domstolen fastslog på dette grundlag, at leveringen af en kopi af et computerprogram, der ledsages af tildelingen af en tidsubegrænset licens, indebærer, at der er sket overdragelse af ejendomsretten til denne kopi og følgelig et »salg« i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24⁴⁵. For at komme til denne konklusion fandt den, at det er uden betydning, om kopien af computerprogrammet er blevet stillet til rådighed for kunden via download eller ved hjælp af et fysisk medium⁴⁶. Den anførte endvidere, at begrebet »sælges« som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 skal fortolkes bredt, således at det omfatter alle former for markedsføring af en vare, der er kendetegnet ved tildeling af en brugsret til en kopi af et computerprogram for et ubegrænset tidsrum mod en engangsbetaling, der gør det muligt for indehaveren af ophavsretten at opnå et vederlag, der svarer til den økonomiske værdi af kopien af det værk, som han ejer, idet den effektive virkning af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 ellers ville blive bragt i fare, henset til, at leverandørerne blot kunne kvalificere aftalen som »licens« og ikke som »salg« for at omgå reglen om konsumtion⁴⁷.

³⁹ Selv om national lovgivning vedrørende handelsagenter uden for salg eller køb af varer ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 86/653, har Domstolen i denne henseende fastslået, at den har kompetence til at træffe afgørelse i sådanne tilfælde: Jf. dom af 16.3.2006, Poseidon Chartering (C-3/04, EU:C:2006:176, præmis 7 og 11-19) (kontrakt om chartring af et skib), af 28.10.2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, præmis 23-28) (koncessionskontrakt), af 17.10.2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, præmis 30 og 31) (agenturaftale om udførsel af søtransport), af 3.12.2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 16-19) (kontrakt om salg af bank- og forsikringsydelse), og af 17.5.2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, præmis 26-32) (kontrakt om salg af forsikringsydelse); jf. endvidere generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Unamar (C-184/12, EU:C:2013:301, punkt 48, fodnote 26).

⁴⁰ Det er f.eks. værd at nævne, at Domstolen (eller generaladvokaten) ikke foretog en behandling af definitionen af en handelsagent i dom af 23.3.2006, Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199) (vedrørende en agent, der promoverede erhvervsinformationstjenester), og af 19.4.2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262) (vedrørende en agent, der promoverede salg af enfamiliehuse).

⁴¹ C-128/11, EU:C:2012:407. Jf. for en detaljeret gennemgang f.eks. P. Charleton og S. Kelly, »The Oracle Speaks. C-128/11«, *The Bar Review*, bind 18, 2013, s. 33-44; jf. for et kritisk synspunkt f.eks. tillige K. Moon, »Revisiting UsedSoft v. Oracle. Is Software Property and Can It Be Sold?«, *Computer Law Review International*, 2017, s. 113-119.

⁴² EUT 2009, L 111, s. 16.

⁴³ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 20-35).

⁴⁴ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 40 og 42).

⁴⁵ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 44-46 og 48).

⁴⁶ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 47).

⁴⁷ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 49).

48. Domstolen fastslog endvidere, at konsumtionen af spredningsretten i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 vedrørte såvel de fysiske som de immaterielle kopier af computerprogrammer⁴⁸. Den bemærkede navnlig, at der i denne bestemmelses ordlyd ikke foretages nogen sondring i denne henseende⁴⁹. Den bemærkede ligeledes, at salget af et computerprogram, der er lagret på et fysisk medium, og via download fra et økonomisk synspunkt er ens, da online-overførsel nemlig svarer funktionelt til lagring på et fysisk medium. Fortolkningen af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 i lyset af ligebehandlingsprincippet bekræftede således, at disse metoder skal behandles ens⁵⁰.

49. Domstolens tilgang i UsedSoft-dommen er blevet gentaget i efterfølgende retspraksis⁵¹. Som illustreret ved dom af 19. december 2019, Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers⁵², fremhæver den omstændighed, at Domstolen har differentieret sine konklusioner i UsedSoft-dommen fra omstændighederne i andre tilfælde, computerprogrammets særlige karakter, især hvad angår sidestillingen af fysiske og immaterielle former for levering i sammenligning med andre digitale produkter.

50. Det følger derfor af UsedSoft-dommen, at elektronisk levering af computersoftware, der er ledsaget af tildelingen af en tidsubegrænset licens, fra et funktionelt og økonomisk synspunkt kan gøres til genstand for et »salg«, og at overførsel ved hjælp af et fysisk og et immaterielt medium giver anledning til ensartede virkninger. Denne dom støtter derfor det synspunkt, at leveringen af software under de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen, anses for »salg« af »varer« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. Jeg vil senere vende tilbage til denne dom i min analyse (jf. dette forslag til afgørelses punkt 74, 85 og 87).

B. Det første spørgsmål

51. Som nævnt i dette forslag til afgørelses punkt 38 er det første spørgsmål for Domstolen, om elektronisk leveret computersoftware som den i hovedsagen omhandlede udgør »varer« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

52. Ifølge de argumenter, som Computer Associates har fremført, er det alene fysiske genstande, der er omfattet af begrebet »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, hvilket således udelukker computersoftware, der leveres via immaterielle midler som de i hovedsagen omhandlede. The Software Incubator, den tyske regering og Kommissionen er uenige.

53. Som det ses i dette forslag til afgørelses punkt 4, henvises der ikke til national lovgivning i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. Ifølge fast retspraksis⁵³ skal begreberne i denne bestemmelse og navnlig begrebet »varer« således undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele

⁴⁸ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 59).

⁴⁹ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 55).

⁵⁰ Jf. dom af 3.7.2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 61).

⁵¹ Jf. f.eks. dom af 23.1.2014, Nintendo m.fl. (C-355/12, EU:C:2014:25, præmis 23), og af 12.10.2016, Ranks og Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762, præmis 28, 30, 35, 36, 49, 50 og 53-55); jf. endvidere generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse Ranks og Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:384, punkt 69-80).

⁵² C-263/18, EU:C:2019:1111, præmis 53-58. Jf. også generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Nederlands Uitgeversverbond og Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:697, punkt 52-67).

⁵³ Jf. f.eks. dom af 4.6.2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, præmis 25).

Unionen, som er uafhængig af national lovgivning⁵⁴. Denne fortolkning skal tage hensyn til denne bestemmelses ordlyd, den sammenhæng, hvori den indgår, og formålet med den lovgivning, som den udgør en del af⁵⁵. Dens tilblivelse kan ligeledes give relevante elementer med henblik på dens fortolkning⁵⁶.

54. Det er på dette grundlag, at jeg drager konklusionen, at elektronisk leveret computersoftware som den i hovedsagen omhandlede er omfattet af begrebet »varer« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. Jeg er nået frem til denne konklusion af følgende grunde.

55. Hvad angår ordlyden af direktiv 86/653 anvendes begrebet »varer« ikke alene i dette direktivs artikel 1, stk. 2, men også i artikel 4, stk. 2, litra a), artikel 6, stk. 1, og artikel 20, stk. 2, litra b). Imidlertid er der ingen af disse bestemmelser, der præciserer dette begrebs betydning og rækkevidde. Med hensyn til de argumenter, som Computer Associates har fremsat, synes de ord, der er anvendt i andre sprogversioner af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, ikke at bekræfte en fortolkning af denne bestemmelse, som er begrænset til fysiske genstande⁵⁷. Ifølge den tyske regering understøtter den tyske sprogversion en fortolkning af »varer«, der omfatter immaterielle genstande (jf. dette forslag til afgørelses punkt 32). Endvidere synes disse sprogversioner ikke at indikere, at »varer« nødvendigvis er begrænset til fysiske genstande.

56. Opmærksomheden skal i denne forbindelse henledes på, at omstændighederne i denne sag afviger fra de omstændigheder, som gav anledning til kendelse af 10. februar 2004, Mavrona⁵⁸. I denne kendelse afviste Domstolen muligheden for at udvide anvendelsesområdet for direktiv 86/653 til handelsagenter, der handler for agenturgiverens regning, men i eget navn, bl.a. på grund af, at dette er i strid med den udtrykkelige ordlyd af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. I nærværende sag handler det derimod ikke om at gå ud over omfanget af den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 fastsatte harmonisering, men om, at Domstolen skal fortolke de begreber, som f.eks. »varer«, der er indeholdt i denne bestemmelse, hvor der i selve teksten ikke er givet en klar betydning.

57. Ordlyden af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 giver således ikke et utvetydigt svar på spørgsmålet om, hvorvidt elektronisk leveret computersoftware som den i hovedsagen omhandlede udgør »varer« i henhold til denne bestemmelse. Imidlertid foretages der i denne bestemmelse ikke nogen sondring med hensyn til de omhandlede varers fysiske eller immaterielle karakter. Dette giver mulighed for en bred fortolkning af »varer«, der dækker alle sådanne fysiske og immaterielle genstande, som kan gøres til genstand for handelssamkvemet.

58. Tilblivelsen af direktiv 86/653 understøtter en sådan fortolkning. I Kommissionens forslag⁵⁹ var der i den bestemmelse, der indeholdt definitionen af en handelsagent, henvist til »et ubestemt antal agenturforretninger«, dvs. varer samt tjenesteydelser⁶⁰. Der var ikke nogen præcis

⁵⁴ Det er værd at nævne, at dette er blevet anerkendt i tidligere britisk retspraksis (jf. f.eks. *Fern Computer Consultancy Ltd mod Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch), navnlig præmis 74, 86 og 93) og regeringsdokumenter (jf. Department of Trade and Industry (handels- og industriministeriet, Det Forenede Kongerige), *Guidance Notes on the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, 1994, Regulation 2 Interpretation*, fjerde afsnit). Jf. endvidere i denne forbindelse A. Tosato, »An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations«, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, s. 544-565.

⁵⁵ Jf. f.eks. dom af 8.9.2020, *Recorded Artists Actors Performers* (C-265/19, EU:C:2020:677, præmis 46).

⁵⁶ Jf. f.eks. dom af 1.10.2019, *Planet49* (C-673/17, EU:C:2019:801, præmis 48).

⁵⁷ Jf. dette forslag til afgørelses fodnote 15.

⁵⁸ C-85/03, EU:C:2004:83, præmis 15-21.

⁵⁹ Jf. Kommissionens forslag til Rådets direktiv om samordning af medlemsstaternes lovgivning om (selvstændige) handelsagenter, KOM(76) 670 endelig udg., af 13.12.1976 (herefter »forslaget«), udkast til artikel 2.

⁶⁰ Jf. i denne henseende forslaget, som er nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 59, udkast til artikel 7, stk. 1 og 2, artikel 8, stk. 1, artikel 9, stk. 2, artikel 10, stk. 2, litra a), artikel 11, stk. 2, artikel 21, stk. 1, og artikel 32, stk. 2.

angivelse af begrebet »varer« sammenlignet med en anden bestemmelse i dette forslag, der henviste til »løsøre og andre værdier« i forbindelse med en handelsagents tilbageholdsret over agenturgiverens ejendom ved agentkontraktens ophør⁶¹. Disse bestemmelser blev opretholdt, med nogle tilføjede ændringer, i Kommissionens ændrede forslag⁶² efter Europa-Parlamentets førstebehandling⁶³ sammen med udtalelsen fra Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg⁶⁴.

59. På Rådets første møde om ændringsforslaget⁶⁵ var det imidlertid den danske delegations opfattelse, at dette forslag »skal begrænses til agenturforretninger, der omfatter salg af varer«, hvilket blev støttet af delegationen fra Irland og fra Det Forenede Kongerige. Dette blev afspejlet i bemærkningerne fra disse delegationer til definitionen af en handelsagent, i henhold til hvilke de krævede, at »agenturforretninger« blev defineret som »kontrakter om salg af produkter«⁶⁶.

60. Som konsekvens udstedte Kommissionen et arbejdsdokument om det foreslåede direktivs anvendelsesområde⁶⁷, der fastlagde dens synspunkter vedrørende bestemte måder, hvorpå det kunne begrænses. Navnlig anførte den, at tjenesteydelser kunne udelukkes, da der var få former for tjenesteydelser, som det foreslåede direktiv ville finde anvendelse på. Imidlertid var det efter dens opfattelse nødvendigt at omfatte handelsagenter, der udøver virksomhed i sektorer af særlig betydning set fra et økonomisk synspunkt ved nemlig at købe og sælge varer. Den anførte, at idet visse former for varer som f.eks. råvarer og landbrugsprodukter sjældent blev købt eller solgt af handelsagenter, kunne det foreslåede direktiv således alene gælde for de agenter, der køber eller sælger industrielle produkter, og ikke for tjenesteydelser eller råmaterialer.

61. På det næste møde⁶⁸ tilkendegav Rådet under hensyntagen til dette arbejdsdokument sin præference for den løsning, hvor det foreslåede direktiv »i det mindste ville omfatte virksomhed forbundet med salg og køb af varer«. I denne henseende tog Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongeriges delegation, mens flere delegationer tilsluttede sig en tilgang, hvor tjenesteydelser udelukkes, forbehold over for en løsning, der har til formål at regulere andet end blot salg af varer. Følgende fremgår således af referatet af dette møde: »Da det ikke var muligt at afgøre hverken dette spørgsmål eller spørgsmålet om, hvorvidt direktivet skal omfatte varer, produkter eller løsørengstande, var *arbejdsgruppens arbejdshypotese*, som den vedtog til brug for sine drøftelser, at direktivet ville finde anvendelse på *handelsagenter, der beskæftiger sig med salg eller køb af varer*«⁶⁹. Dette blev udtrykt i definitionen af en handelsagent, der henviste til salg eller køb af varer⁷⁰.

⁶¹ Jf. forslaget nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 59, udkast til artikel 29, stk. 2.

⁶² Jf. Kommissionens ændring til forslag til Rådets direktiv om samordning af medlemsstaternes lovgivning om (selvstændige) handelsagenter, KOM(78) 773 endelig udg., af 22.1.1979 (herefter »ændringsforslaget«), udkast til artikel 2 og 29.

⁶³ Jf. beslutning med Europa-Parlamentets udtalelse om forslaget af 12.9.1978 (EFT 1978, C 239, s. 18), navnlig udkast til artikel 2 og 29.

⁶⁴ Jf. udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg om forslaget af 24.11.1977 (EFT 1978, C 59, s. 31), navnlig i punkt 2.3.1, 2.8.7 og 2.8.8.

⁶⁵ Jf. dokument 8278/79 af 18.7.1979, s. 2 og 3.

⁶⁶ Jf. dokument 8278/79, nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 65, s. 6 og 7.

⁶⁷ Jf. dokument 8664/79 af 22.8.1979.

⁶⁸ Jf. dokument 11507/79 af 11.12.1979, s. 2.

⁶⁹ Jf. dokument 11507/79 nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 68, s. 2.

⁷⁰ Jf. dokument 11507/79 nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 68, s. 3 og 9.

62. Denne tilgang blev bevaret i den vedtagne tekst til direktiv 86/653⁷¹. Udkastet til bestemmelsen om en handelsagents tilbageholdsret over agenturgiverens »løsøre og andre værdier« blev ændret og derefter slettet i løbet af beslutningsprocessen⁷².

63. Det kan således udledes fra aftalen om at anvende begrebet »varer« i stedet for »produkter«, »løsøregenstande« eller »løsøre«, at hensigten med dette begreb var i bred forstand at omfatte indholdet af de transaktioner, der svarede til handelsagenternes hovedvirksomhed⁷³, og at dette ikke nødvendigvis var begrænset til fysiske genstande og løsøre. Denne fortolkning er endvidere i overensstemmelse med den historiske sammenhæng, som direktiv 86/653 befandt sig i, hvor der var udarbejdet en international konvention vedrørende agenturer i internationale varekøb⁷⁴, som var begrænset til salg af varer i overensstemmelse med hovedvirksomheden for handelsagenter i internationale varekøb på dette tidspunkt⁷⁵. I modsætning til, hvad Computer Associates har gjort gældende, er der i ovennævnte dokumenter tegn på, at dette direktivs mulige anvendelse på »produkter« muligvis ikke var ment således, at det skulle være bredere end »varer«, men i stedet, særligt henset til henvisningen til »industrielle produkter«, at det skulle betegne en særlige type handelsvarer, der var en vigtig del af handelsagenters arbejde.

64. Den sammenhæng, hvori artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 indgår, bekræfter yderligere synspunktet om, at begrebet »varer« i denne bestemmelse kan fortolkes således, at det omfatter fysiske og immaterielle genstande. Navnlige forhindrer en sådan fortolkning ikke en handelsagent i at udøve sine primære opgaver i henhold til direktiv 86/653, der, som det fremgår af direktivets artikel 3, 4 og 17, består i at skaffe agenturgiveren nye kunder og at udvikle forretningerne med den bestående kundekreds⁷⁶.

65. En sådan fortolkning er heller ikke til hinder for funktionen af de øvrige bestemmelser i direktiv 86/653, hvori begrebet »varer« er nævnt. I denne henseende ville beskrivelsen af de varer, som agenturgiveren skal levere i henhold til artikel 4, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653, det passende vederlag for en handelsagent baseret på det, som gives til de pågældende agenter, der beskæftiger sig med de omhandlede varer i henhold til dette direktivs artikel 6, stk. 1, og kravet i henhold til artikel 20, stk. 2, litra b), om, at en konkurrenceklausul, som er pålagt en handelsagent, kun er gyldig, hvis den vedrører de varetyper, som er omfattet af agenturkontrakten, finde anvendelse, uanset om varerne var fysiske eller immaterielle.

66. Dette illustreres af de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen. Som anført i dette forslag til afgørelses punkt 9 blev softwaren behandlet som et kommercielt »produkt«, hvilket der var indgået aftale med The Software Incubator om at reklamere for, markedsføre og sælge. Ifølge denne aftale var i) The Software Incubator endvidere forpligtet til at afsætte en betydelig

⁷¹ Jf. f.eks. dokument 7379/86 af 4.6.1986, s. 3, og dokument 8543/86 af 18.7.1986, s. 3. I denne henseende blev forslaget fra Det Forenede Kongeriges delegation om at slette »eller køb« fra definitionen af en handelsagent afslået (jf. f.eks. dokument 6877/80 af 6.5.1980, s. 22).

⁷² Jf. f.eks. dokument 4737/81 af 10.2.1981, s. 8 og 9, dokument 10292/81 af 28.10.1981, s. 8-10, dokument 4347/82 af 21.1.1982, s. 23, og dokument 7381/83 af 9.6.1983, s. 19.

⁷³ Det er værd at nævne, at dette følger af visse publikationer, som er vedlagt Computer Associates bemærkninger, som blev udgivet på daværende tidspunkt: Jf. O. Lando, »The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents«, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, bind 44, 1980, s. 1-16, navnlig s. 2 og 5, United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, nr. 84, 1977, navnlig artikel 2, litra a)-c), s. 15.

⁷⁴ Convention on Agency in the International Sale of Goods, undertegnet i Genève den 17.2.1983, tilgængelig på <http://www.unidroit.org/>; den trådte ikke i kraft, da der var et utilstrækkeligt antal ratifikationer. Jf. Endvidere f.eks. N. Jansen og R. Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, s. 592 og 593.

⁷⁵ Jf. i denne henseende D. Maskow, »Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods«, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, bind I, 1989, s. 60-187, på s. 99-101.

⁷⁶ Jf. i denne henseende dom af 12.12.1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, præmis 26), og af 4.6.2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, præmis 33).

mængde tid og kræfter på at udvikle Computer Associates' salg og kunderelationer med hensyn til software, ii) beregningen af The Software Incubators provision var baseret på salget af softwaren, og iii) der var en konkurrenceklausul, der forbød The Software Incubator i at udøve virksomhed, der konkurrerede med softwaren. Det skal på dette grundlag anføres, at den omstændighed, at softwaren blev leveret på immateriel vis, ikke synes at afholde The Software Incubator eller Computer Associates fra at varetage deres opgaver i henhold til aftalen.

67. Selv om artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 er en central bestemmelse for afgrænsningen af dette direktiv, følger det i modsætning til de argumenter, som Computer Associates har fremført, ikke heraf, at begrebet »varer« skal fortolkes således, at det alene henviser til fysiske genstande. Under henvisning til Domstolens praksis (jf. dette forslag til afgørelses punkt 44) er definitionen af handelsagenter i denne bestemmelse bred i den forstand, at alle personer, der opfylder de deri fastsatte betingelser, anses for at være handelsagenter, forudsat at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i direktivets artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1. Disse udelukkelsesgrunde henviser generelt til visse personers beskæftigelse og virksomhed og ikke til den varetype, som markedsføres⁷⁷.

68. Fortolkningen af begrebet »varer« på andre EU-retlige områder underkender endvidere ikke min analyse. Navnlig i forbindelse med EU-foranstaltninger vedrørende told⁷⁸ og moms⁷⁹, hvor begrebet »varer« er blevet begrænset til fysiske genstande, er computersoftware, der leveres ved hjælp af immaterielle midler, ikke blevet anset for »varer«, mens computersoftware i forbindelse med EU-foranstaltninger om varemærker⁸⁰ og medicinsk udstyr⁸¹ er blevet kvalificeret som en form for »varer«. Disse eksempler adskiller sig fra situationen i nærværende sag, hvor begrebet »varer« i direktiv 86/653 ikke udtrykkeligt er blevet afgrænset til fysiske genstande, ligesom der ikke er taget stilling til computersoftware.

69. Tilsvarende har Domstolen i forbindelse med varernes frie bevægelighed vedvarende defineret »varer« bredt som »produkter, hvis værdi kan måles i penge, og som i sig selv kan være genstand for omsætning«⁸². Således er f.eks. elektroniske spil, herunder computerspil⁸³, og elektricitet⁸⁴ omfattet af denne definition, uanset deres immaterielle karakter. Henset til at softwaren, således som det fremgår af omstændighederne i denne sag, er et produkt, hvis værdi

⁷⁷ Generelt set udelukker artikel 1, stk. 3, i direktiv 86/653 personer, der arbejder i selskaber, sammenslutninger og partnerskaber, eller som er beskæftiget med konkursbehandling, hvor direktivets artikel 2, stk. 1, udelukker handelsagenter, som ikke modtager vederlag for deres virksomhed, eller som arbejder på råvaremarkeder, samt et bestemt organ i Det Forenede Kongerige.

⁷⁸ For så vidt angår EU-foranstaltninger vedrørende den fælles toldordning er begrebet »varer« blevet fortolket således, at dette alene vedrører fysiske genstande i lyset af denne ordnings karakter, og har således omfattet spørgsmål om computersoftware som immaterielle genstande, der er inkorporeret i en fysisk vare i forbindelse med toldværdifastsættelsen. Jf. f.eks. dom af 14.7.1977, Bosch (1/77, EU:C:1977:130, præmis 4), af 18.4.1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153, præmis 21), af 16.11.2006, Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716, præmis 30, 31 og 37), og af 10.9.2020, BMW (C-509/19, EU:C:2020:694, præmis 12-23); jf. endvidere generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68, punkt 50-58).

⁷⁹ For så vidt angår EU-foranstaltninger vedrørende momsordningen er begrebet »levering af varer« udtrykkeligt begrænset til et materielt gode, således at digitale produkter, herunder computersoftware, der leveres på et immaterielt medium anses for levering af tjenesteydelser, mens sådanne produkter, der leveres på et fysisk medium kvalificeres som levering af varer. Jf. f.eks. dom af 5.3.2015, Kommissionen mod Frankrig (C-479/13, EU:C:2015:141, præmis 35), af 5.3.2015, Kommissionen mod Luxembourg (C-502/13, EU:C:2015:143, præmis 42), og af 7.3.2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, præmis 43-72, navnlig præmis 50). Jf. endvidere i forbindelse med skræddersyet computersoftware dom af 27.10.2005, Levob Verzekeringen og OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649, præmis 17-30), og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Levob Verzekeringen og OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292, punkt 28-60).

⁸⁰ Jf. f.eks. dom af 29.1.2020, Sky m.fl. (C-371/18, EU:C:2020:45, navnlig præmis 30, 47 og 54).

⁸¹ Jf. f.eks. dom af 22.11.2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, navnlig præmis 16-19).

⁸² Jf. f.eks. dom af 10.12.1968, Kommissionen mod Italien (7/68, EU:C:1968:51, s. 428), og af 23.1.2018, Buhagiar m.fl. (C-267/16, EU:C:2018:26, præmis 67).

⁸³ Jf. dom af 26.10.2006, Kommissionen mod Grækenland (C-65/05, EU:C:2006:673, præmis 23 og 24).

⁸⁴ Jf. f.eks. dom af 6.12.2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, præmis 34), og generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse FENS (C-305/17, EU:C:2018:536, punkt 19-21).

er blevet målt i penge og var genstand for omsætning, synes den klart at være omfattet af denne definition. I modsætning til hvad Computer Associates har hævdet, vedrører Domstolens dom i Sacchi-sagen⁸⁵, hvorefter fjernsynsudsendelser udgør tjenesteydelser, mens produkter, som anvendes ved spredning af fjernsynsudsendelse, udgør varer, og i Jägerskiöld-sagen⁸⁶, hvorefter fiskerirettigheder og fisketilladelser er tjenesteydelser i stedet for varer, efter min opfattelse de specifikke omstændigheder i disse sager og er ikke udtryk for en generel begrænsning af »varer« i denne forbindelse til fysiske genstande.

70. Direktiv 2011/83, direktiv 2019/770 og direktiv 2019/771 understøtter efter min opfattelse endvidere ikke en fortolkning af »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, der er begrænset til fysiske genstande. Kort sagt er disse direktiver væsentlige retlige instrumenter inden for EU's forbrugerlovgivning⁸⁷. Direktiv 2011/83 omfatter forbrugeraftaler om levering af digitalt indhold uanset leveringsmetode, og mens digitalt indhold, som leveres på et fysisk medium, kvalificeres som »varer«, anses digitalt indhold, der leveres på et immaterielt medium, hverken for en salgsaftale eller en aftale om tjenesteydelser, og der er fastsat specifikke regler⁸⁸. Dette direktiv tager således ikke stilling til kvalificeringen af sådant digitalt indhold⁸⁹ og fastlægger en selvstændig kategori ud over den, som definerer en »vare« som en »løsøregenstand«⁹⁰.

71. Direktiv 2019/770 og direktiv 2019/771 følger det samme mønster. Direktiv 2019/770 finder anvendelse på forbrugeraftaler om levering af digitalt indhold eller digitale tjenester, uanset hvilket medium, fysisk eller immaterielt, der benyttes til overførsel, og omfatter endda selve det fysiske medium, når det udelukkende bruges som en bærer af det digitale indhold⁹¹. Imidlertid overlader det spørgsmålet om sådanne aftalers retlige karakter til national ret⁹². På supplerende vis fastlægger direktiv 2019/770 harmoniserede regler for aftaler om salg af varer, som omfatter »varer med digitale elementer«, hvormed der menes »løsøregenstand[e]«, der integrerer eller er indbyrdes forbundet med digitalt indhold eller en digital tjeneste for at fungere⁹³. Dette direktiv begrænser således »varer« til »løsøregenstand[e]« samtidig med, at der er tilføjet særlige regler for digitale varer.

72. Det skal på dette grundlag navnlig påpeges, at disse tre direktiver repræsenterer EU-lovgivers hensigt om at udvikle særlige regler for at tilgodese digitalt indhold, herunder computersoftware, i forbrugeraftaler uden at forstyrre det traditionelle begreb »varer«, der i modsætning til direktiv 86/653 er forbundet med fysiske genstande. Endvidere sidestiller direktiv 2019/770 fysiske og immaterielle metoder for leveringen af digitalt indhold, hvilket taler for at fortolke begrebet »varer« i direktiv 86/653 således, at det omfatter begge.

⁸⁵ Jf. dom af 30.4.1974 (155/73, EU:C:1974:40, præmis 6 og 7).

⁸⁶ Jf. dom af 21.10.1999 (C-97/98, EU:C:1999:515, præmis 30-39).

⁸⁷ Jf. for en gennemgang af disse direktiver og deres bredere sammenhæng f.eks. N. Helberger m.fl., »Digital Content Contracts for Consumers«, *Journal of Consumer Policy*, bind 36, 2013, s. 37-57; Jansen og Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 74, s. 1-18; D. Staudenmayer, »The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy«, *European Review of Private Law*, bind 28, 2020, s. 219-250.

⁸⁸ Jf. direktiv 2011/83, navnlig artikel 1, artikel 5, stk. 2, artikel 6, stk. 2, artikel 9, stk. 2, litra c), artikel 14, stk. 4, litra b), artikel 16, litra m), og artikel 17, stk. 1, samt 19. betragtning. Jf. endvidere f.eks. Kommissionens rapport om anvendelsen af direktiv 2011/83, COM(2017) 259 final, af 23.5.2017, punkt 5.

⁸⁹ Jf. i denne henseende Helberger m.fl. nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 87, s. 44.

⁹⁰ Jf. direktiv 2011/83, artikel 2, stk. 3.

⁹¹ Jf. direktiv 2019/770, navnlig artikel 1 og artikel 3, stk. 1 og 3, samt 19. og 20. betragtning.

⁹² Jf. direktiv 2019/770, navnlig 12. betragtning.

⁹³ Jf. direktiv 2019/771, navnlig artikel 1, artikel 2, stk. 5, og artikel 3, stk. 3 og 4, samt 12.-16. betragtning. Jf. endvidere direktiv 2019/770, artikel 2, stk. 3, artikel 3, stk. 4, samt 21. og 22. betragtning.

73. Endelig er jeg enig med The Software Incubator, den tyske regering og Kommissionen i, at en fortolkning af »varer«, der finder anvendelse på fysiske og immaterielle genstande, er i overensstemmelse med de formål, som direktiv 86/653 forfølger. Det skal navnlig påpeges, at begrænsningen af begrebet »varer« til fysiske genstande ville medføre en manglende beskyttelse af handelsagenter, der forhandler salget af den samme genstand, som leveres immaterielt. Dette ville begrænse rækkevidden af den beskyttelse, som handelsagenter nyder i deres forhold til deres agenturgivere i henhold til direktiv 86/653, hvilket er en af dette direktivs formål (jf. dette forslag til afgørelses punkt 43).

74. Som nævnt i dette forslag til afgørelses punkt 46-50 har Domstolen i denne henseende i UsedSoft-dommen anerkendt, at leveringen af computerprogrammer på et fysisk medium funktionsmæssigt er det samme som overførsel via download. Det følger derfor af denne dom, at en fortolkning af begrebet »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, der omfatter fysiske og immaterielle genstande, sikrer, at handelsagenter, der forhandler salget af computersoftware, modtager den samme beskyttelse uanset leveringsmetoden.

75. Derimod ville en fortolkning af »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, som er begrænset til fysiske genstande, give en agenturgiver mulighed for at omgå de ufravigelige bestemmelser i direktiv 86/653, herunder bestemmelserne vedrørende godtgørelse eller erstatning, som handelsagenter har krav på ved agenturkontraktens ophør (jf. punkt 43 i dette forslag til afgørelse), ved blot at sørge for, at leveringen af varerne sker immaterielt. Dette ville skade formålene med dette direktiv om at yde beskyttelse til handelsagenter og at fremme retssikkerheden i handelssamkvemet. Som påpeget af The Software Incubator og Kommissionen skal en handelsagent nemlig ikke fratages sin beskyttelse i henhold til dette direktiv som følge af en agenturgivers eller eventuelt en kundes beslutning, der muligvis træffes, efter at denne agent har udført sin opgave med at forhandle varernes salg.

76. Endvidere er der i modsætning til, hvad Computer Associates har gjort gældende, intet, der tyder på, at henvisningen til »samhandelen« i tredje betragtning til direktiv 86/653, sammenholdt med direktivets artikel 1 og 2, understøtter en fortolkning af »varer«, der er begrænset til fysiske genstande. Denne henvisning vedrører formålet med direktiv 86/653 om at harmonisere medlemsstaternes regler om handelsagentur med henblik på at etablere et enhedsmarked og har ikke noget at gøre med betydningen af »varer« i dette direktivs artikel 1, stk. 2. Dette bekræftes af den omstændighed, at en sådan tilsvarende henvisning fremgik af Kommissionens forslag til direktiv 86/653, der indeholdt en bredere definition af en handelsagent, som omfattede varer og tjenesteydelser (jf. dette forslag til afgørelses punkt 58)⁹⁴.

77. Endvidere skal der lægges vægt på behovet for en dynamisk eller udviklende fortolkning af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, der tager hensyn til den teknologiske udvikling til opfyldelse af dette direktivs formål⁹⁵. Selv om markedsføring af computersoftware via download i denne forbindelse ikke kunne forudses, da direktiv 86/653 blev vedtaget, er det i dag udbredt. Under disse omstændigheder ville manglende anerkendelse af sådan teknologisk udvikling efter min opfattelse kunne være til hinder for den effektive virkning af reglerne om handelsagenter, som er fastsat i direktiv 86/653.

⁹⁴ Jf. forslaget nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 59, udkast til tredje betragtning. Jf. endvidere ændringsforslaget nævnt i dette forslag til afgørelses fodnote 62, udkast til tredje betragtning.

⁹⁵ Jf. i denne henseende generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Vereniging Openbare Bibliotheek (C-174/15, EU:C:2016:459, punkt 24-40), og generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, punkt 69-84).

78. Det er derfor min konklusion, at computersoftware, der leveres til en agenturgivers kunder ved hjælp af elektroniske midler som de i hovedsagen omhandlede, er omfattet af begrebet »varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

C. Det andet spørgsmål

79. Som nævnt i dette forslag til afgørelses punkt 38 er det andet forelagte spørgsmål, hvorvidt en kopi af en computersoftware, der leveres til en agenturgivers kunder i medfør af en tidsubegrænset licens som den i hovedsagen omhandlede, udgør et »salg« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

80. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, sammenholdt med de forhold, som er blevet fremlagt for Domstolen, giver den licens, som Computer Associates tildeler sine kunder under den foreliggende sags omstændigheder, kunden ubegrænset brugsret til en kopi af softwaren mod betaling af en pris, der svarer til denne kopis økonomiske værdi (jf. dette forslag til afgørelses punkt 11 og 12).

81. Ifølge de argumenter, som Computer Associates har fremført, kan en sådan licens ikke kvalificeres som et »salg«, da det ikke indebærer en overdragelse af ejendomsretten til softwaren. The Software Incubator, den tyske regering og Kommissionen har et andet synspunkt.

82. Som det fremgår af dette forslag til afgørelses punkt 53, henviser begreberne i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, herunder begrebet »salg«, ikke til national ret. Dette begreb skal derfor anses for et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ensartet inden for hele Unionen uafhængigt af national lovgivning, hovedsageligt under henvisning til direktiv 86/653's ordlyd, sammenhæng og formål.

83. Det er ud fra dette grundlag, at jeg har nået den konklusion, at computersoftware, der leveres til en agenturgives kunder i medfør af en tidsubegrænset licens som den i hovedsagen omhandlede, som giver kunderne ubegrænset brugsret til en kopi af softwaren mod betaling af en pris, der svarer til denne kopis økonomiske værdi, falder inden for begrebet »salg« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653. Min begrundelse for at drage en sådan konklusion er følgende.

84. Hvad angår ordlyden af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 giver denne bestemmelse ingen angivelse af, hvordan begrebet »salg« skal opfattes. Med hensyn til de argumenter, som Computer Associates har gjort gældende, synes de ord, som er anvendt i de forskellige sprogversioner af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, ikke at tyde på, at »salg« nødvendigvis skal fortolkes på nogen bestemt måde⁹⁶.

85. Ikke desto mindre skal det anføres, at anvendelsen af begrebet »salg« i denne bestemmelse uforbeholdent giver mulighed for en fortolkning, der omfatter alle sådanne transaktioner, der indebærer en overdragelse af ejendomsretten til varer. Som nævnt i dette forslag til afgørelses punkt 46-50 har Domstolen i denne henseende i UsedSoft-dommen anerkendt en bred fortolkning af begrebet »salg«, der omfatter alle former for markedsføring af produkter, som er kendetegnet ved tildelingen af brugsretten til en kopi af et computerprogram for en tidsubegrænset periode mod betaling af pris, der svarer til denne kopis økonomiske værdi. Jeg

⁹⁶ Jf. dette forslag til afgørelses fodnote 15.

kan ikke se nogen grund til, at Domstolens tilgang i denne dom ikke kan finde anvendelse i nærværende sag. Det forekommer mig nemlig, at direktiv 86/653's sammenhæng og formål kræver en sådan bred fortolkning af begrebet »salg«.

86. Hvad angår de rammer, hvori direktiv 86/653 indgår, skal det påpeges, at denne fortolkning er i overensstemmelse med de væsentligste opgaver, som en handelsagent udfører, der - som anført i dette forslag til afgørelses punkt 64, og således som det fremgår af nævnte direktivs artikel 3, 4 og 17 - består i at skaffe agenturgiveren nye kunder og at udvikle forretningerne med den bestående kundekreds. Dette påvises af aftalen i den foreliggende sag, der henviser til »salg« af software i sammenhæng med de opgaver, som The Software Incubator skal udføre som nævnt ovenfor (jf. dette forslag til afgørelses punkt 66).

87. Denne fortolkning er endvidere i overensstemmelse med formålene med direktiv 86/653. I lyset af UsedSoft-dommen skal det navnlig tages i betragtning, at en bred fortolkning af »salg« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 er i overensstemmelse med dette direktivs formål om at beskytte handelsagenterne i forhold til deres agenturgivere (jf. dette forslag til afgørelses punkt 43). Enhver anden løsning ville skade dette formål ved at gøre det muligt for en agenturgiver at unddrage sig de ufravigelige bestemmelser i direktiv 86/653 ved blot at kalde aftalen med sine kunder for en »licens« i stedet for et »salg«. Dette ville endvidere kunne fratage et stort antal af handelsagenter den beskyttelse, som direktiv 86/653 yder, da computersoftware generelt markedsføres via licenser.

88. Selv om det er begrænset, hvad der kan hentes af vejledning om betydningen af »salg« fra tilblivelsen af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, skal det, henset til den daværende handelsmæssige sammenhæng (jf. dette forslag til afgørelses punkt 58-63), tilføjes, at det var hensigten med begrebet »salg« i denne bestemmelse, at det skulle omfatte handelsagenters hovedvirksomhed, og ikke, at det skulle udelukke anvendelsen af direktiv 86/653 på fremtidig teknologisk udvikling, der har betydning for denne virksomhed.

89. Det er derfor min konklusion, at en kopi af computersoftware, der leveres til en agenturgivers kunder i medfør af en tidsbegrænset licens som den i hovedsagen omhandlede, der giver kunden en tidsbegrænset brugsret til en kopi af softwaren mod betaling af en pris, der svarer til denne kopis økonomiske værdi, er omfattet af begrebet »salg« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.

VII. Forslag til afgørelse

90. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at spørgsmålene fra Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) besvares således:

- »1) En kopi af computersoftware som den i hovedsagen omhandlede, der leveres til en agenturgivers kunder elektronisk og ikke på et fysisk medium, udgør »varer« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter.
- 2) Computersoftware, der leveres til en agenturgivers kunder ved tildeling til kunden af en tidsbegrænset licens som den i hovedsagen omhandlede til at anvende en kopi af computersoftware uden tidsbegrænsning mod betaling af en pris, der svarer til denne kopis økonomiske værdi, udgør et »salg« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653.«