



# Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ  
EVGENI TANCHEV  
της 17ης Δεκεμβρίου 2020<sup>1</sup>

**Υπόθεση C-410/19**

**The Software Incubator Ltd**  
κατά  
**Computer Associates UK Ltd**

[αίτηση του Supreme Court of the United Kingdom  
(Ανώτατου Δικαστηρίου του Ηνωμένου Βασιλείου)  
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Εμπορικοί αντιπρόσωποι (ανεξάρτητοι επαγγελματίες) – Οδηγία 86/653/ΕΟΚ – Άρθρο 1, παράγραφος 2 – Ορισμός του εμπορικού αντιπροσώπου – Έννοια της “πώλησης” και των “εμπορευμάτων” – Ηλεκτρονική παροχή, σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου, λογισμικού που συνοδεύεται από διαρκή άδεια χρήσης»

## I. Εισαγωγή

1. Η παρούσα αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, η οποία υποβλήθηκε από το Supreme Court of the United Kingdom (Ανώτατο Δικαστήριο του Ηνωμένου Βασιλείου), αφορά την ερμηνεία του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Δεκεμβρίου 1986, για το συντονισμό των δικαίων των κρατών μελών όσον αφορά τους εμπορικούς αντιπροσώπους (ανεξάρτητους επαγγελματίες)<sup>2</sup>.

2. Το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 ορίζει τον εμπορικό αντιπρόσωπο ως ανεξάρτητο μεσολαβητή του οποίου οι δραστηριότητες συνίστανται ιδίως στην πώληση ή αγορά εμπορευμάτων για λογαριασμό άλλου προσώπου που καλείται αντιπροσωπευόμενος. Το κύριο ζήτημα στην υπό κρίση υπόθεση είναι αν η ηλεκτρονική παροχή, σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου, λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή που συνοδεύεται από διαρκή άδεια χρήσης μπορεί να χαρακτηριστεί ως «πώληση [...] εμπορευμάτων» κατά την έννοια της ως άνω διάταξης.

3. Συνεπώς, η υπό κρίση υπόθεση παρέχει για πρώτη φορά στο Δικαστήριο την ευκαιρία να αποφανθεί επί της ερμηνείας της έννοιας της «πώλησης» και των «εμπορευμάτων» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653. Στην υπόθεση της κύριας δίκης, τούτο είναι

<sup>1</sup> Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

<sup>2</sup> ΕΕ 1986, L 382, σ. 17.

απαραίτητο προκειμένου να εξακριβωθεί αν η οδηγία 86/653 έχει εφαρμογή σε αντιπρόσωπο του οποίου η δραστηριότητα συνίστατο στην προώθηση του επίμαχου λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, προκειμένου να κριθεί αν αυτός έχει αξίωση αποζημίωσης βάσει της οδηγίας.

## **II. Το νομικό πλαίσιο**

### **A. Το δίκαιο της Ένωσης**

4. Το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 προβλέπει τα εξής:

«Κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας, εμπορικός αντιπρόσωπος είναι εκείνος στον οποίο, υπό την ιδιότητά του ως ανεξάρτητου μεσολαβητή, ανατίθεται σε μόνιμη βάση είτε να διαπραγματεύεται για λογαριασμό άλλου προσώπου, το οποίο καλείται στο εξής “αντιπροσωπευόμενος”, την πώληση ή την αγορά εμπορευμάτων είτε να διαπραγματεύεται και να συνάπτει τις πράξεις αυτές επ’ ονόματι και για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου.»

### **B. Η νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου**

5. Η οδηγία 86/653 μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο του Ηνωμένου Βασιλείου με την Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (κανονιστική πράξη του 1993 περί μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο της οδηγίας του Συμβουλίου για τους εμπορικούς αντιπροσώπους) (Statutory Instruments 1993/3053), όπως έχουν τροποποιηθεί (στο εξής: Regulations)<sup>3</sup>. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, των εν λόγω Regulations ορίζει τα εξής:

«Κατά την έννοια των παρουσών Regulations –

“εμπορικός αντιπρόσωπος” είναι εκείνος στον οποίο, υπό την ιδιότητά του ως ανεξάρτητου μεσολαβητή, ανατίθεται σε μόνιμη βάση είτε να διαπραγματεύεται για λογαριασμό άλλου προσώπου (“αντιπροσωπευόμενου”) την πώληση ή την αγορά εμπορευμάτων είτε να διαπραγματεύεται και να συνάπτει την πώληση ή αγορά εμπορευμάτων επ’ ονόματι και για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου. [...].»

## **III. Τα πραγματικά περιστατικά, η κύρια δίκη και τα προδικαστικά ερωτήματα**

6. Όπως προκύπτει από την απόφαση περί παραπομπής, η Computer Associates UK Ltd (στο εξής: Computer Associates) είναι εταιρία που εμπορεύεται ένα είδος λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή το οποίο είναι γνωστό ως «application release automation software» (λογισμικό για την αυτοματοποίηση της έκδοσης εφαρμογών, στο εξής: λογισμικό). Το λογισμικό είναι πολύπλοκο, ακριβό και μη εξατομικευμένο, δηλαδή δεν προσαρμόζεται ειδικά στον συγκεκριμένο πελάτη. Σκοπός του λογισμικού αυτού είναι ο συντονισμός και η αυτόματη υλοποίηση της εγκατάστασης και της αναβάθμισης άλλων εφαρμογών λογισμικού στα διάφορα λειτουργικά

<sup>3</sup> Η οδηγία έχει μεταφερθεί στο δίκαιο της Βόρειας Ιρλανδίας με χωριστή πράξη [Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland) 1993 (κανονιστικές πράξεις του 1993 περί μεταφοράς στο δίκαιο της Βόρειας Ιρλανδίας της οδηγίας του Συμβουλίου για τους εμπορικούς αντιπροσώπους) (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483)], η οποία δεν είναι κρίσιμη για την υπό κρίση υπόθεση.

περιβάλλοντα μεγάλων οργανισμών, όπως είναι οι τράπεζες και οι ασφαλιστικές εταιρίες, κατά τρόπον ώστε οι υποκείμενες εφαρμογές να είναι πλήρως ενσωματωμένες στο λειτουργικό περιβάλλον.

7. Η εταιρία The Software Incubator Ltd (στο εξής: Software Incubator) ανήκει στον Scott Dainty.

8. Στις 25 Μαρτίου 2013 η Computer Associates και η Software Incubator συνήψαν έγγραφη συμφωνία (στο εξής: συμφωνία).

9. Σύμφωνα με τη ρήτρα 2.1 της συμφωνίας, η Software Incubator, εκπροσωπούμενη από τον S. Dainty, συμφώνησε να προσεγγίζει για λογαριασμό της Computer Associates δυνητικούς πελάτες στην Ιρλανδία και το Ηνωμένο Βασίλειο με σκοπό «τη διάδοση, την εμπορική προώθηση και την πώληση του προϊόντος». Ως «προϊόν» νοούνται το λογισμικό, σύμφωνα με την πρώτη αιτιολογική σκέψη της συμφωνίας. Ως εκ τούτου, για τους σκοπούς της συμφωνίας, η Computer Associates ήταν ο αντιπροσωπευόμενος και η Software Incubator ο αντιπρόσωπος.

10. Όπως αναφέρεται στην απόφαση περί παραπομπής, τα κύρια χαρακτηριστικά της παροχής του επίμαχου στην κύρια δίκη λογισμικού ήταν τα ακόλουθα. Πρώτον, η Computer Associates παρείχε το λογισμικό στους πελάτες της ηλεκτρονικά μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου που περιείχε σύνδεσμο προς διαδικτυακή πύλη από την οποία ο πελάτης τηλεφόρτωνε το λογισμικό. Μολονότι υπήρχε δυνατότητα παροχής του λογισμικού με υλικά μέσα, δεν γινόταν χρήση της στην πράξη.

11. Επιπλέον, σύμφωνα με τη ρήτρα 4.1 της συμφωνίας η Computer Associates είχε το αποκλειστικό δικαίωμα να καθορίζει τους όρους και τις προϋποθέσεις όσον αφορά τη χορήγηση της άδειας χρήσης του λογισμικού στους πελάτες, ενώ σύμφωνα με τη ρήτρα 6.1 η Computer Associates θα χρέωνε και θα εισέπραττε όλα τα δικαιώματα που οφείλονταν από τους πελάτες για τη χρήση του λογισμικού. Η Software Incubator, ως αντιπρόσωπος, ήταν συνεπώς επιφορτισμένη με την προώθηση της χορήγησης αδειών χρήσης του λογισμικού από την Computer Associates στους πελάτες της. Η Software Incubator δεν είχε εξουσία μεταβίβασης τίτλου ή δικαιώματος επί του λογισμικού.

12. Συναφώς, σύμφωνα με τις συμφωνίες μεταξύ της Computer Associates και των πελατών της<sup>4</sup>, στον πελάτη παρέχονταν η άδεια χρήσης του λογισμικού, η οποία ήταν στις περισσότερες περιπτώσεις διαρκής, παρέχονταν δηλαδή για αόριστο χρόνο. Η άδεια παρείχε στον πελάτη, μεταξύ άλλων, τη δυνατότητα να εγκαθιστά και να χρησιμοποιεί το λογισμικό στην καθορισμένη εδαφική περιφέρεια για έναν ορισμένο αριθμό τελικών χρηστών και να επιτρέπει στους εξουσιοδοτημένους τελικούς χρήστες πρόσβαση στο λογισμικό. Η άδεια χρήσης τελούσε επίσης υπό την προϋπόθεση της συμμόρφωσης του πελάτη με την υποχρέωση, ιδίως, να μην επιχειρεί την πρόσβαση ή τη χρήση οποιουδήποτε τμήματος του λογισμικού για το οποίο δεν του είχε χορηγηθεί άδεια χρήσης, να μην προβαίνει σε αντίστροφη μεταγλώττιση, τροποποίηση ή αντίστροφο τεχνικό σχεδιασμό του λογισμικού, να μην εκμισθώνει, εκχωρεί ή μεταβιβάζει το λογισμικό και να μην παραχωρεί περαιτέρω άδεια χρήσης για την εκμετάλλευσή του. Η Computer Associates και οι συνδεδεμένες με αυτήν εταιρίες διατηρούσαν τα κάθε είδους

<sup>4</sup> Όπως εκτίθεται στην απόφαση περί παραπομπής, η άδεια χρήσης του λογισμικού παρέχονταν από μία συνδεδεμένη εταιρία, την CA Europe SARL, βάσει της σχετικής συμφωνίας που είχε συναφθεί μεταξύ της Computer Associates και του πελάτη. Οι όροι της άδειας χρήσης καθορίζονταν στη Software Module (ενότητα λογισμικού) σύμφωνα με τη Framework Agreement (βασική συμφωνία) στην περίπτωση νέων πελατών και τη Master Agreement (συμφωνία-πλαίσιο) στην περίπτωση των υφιστάμενων πελατών, οι δε όροι αυτοί ήταν ουσιαστικά παρόμοιοι. Σύμφωνα με τις εν λόγω συμφωνίες, οι οποίες επισυνάπτονται στις παρατηρήσεις της Computer Associates, ο πελάτης είχε γενικώς την υποχρέωση να καταβάλει τα δικαιώματα χρήσης του λογισμικού εντός 30 ημερών από την παραλαβή του τιμολογίου της Computer Associates. Οι πελάτες συμπλήρωναν επίσης ένα έντυπο παραγγελίας για την αγορά του λογισμικού.

δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, διπλώματα ευρεσιτεχνίας, εμπορικά σήματα, εμπορικά απόρρητα και όλα τα άλλα ιδιοκτησιακά δικαιώματα επί του λογισμικού. Έκαστος των συμβαλλομένων μπορούσε να καταγγείλει τη συμφωνία σε περίπτωση σοβαρής παραβάσεώς της ή λόγω αφερεγγυότητας του αντισυμβαλλομένου, οπότε η άδεια χρήσης ανακαλούνταν και ο πελάτης έπρεπε να επιστρέψει τυχόν αντίγραφα του λογισμικού ή να τα καταστρέψει.

13. Με επιστολή της 9ης Οκτωβρίου 2013, η Computer Associates κατήγγειλε τη συμφωνία με τη Software Incubator.

14. Η Software Incubator άσκησε αγωγή κατά της Computer Associates ενώπιον του High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division [ανώτερου δικαστηρίου (Αγγλία και Ουαλία), τμήμα αστικών, εμπορικών και διοικητικών διαφορών, Ηνωμένο Βασίλειο], ζητώντας μεταξύ άλλων αποζημίωση σύμφωνα με τις διατάξεις των Regulations που μετέφεραν στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 17 της οδηγίας 86/653. Η Computer Associates αρνήθηκε οποιαδήποτε ευθύνη για τον λόγο, μεταξύ άλλων, ότι οι Regulations δεν είχαν εφαρμογή καθόσον η παροχή του λογισμικού το οποίο προωθούσε η Software Incubator δεν αποτελούσε «πώληση εμπορευμάτων» για τους σκοπούς του ορισμού του εμπορικού αντιπροσώπου που περιλαμβάνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, των εν λόγω Regulations με το οποίο μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

15. Με απόφαση της 1ης Ιουλίου 2016<sup>5</sup>, το High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division [ανώτερο δικαστήριο (Αγγλία και Ουαλία), τμήμα αστικών, εμπορικών και διοικητικών διαφορών] έκρινε ότι η ηλεκτρονική παροχή λογισμικού που συνοδεύεται από διαρκή άδεια χρήσης ισοδυναμεί με «πώληση εμπορευμάτων» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, των Regulations και επιδίκασε, μεταξύ άλλων, αποζημίωση ύψους 475 000 λιρών στερλινών (GBP) (περίπου 531 100 ευρώ) στη Software Incubator σύμφωνα με τις Regulations. Έκρινε δε ότι η «πώληση [...] εμπορευμάτων» είναι αυτοτελής έννοια για τους σκοπούς των Regulations, στο πλαίσιο της οποίας δεν αποκλείεται η παροχή του λογισμικού να θεωρείται ως «εμπόρευμα» παρά το ότι δεν είναι υλικό αγαθό ή ως «πώληση» παρά το ότι δεν συντρέχει πλήρης μεταβίβαση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

16. Η Computer Associates άσκησε έφεση κατά της ως άνω απόφασης ενώπιον του Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [εφετείου (Αγγλία και Ουαλία) (πολιτικό τμήμα), Ηνωμένο Βασίλειο].

17. Με απόφαση της 19ης Μαρτίου 2018<sup>6</sup>, το Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [εφετείο (Αγγλία και Ουαλία) (πολιτικό τμήμα)] έκρινε ότι λογισμικό που παρέχεται ηλεκτρονικά και όχι σε υλικό μέσο δεν συνιστά «εμπόρευμα» κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, των Regulations. Σύμφωνα με το δικαστήριο αυτό, η κρίση του υπαγορεύτηκε από το γράμμα των κανόνων δικαίου, παρά τις επιφυλάξεις ότι η προσέγγισή του φαίνεται ενδεχομένως παρωχημένη υπό το πρίσμα των τεχνολογικών εξελίξεων· συνεπώς δεν εξέτασε το αν η χορήγηση των αδειών χρήσης του λογισμικού στους πελάτες της Computer Associates αποτελούσε «πώληση» κατά την έννοια της διάταξης αυτής. Ως εκ τούτου, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η Software Incubator δεν ήταν εμπορικός αντιπρόσωπος κατά την έννοια των Regulations και απέρριψε το αίτημά της για αποζημίωση βάσει των Regulations.

<sup>5</sup> The Software Incubator Ltd v Computer Associates UK Ltd [2016] EWHC 1587 (QB), σκέψεις 35 έως 69.

<sup>6</sup> Computer Associates Ltd v The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Civ 518, σκέψεις 13, 17 έως 69.

18. Με απόφαση της 28ης Μαρτίου 2019, το Supreme Court of the United Kingdom (Ανώτατο Δικαστήριο του Ηνωμένου Βασιλείου) επέτρεψε στην Software Incubator να ασκήσει αναίρεση κατά της απόφασης του Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [εφετείου (Αγγλία και Ουαλία) (πολιτικό τμήμα)].

19. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι δεν είναι σαφές αν έχει εφαρμογή στην περίπτωση της κύριας δίκης ο ορισμός του εμπορικού αντιπροσώπου στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653, ο οποίος αφορά μόνον την «πώληση [...] εμπορευμάτων».

20. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Supreme Court of the United Kingdom (Ανώτατο Δικαστήριο του Ηνωμένου Βασιλείου) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα εξής προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Αποτελεί ένα αντίγραφο λογισμικού υπολογιστή, το οποίο παρέχεται σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου ηλεκτρονικά και όχι σε υλικό μέσο, “εμπόρευμα” κατά την έννοια που έχει ο όρος αυτός στον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Δεκεμβρίου 1986, για το συντονισμό των δικαίων των κρατών μελών όσον αφορά τους εμπορικούς αντιπροσώπους (ανεξάρτητους επαγγελματίες) [...];
- 2) Αποτελεί η παροχή λογισμικού υπολογιστή σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου, μέσω της χορήγησης στον πελάτη διαρκούς άδειας χρήσης αντιγράφου του λογισμικού, “πώληση [...] εμπορευμάτων” κατά την έννοια που έχει ο όρος αυτός στον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της [οδηγίας 86/653];»

#### IV. Διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

21. Γραπτές παρατηρήσεις υπέβαλαν στο Δικαστήριο η Software Incubator, η Computer Associates, η Γερμανική Κυβέρνηση και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Η Software Incubator, η Computer Associates και η Επιτροπή απάντησαν επίσης στις γραπτές ερωτήσεις που τους έθεσε το Δικαστήριο κατ’ εφαρμογήν του άρθρου 62, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας.

22. Ενόσω η υπό κρίση υπόθεση εκκρεμούσε ενώπιον του Δικαστηρίου, το Ηνωμένο Βασίλειο αποχώρησε από την Ευρωπαϊκή Ένωση στις 31 Ιανουαρίου 2020. Σύμφωνα με το άρθρο 86, παράγραφος 2, της συμφωνίας για την αποχώρηση του Ηνωμένου Βασιλείου της Μεγάλης Βρετανίας και της Βορείου Ιρλανδίας από την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα Ατομικής Ενέργειας<sup>7</sup>, το Δικαστήριο εξακολουθεί να έχει δικαιοδοσία να εκδίδει προδικαστικές αποφάσεις κατόπιν αιτήσεων που υποβάλλονται από δικαστήρια του Ηνωμένου Βασιλείου πριν τη λήξη της μεταβατικής περιόδου, η οποία, όπως ορίζεται στο άρθρο 126 της εν λόγω συμφωνίας, λήγει κατ’ αρχήν στις 31 Δεκεμβρίου 2020. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 89, παράγραφος 1, της συμφωνίας αυτής, η απόφαση του Δικαστηρίου θα έχει δεσμευτική ισχύ στο σύνολό της στο Ηνωμένο Βασίλειο είτε εκδοθεί πριν τη λήξη της εν λόγω μεταβατικής περιόδου είτε σε μελλοντική ημερομηνία.

<sup>7</sup> ΕΕ 2020, L 29, σ. 7. Κατά το άρθρο 86, παράγραφος 3, της συμφωνίας, οι αιτήσεις προδικαστικής απόφασης θεωρείται ότι υποβάλλονται τη στιγμή κατά την οποία το εισαγωγικό της δίκης έγγραφο καταχωρίζεται από τη Γραμματεία του Δικαστηρίου. Στην υπό κρίση υπόθεση, η αίτηση προδικαστικής απόφασης καταχωρίστηκε από τη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 28 Μαΐου 2019.

23. Συνεπώς, δεδομένου ότι η υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως κατατέθηκε στις 28 Μαΐου 2019, το Δικαστήριο εξακολουθεί να έχει δικαιοδοσία να αποφανθεί επ' αυτής και η απόφαση που θα εκδώσει θα δεσμεύει το Supreme Court of the United Kingdom (Ανώτατο Δικαστήριο του Ηνωμένου Βασιλείου).

## V. Σύνοψη των παρατηρήσεων των διαδίκων

24. Η Software Incubator υποστηρίζει ότι πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα. Κατά την άποψή της, η έννοια των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 περιλαμβάνει το λογισμικό ανεξαρτήτως του αν αυτό παρέχεται με υλικά ή άυλα μέσα. Υποστηρίζει ότι δεν υφίσταται διάκριση μεταξύ υλικών και άυλων εμπορευμάτων στο γράμμα της διάταξης αυτής και ότι, λαμβανομένου υπόψη του ιστορικού της θεσπίσεώς της, ο νομοθέτης της Ένωσης θέλησε να εξαιρέσει από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας μόνον τις «υπηρεσίες» και όχι τα άυλα εμπορεύματα.

25. Η Software Incubator ισχυρίζεται ότι η έννοια των «εμπορευμάτων» σε άλλους τομείς του δικαίου της Ένωσης είναι περιορισμένης χρησιμότητας, καθόσον εξαρτάται από το πλαίσιο και τους σκοπούς των οικείων διατάξεων του δικαίου της Ένωσης. Εντούτοις, επισημαίνει ότι το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή αντιμετωπίζεται ως «εμπόρευμα» στις πράξεις της Ένωσης που αφορούν, για παράδειγμα, τα εμπορικά σήματα<sup>8</sup> και τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα<sup>9</sup> και ότι το λογισμικό εμπίπτει στον ορισμό των «εμπορευμάτων» κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου για την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων<sup>10</sup>, όπως και η ηλεκτρική ενέργεια. Κατά την άποψή της, είναι άνευ σημασίας το ότι πρόσφατες πράξεις της Ένωσης για την προστασία των καταναλωτών, συμπεριλαμβανομένης της οδηγίας 2011/83<sup>11</sup> και της οδηγίας 2019/770<sup>12</sup>, διακρίνουν μεταξύ των συμβάσεων για την πώληση εμπορευμάτων και των συμβάσεων για την παροχή ψηφιακού περιεχομένου, όπως το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή, καθόσον τούτο αντικατοπτρίζει τους ειδικότερους σκοπούς των εν λόγω οδηγιών ενώ, σε κάθε περίπτωση, η οδηγία 2019/770 παρέχει την ίδια προστασία στους καταναλωτές ανεξαρτήτως του αν το ψηφιακό περιεχόμενο παρέχεται σε υλικό ή άυλο μέσο.

26. Η Software Incubator υποστηρίζει ότι η θέση της συνάδει με τους σκοπούς που επιδιώκει η οδηγία 86/653, δεδομένου ότι ένας εμπορικός αντιπρόσωπος ο οποίος πωλεί λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή που παρέχεται ηλεκτρονικά χρειάζεται την ίδια προστασία με τον αντιπρόσωπο ο οποίος πωλεί το λογισμικό αυτό σε υλικό μέσο, πρόκειται δε για κατ' ουσίαν όμοιες «δραστηριότητες διαμεσολάβησης στο εμπόριο», όπως επισημαίνεται στην πρώτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 86/653. Δεδομένου ότι το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή

<sup>8</sup> Η Software Incubator επικαλείται ιδίως τη Συμφωνία της Νίκαιας που αφορά τη διεθνή ταξινόμηση προϊόντων και υπηρεσιών με σκοπό την καταχώριση σημάτων, η οποία θεσπίστηκε στη διπλωματική διάσκεψη της Νίκαιας στις 15 Ιουνίου 1957, αναθεωρήθηκε για τελευταία φορά στη Γενεύη στις 13 Μαΐου 1977 και τροποποιήθηκε στις 28 Σεπτεμβρίου 1979 (*Recueil des traités des Nations unies*, τόμος 1154, αριθ. I 18200, σ. 89).

<sup>9</sup> Η Software Incubator επικαλείται ιδίως την απόφαση της 22ας Νοεμβρίου 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742).

<sup>10</sup> Η Software Incubator επικαλείται ιδίως τις αποφάσεις της 10ης Δεκεμβρίου 1968, Επιτροπή κατά Ιταλίας (7/68, EU:C:1968:51), της 21ης Οκτωβρίου 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515), και της 26ης Οκτωβρίου 2006, Επιτροπή κατά Ελλάδας (C-65/05, EU:C:2006:673).

<sup>11</sup> Οδηγία 2011/83/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Οκτωβρίου 2011, σχετικά με τα δικαιώματα των καταναλωτών, την τροποποίηση της οδηγίας 93/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου και της οδηγίας 1999/44/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και την κατάργηση της οδηγίας 85/577/ΕΟΚ του Συμβουλίου και της οδηγίας 97/7/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ 2011, L 304, σ. 64).

<sup>12</sup> Οδηγία (ΕΕ) 2019/770 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 20ής Μαΐου 2019, σχετικά με ορισμένες πτυχές που αφορούν τις συμβάσεις για την προμήθεια ψηφιακού περιεχομένου και ψηφιακών υπηρεσιών (ΕΕ 2019, L 136, σ. 1). Κατά το άρθρο 24 της οδηγίας αυτής, τα κράτη μέλη θεσπίζουν τα μέτρα μεταφοράς της έως την 1η Ιουλίου 2021 και εφαρμόζουν τα μέτρα αυτά από την 1η Ιανουαρίου 2022.

μπορεί να αναπτύσσει τη λειτουργία του μόνο σε υλικό περιβάλλον μέσω της φόρτωσής του στο υλισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή, είναι τεχνητός, κατά την άποψή της, ο χαρακτηρισμός του ως «εμπορεύματος» όταν παρέχεται σε δίσκο αλλά όχι όταν παρέχεται μέσω τηλεφόρτωσης. Η εν λόγω διάκριση οδηγεί επίσης σε στρεβλώσεις του ανταγωνισμού στην ενιαία αγορά, καθόσον ένας αντιπροσωπευόμενος θα μπορούσε να αποφύγει τις υποχρεώσεις που υπέχει σύμφωνα με την οδηγία 86/653 παρέχοντας τα εμπορεύματά του σε ηλεκτρονική μορφή. Διατείνεται επίσης ότι, εφόσον ο ρόλος του εμπορικού αντιπροσώπου συνίσταται στη διαπραγμάτευση των συναλλαγών και η μέθοδος της παροχής του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή ενδέχεται να μην καθορίζεται κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων, η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 86/653 δεν πρέπει να εξαρτάται από τις αποφάσεις που λαμβάνει ο αντιπροσωπευόμενος αφού ο εμπορικός αντιπρόσωπος εκτελέσει τα καθήκοντά του.

27. Η Software Incubator υποστηρίζει ότι πρέπει ομοίως να δοθεί καταφατική απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, διότι η έννοια της «πώλησης εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 περιλαμβάνει την παροχή λογισμικού δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης. Υποστηρίζει ότι, όπως προκύπτει από τη διάταξη της 10ης Φεβρουαρίου 2004, Μαυρωνά<sup>13</sup>, στο πλαίσιο της ερμηνείας της διάταξης αυτής δίνεται έμφαση στην ουσία της συμβατικής σχέσης μεταξύ του εμπορικού αντιπροσώπου και του αντιπροσωπευόμενου, στη δραστηριότητα του αντιπροσώπου και στα έννομα συμφέροντά του, καθώς και την ανάγκη προστασίας του, όλα δε τα προαναφερθέντα είναι όμοια ανεξαρτήτως του αν το λογισμικό παρέχεται σε υλικό ή άυλο μέσο στο πλαίσιο σύμβασης πώλησης ή διαρκούς άδειας χρήσης. Τονίζει ότι οι περιορισμοί στη χρήση του λογισμικού που αφορούν τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας είναι άνευ σημασίας, δεδομένου ότι δεν διαφέρουν κατ' ουσίαν από τους περιορισμούς που επιβάλλονται από τους κατόχους των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας στα εμπορεύματα που πωλούνται δυνάμει συμβάσεων πώλησης. Υποστηρίζει επίσης ότι η άποψή της ενισχύεται από την απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, UsedSoft<sup>14</sup>, στην οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι η παροχή ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης αποτελούσε «πώληση» σε περίπτωση παρόμοια με την υπό κρίση υπόθεση στην οποία ο πελάτης κατέβαλε στην Computer Associates ορισμένο τίμημα και έλαβε το λογισμικό το οποίο θα μπορούσε να χρησιμοποιεί επ' αόριστον χωρίς να καταβάλει οποιοδήποτε πρόσθετο τίμημα αλλά με περιορισμούς ως προς τη χρήση του λόγω δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

28. Η Computer Associates υποστηρίζει ότι στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση, επειδή η ηλεκτρονική παροχή λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή δεν αποτελεί «εμπόρευμα» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653. Κατά την άποψή της, η συνήθης έννοια των «εμπορευμάτων» στη διάταξη αυτή αφορά αποκλειστικά υλικά και κινητά αντικείμενα, όπως υποδεικνύεται από άλλες γλωσσικές αποδόσεις<sup>15</sup> και συνεπώς δεν έχει εφαρμογή επί άυλων αγαθών, όπως το λογισμικό που παρέχεται με άυλα μέσα. Υποστηρίζει ότι κατά τον χρόνο έκδοσης της οδηγίας 86/653, το διαδίκτυο, το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή και οι τηλεφορτώσεις δεν είχαν τη σημερινή μορφή τους με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατόν η έννοια των «εμπορευμάτων», η οποία δεν μεταβλήθηκε έκτοτε, να γίνεται αντιληπτή ως έχουσα εφαρμογή σε άυλα αγαθά. Διατείνεται επίσης ότι, όσον

<sup>13</sup> C-85/03 (EU:C:2004:83).

<sup>14</sup> C-128/11 (EU:C:2012:407, στο εξής απόφαση Usedsoft).

<sup>15</sup> Η Computer Associates επικαλείται συναφώς τη δανική («salg eller køb af varer»), την ολλανδική («de verkoop of de aankoop van goederen»), τη γαλλική («la vente ou l'achat de marchandises»), τη γερμανική («den Verkauf oder den Ankauf von Waren»), την ελληνική («εμπορευμάτων»), την ιταλική («la vendita o l'acquisto di merci»), την πορτογαλική («a venda ou a compra de mercadorias») και την ισπανική («la venta o la compra de mercancías») γλωσσική απόδοση του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

αφορά το ιστορικό θέσπισης της οδηγίας 86/653, ο νομοθέτης της Ένωσης σκόπιμα περιόρισε το πεδίο εφαρμογής της στα «εμπορεύματα» και δεν προέκρινε την εφαρμογή της σε μια ευρύτερη κατηγορία αντιπροσώπων, συμπεριλαμβανομένων εκείνων για τα «προϊόντα».

29. Η Computer Associates υποστηρίζει ότι τα αποτελέσματα και η συστηματική θέση του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 ενισχύουν τα επιχειρήματά της και από συστηματική άποψη, καθόσον το άρθρο αυτό αποτελεί την κεντρική διάταξη που οριοθετεί το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Επισημαίνει ότι, σύμφωνα με τη διάταξη της 10ης Φεβρουαρίου 2004, Μαυρωνά<sup>16</sup>, το Δικαστήριο εφαρμόζει το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 και ότι, ακόμα και αν η περαιτέρω εναρμόνιση είναι επιθυμητή, δεν είναι δυνατόν να θεσπιστεί νομολογιακά. Υποστηρίζει ότι η έννοια των «εμπορευμάτων» σε άλλους τομείς του δικαίου της Ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων<sup>17</sup>, των τελωνείων<sup>18</sup> και του φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ)<sup>19</sup> αφορά μόνον υλικά αγαθά και ότι δεν υπάρχει αναγκαία σχέση μεταξύ της έννοιας των «εμπορευμάτων» στην οδηγία 86/653 και του συστήματος ταξινόμησης για την καταχώριση εμπορικών σημάτων. Επισημαίνει επίσης ότι οι πρόσφατες πράξεις της Ένωσης για την προστασία των καταναλωτών, συμπεριλαμβανομένων των οδηγιών 2011/83 και 2019/770, σε συνδυασμό με την οδηγία 2019/771<sup>20</sup>, είναι κρίσιμες, ιδίως καθόσον καταδεικνύουν ότι στις περιπτώσεις όπου ο νομοθέτης της Ένωσης αποσκοπεί στην εφαρμογή ενός μέτρου της Ένωσης στο λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή χωρίς τη χρήση οποιουδήποτε υλικού μέσου, όπως το επίμαχο, το προβλέπει ρητώς και όχι με τη χρήση του όρου «εμπορεύματα».

30. Κατά την Computer Associates, η θέση της συνάδει με τους σκοπούς που επιδιώκει η οδηγία 86/653, δεδομένου ότι η εν λόγω οδηγία, όπως προκύπτει από τη δεύτερη αιτιολογική της σκέψη, αποσκοπεί στη δημιουργία συνθηκών ενιαίας αγοράς για τις «εμπορικές συναλλαγές», σύμφωνα δε με τα άρθρα της 1 και 2 η επιδιωκόμενη με αυτή εναρμόνιση περιορίζεται κατ' ανάγκην στις εν λόγω «εμπορικές συναλλαγές». Τονίζει ότι το γεγονός ότι το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή αποτελεί «εμπόρευμα» κατά την έννοια της οδηγίας 86/653 όταν παρέχεται σε υλικό μέσο αλλά όχι όταν παρέχεται σε άυλο μέσο δεν προκύπτει αυθαίρετα, ιδίως δεδομένου ότι απορρέει από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας και, όπως καταδεικνύεται από τις οδηγίες 2011/83, 2019/770 και 2019/771, αντικατοπτρίζει τις διαφορές μεταξύ των εμπορευμάτων και του ψηφιακού περιεχομένου.

31. Η Computer Associates υποστηρίζει ότι σε περίπτωση αρνητικής απάντησης στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, παρέλκει η απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα και, επικουρικώς, ότι η έννοια της «πώλησης εμπορευμάτων» δεν περιλαμβάνει τη χορήγηση άδειας χρήσης αντιγράφου του λογισμικού. Υποστηρίζει ότι η συνήθης έννοια του όρου «πώληση ή [...] αγορά εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 υποδηλώνει τη μεταβίβαση δικαιώματος ή τίτλου στα εμπορεύματα από τον πωλητή προς τον αγοραστή, όπως προκύπτει από τις άλλες γλωσσικές αποδόσεις<sup>21</sup>. Ωστόσο, κατά την άποψή της, η χορήγηση

<sup>16</sup> C-85/03 (EU:C:2004:83).

<sup>17</sup> Η Computer Associates επικαλείται ιδίως τις αποφάσεις της 30ής Απριλίου 1974, Sacchi (155/73, EU:C:1974:40), και της 21ης Οκτωβρίου 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515).

<sup>18</sup> Η Computer Associates επικαλείται συναφώς την απόφαση της 18ης Απριλίου 1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153).

<sup>19</sup> Η Computer Associates επικαλείται συναφώς τις αποφάσεις της 27ης Οκτωβρίου 2005, Levob Verzekeringen και OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649), και της 5ης Μαρτίου 2015, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου (C-502/13, EU:C:2015:143).

<sup>20</sup> Οδηγία (ΕΕ) 2019/771 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 20ής Μαΐου 2019, σχετικά με ορισμένες πτυχές που αφορούν τις συμβάσεις για τις πωλήσεις αγαθών, την τροποποίηση του κανονισμού (ΕΕ) 2017/2394 και της οδηγίας 2009/22/ΕΚ, και την κατάργηση της οδηγίας 1999/44/ΕΚ (ΕΕ 2019, L 136, σ. 28). Κατά το άρθρο 24 της οδηγίας αυτής, τα κράτη μέλη θεσπίζουν τα μέτρα μεταφοράς της έως την 1η Ιουλίου 2021 και εφαρμόζουν τα μέτρα αυτά από την 1η Ιανουαρίου 2022.

<sup>21</sup> Η Computer Associates επικαλείται συναφώς τις γλωσσικές αποδόσεις του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 οι οποίες παρατίθενται στην υποσημείωση 15 των παρούσων προτάσεων.



διαρκούς άδειας χρήσης υπό τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης δεν συνεπάγεται μεταβίβαση κυριότητας ή τίτλου επί του λογισμικού. Πράγματι, οι συμφωνίες που είχαν συναφθεί μεταξύ της Computer Associates και των πελατών της απέκλειαν την εν λόγω μεταβίβαση καθόσον το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας επί του λογισμικού παρέμενε στην Computer Associates και τις συνδεδεμένες με αυτήν εταιρίες και δεν μεταβιβάζονταν στους πελάτες οποιαδήποτε άλλα δικαιώματα σε σχέση με το λογισμικό. Συνεπώς, μια τέτοιου είδους άδεια χρήσης δεν αποτελεί «πώληση εμπορευμάτων» κατά τη συνήθη έννοια του όρου αλλά σύμβαση με την οποία επιτρέπεται η προσωρινή χρήση του λογισμικού η οποία μπορεί να λήξει σε περίπτωση παραβάσεως των όρων της σύμβασης ή αφερεγγυότητας. Υποστηρίζει επίσης ότι η απόφαση UsedSoft<sup>22</sup> δεν είναι κρίσιμη λόγω του γράμματος και του πλαισίου της κρίσιμης στην υπόθεση εκείνη νομοθεσίας της Ένωσης, όπως επιβεβαιώνει η πρόσφατη νομολογία<sup>23</sup>. Σε κάθε περίπτωση, η κρίση που διατυπώνεται στην απόφαση αυτή ότι η «πώληση» υποδηλώνει τη μεταβίβαση της κυριότητας δεν συνηγορεί υπέρ ερμηνείας της «πώλησης εμπορευμάτων» στην οδηγία 86/653 υπό την έννοια ότι εφαρμόζεται και στη χορήγηση άδειας χρήσης του λογισμικού.

32. Η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι στα δύο προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να δοθεί η κοινή απάντηση ότι συντρέχει «πώληση εμπορευμάτων» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 στις περιπτώσεις όπου η διαρκής άδεια χρήσης αντιγράφου λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή παρέχεται στους πελάτες του αντιπροσωπευόμενου μόνον ηλεκτρονικά και όχι με υλικό αποθηκευτικό μέσο. Επισημαίνει ότι η γερμανική γλωσσική απόδοση του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 δεν συνηγορεί υπέρ του περιορισμού του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας στα υλικά αντικείμενα, δεδομένου ότι η κυριολεκτική έννοια του ουσιαστικού «Ware» (εμπορεύματα) περιλαμβάνει και τα άυλα αντικείμενα.

33. Η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι το Δικαστήριο δεν πρέπει να στηριχθεί στη διάκριση που γίνεται στο πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών, καθόσον αντικείμενο της οδηγίας 86/653 αποτελεί η εναρμόνιση της δραστηριότητας των εμπορικών αντιπροσώπων και επομένως το πεδίο εφαρμογής της πρέπει να καθοριστεί λειτουργικά στο πλαίσιο αυτό ώστε να δοθεί, στο μέτρο του δυνατού, η πιο ευνοϊκή για τον εμπορικό αντιπρόσωπο ερμηνεία. Επισημαίνει ότι η στενή ερμηνεία της «πώλησης εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 υπό την έννοια ότι καλύπτει μόνον τα υλικά εμπορεύματα θα υπονόμει τον σκοπό προστασίας των εμπορικών αντιπροσώπων που επιδιώκει η οδηγία, καθόσον ένα σημαντικό μέρος του παραδοσιακού πεδίου δραστηριότητας των εμπορικών αντιπροσώπων στην Γερμανία δεν θα ενέπιπτε πλέον στο πεδίο εφαρμογής της.

34. Κατά τη Γερμανική Κυβέρνηση, η εν λόγω στενή ερμηνεία οδηγεί σε άδικα αποτελέσματα δεδομένου ότι ένας εμπορικός αντιπρόσωπος προστατεύεται από την οδηγία 86/653 αν εμπορεύεται ένα προϊόν σε υλική μορφή αλλά δεν προστατεύεται αν εμπορεύεται το ίδιο προϊόν σε ψηφιακή μορφή. Επίσης, καθιστά δυνατό στον αντιπροσωπευόμενο να παρακάμψει τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της οδηγίας επιλέγοντας μία συμφωνία στην οποία το αντικείμενο της συναλλαγής δεν αποτελεί πράγμα. Θεωρεί ότι εφόσον η εμπορική προώθηση λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή δεν ήταν δυνατό να προβλεφθεί κατά τον χρόνο εκπόνησης της οδηγίας 86/653, η πρόθεση του νομοθέτη της Ένωσης δεν ήταν να εξαρτήσει την προστασία των εμπορικών αντιπροσώπων από τυχαίες τεχνολογικές εξελίξεις.

<sup>22</sup> Απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>23</sup> Η Computer Associates επικαλείται συναφώς την απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2019, Nederlands Uitgeversverbond και Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

35. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι στα δύο προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να δοθεί η κοινή απάντηση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 περιλαμβάνει την παροχή αντιγράφου λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή στους πελάτες του αντιπροσωπευόμενου ηλεκτρονικά και όχι με υλικό αποθηκευτικό μέσο. Επισημαίνει ότι η «πώληση [...] εμπορευμάτων» στην οδηγία 86/653 αποτελεί αυτοτελή έννοια του δικαίου της Ένωσης και πρέπει να ερμηνευθεί με δυναμικό τρόπο, λαμβανομένων υπόψη των τεχνολογικών εξελίξεων. Προτείνει επίσης να εξεταστούν τα ερωτήματα με αντίστροφη σειρά.

36. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η απόφαση UsedSoft<sup>24</sup> στηρίζει την άποψη ότι η χορήγηση διαρκούς άδειας χρήσης του λογισμικού συνιστά «πώληση» κατά την οδηγία 86/653. Όπως και σε εκείνη την απόφαση, στην υπό κρίση περίπτωση ο πελάτης αποκτά διαρκές δικαίωμα χρήσης του λογισμικού έναντι καταβολής τιμήματος και δεν ασκεί επιρροή στη φύση της συναλλαγής το αν το λογισμικό καθίσταται διαθέσιμο μέσω τηλεφόρτωσης ή με υλικό μέσο, όπως επαναλαμβάνεται στη μεταγενέστερη νομολογία<sup>25</sup>.

37. Η Επιτροπή θεωρεί ότι, όσον αφορά την έννοια των «εμπορευμάτων», δεν μπορούν να συναχθούν οριστικά συμπεράσματα από τη νομολογία σε άλλους τομείς του δικαίου της Ένωσης, δεδομένου ότι αυτή εξαρτάται από την εφαρμοστέα νομοθεσία και τις ειδικότερες περιστάσεις. Κατά την άποψή της, το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή που διατίθεται στο εμπόριο ως άυλο αγαθό αποτελεί «εμπόρευμα» lato sensu κατά την οδηγία 86/653 και η πρόθεση του νομοθέτη δεν ήταν να εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής όταν το κείμενό της τροποποιήθηκε προκειμένου να εξαιρεθούν οι «υπηρεσίες» κατά την προπαρασκευαστική διαδικασία. Επισημαίνει ότι η νομοθεσία της Ένωσης έχει υπερβεί την παραδοσιακή έμφαση στα υλικά περιουσιακά στοιχεία και τη διάκριση μεταξύ των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών όσον αφορά το λογισμικό ηλεκτρονικών υπολογιστών, όπως προκύπτει από τις οδηγίες 2011/83 και 2019/770. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η ευρεία ερμηνεία συνάδει με τον σκοπό της οδηγίας 86/653 για την παροχή προστασίας στους εμπορικούς αντιπροσώπους. Πράγματι, θα προσέκρουε στον εν λόγω σκοπό ο ίδιος εμπορικός αντιπρόσωπος που εργάζεται για τον ίδιο αντιπροσωπευόμενο υπό τους ίδιους όρους να στερείται την προστασία απλώς και μόνο λόγω των τεχνολογικών εξελίξεων ή της προτίμησης του πελάτη ως προς τον τρόπο παροχής του λογισμικού. Υποστηρίζει επίσης ότι, κατ' αναλογία με την απόφαση UsedSoft<sup>26</sup>, η αποτελεσματικότητα της οδηγίας 86/653 θα υπονομευόταν αν ο αντιπροσωπευόμενος μπορούσε να απαλλαγεί από τις υποχρεώσεις που υπέχει σύμφωνα με την οδηγία παρέχοντας τα εμπορεύματά του ηλεκτρονικά, ιδίως δεδομένου ότι η εν λόγω μορφή εμπορίας χρησιμοποιείται ευρέως για το λογισμικό ηλεκτρονικών υπολογιστών.

## VI. Ανάλυση

38. Με τα δύο προδικαστικά ερωτήματα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να διευκρινίσει, πρώτον, αν λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή, όπως το επίμαχο, το οποίο παρέχεται στους πελάτες του αντιπροσωπευόμενου ηλεκτρονικά και όχι με οποιοδήποτε υλικό μέσο αποτελεί «εμπόρευμα» και, δεύτερον, αν η παροχή τέτοιου είδους λογισμικού δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης η οποία παρέχει στους πελάτες το δικαίωμα να

<sup>24</sup> Απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>25</sup> Η Επιτροπή επικαλείται συναφώς την απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2019, Nederlands Uitgeversverbond και Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

<sup>26</sup> Απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

χρησιμοποιούν αντίγραφο του λογισμικού για αόριστο χρόνο έναντι καταβολής τιμήματος αποτελεί «πώληση» για τους σκοπούς του ορισμού του εμπορικού αντιπροσώπου που παρατίθεται στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

39. Τα δύο προδικαστικά ερωτήματα απορρέουν από το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν η Software Incubator, η Computer Associates και η Επιτροπή, παραδοσιακά, σύμφωνα με τη νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου και άλλων κρατών, η έννοια των «εμπορευμάτων» περιορίζεται σε αντικείμενα που είναι ενσώματα και κινητά, δηλαδή, σε αντικείμενα που κατά κανόνα είναι δυνατό να γίνουν αντιληπτά με την αφή και να μετακινηθούν, η δε έννοια της «πώλησης» έχει συνδεθεί με τη μεταβίβαση της κυριότητας, η οποία υποδηλώνει την απόκτηση του πωληθέντος πράγματος και του δικαιώματος διάθεσής του και συνδέεται συνεπώς με τις συναφείς έννοιες της περιουσίας και της κατοχής. Ωστόσο, οι έννοιες αυτές έχουν αμφισβητηθεί όσον αφορά το λογισμικό<sup>27</sup>, το οποίο γενικά υποδηλώνει ένα σύνολο προγραμμάτων ηλεκτρονικού υπολογιστή που παρέχουν σε έναν υπολογιστή τη δυνατότητα να λειτουργεί και να εκτελεί διεργασίες<sup>28</sup>. Τούτο συμβαίνει ιδίως σήμερα που το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή παρέχεται συνήθως μέσω τηλεφόρτωσης και όχι με υλικό μέσο όπως CD ή DVD και συνοδεύεται από τη χορήγηση μιας συνήθως διαρκούς άδειας για τον έλεγχο της χρήσης του, όπως καταδεικνύει η υπό κρίση υπόθεση. Συνεπώς, ο νομικός χαρακτηρισμός του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή έχει προκαλέσει σημαντικές συζητήσεις στην Ένωση και σε άλλες έννομες τάξεις σε διάφορους τομείς<sup>29</sup>, όπως στο πλαίσιο των πράξεων της Ένωσης για την προστασία των καταναλωτών που αναλύονται παρακάτω<sup>30</sup>.

40. Είναι αναμφισβήτητο ότι οι έννοιες «πώληση» και «εμπορεύματα» μπορούν να ερμηνευθούν διαφορετικά στο εθνικό δίκαιο και το δίκαιο της Ένωσης. Ειδικότερα, αποτελούν βασικές έννοιες στο εθνικό ιδιωτικό δίκαιο και σε αρκετούς τομείς του πρωτογενούς και δευτερογενούς δικαίου της Ένωσης. Ωστόσο, στην υπό κρίση υπόθεση το Δικαστήριο καλείται να ερμηνεύσει τις έννοιες αυτές στο ειδικότερο πλαίσιο της οδηγίας 86/653, ιδίως δε λαμβανομένων υπόψη των βασικών χαρακτηριστικών του εμπορικού αντιπροσώπου κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας.

41. Συναφώς, επισημαίνω ότι τα ζητήματα που εγείρονται στην υπό κρίση υπόθεση δεν έχουν εξεταστεί από το Δικαστήριο<sup>31</sup>. Προκειμένου να δοθεί απάντηση στα ζητήματα αυτά, είναι πρώτα απαραίτητο να διατυπωθούν ορισμένες προκαταρκτικές παρατηρήσεις σχετικά με την οδηγία 86/653 και τον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου σε συνδυασμό με την απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft*<sup>32</sup> (υπό Α). Στη συνέχεια θα εξετάσω την ερμηνεία της έννοιας των

<sup>27</sup> Για μια επισκόπηση των διάφορων προσεγγίσεων σχετικά με τον νομικό χαρακτηρισμό του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή στα κράτη μέλη, στο Ηνωμένο Βασίλειο και σε άλλες έννομες τάξεις, βλ. για παράδειγμα, Clark, R., «The Legal Status of Software: Part 1», *Commercial Law Practitioner*, τόμος 23, 2016, σ. 48-56, και «The Legal Status of Software: Part 2», *Commercial Law Practitioner*, τόμος 23, 2016, σ. 78-86· von Bar, C., και Clive, E. (επιμ.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Πλήρης έκδοση, τόμος 2, Sellier, 2009, σ. 1217-1218.

<sup>28</sup> Βλ., για παράδειγμα, Moon, K., «The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?», *European Intellectual Property Review*, τόμος 31, 2009, σ. 396-407· Saidov, D., και Green, S., «Software as goods», *Journal of Business Law*, 2007, σ. 161-181.

<sup>29</sup> Αξίζει να σημειωθεί, για παράδειγμα, ότι έχουν γίνει συζητήσεις σχετικά με την πιθανή αναθεώρηση της έννοιας των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 2 της οδηγίας 85/374/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Ιουλίου 1985, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σε θέματα ευθύνης λόγω ελαττωματικών προϊόντων (ΕΕ 1985, L 210, σ. 29) υπό το πρίσμα των νέων τεχνολογιών: βλ., συναφώς, Έκθεση της Επιτροπής σχετικά με τις επιπτώσεις της τεχνητής νοημοσύνης, του διαδικτύου των πραγμάτων και της ρομποτικής στην ασφάλεια και την ευθύνη, COM(2020) 64 final της 19ης Φεβρουαρίου 2020, σ. 13-14.

<sup>30</sup> Βλ. σημεία 70 έως 72 των παρούσων προτάσεων.

<sup>31</sup> Βλ. σημείο 45 των παρούσων προτάσεων.

<sup>32</sup> C-128/11 (EU:C:2012:407).

«εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653, όπως αναφέρεται στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα (υπό Β). Τέλος, θα εξετάσω την ερμηνεία της έννοιας της «πώλησης» στη διάταξη αυτή, όπως τίθεται στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα (υπό Γ)<sup>33</sup>.

42. Σύμφωνα με την ανάλυση αυτή, κατέληξα στο συμπέρασμα ότι η ηλεκτρονική παροχή λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή που συνοδεύεται από διαρκή άδεια χρήσης, όπως εν προκειμένω, αποτελεί «πώληση εμπορευμάτων» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 και ότι συνεπώς η εν λόγω οδηγία είναι εφαρμοστέα στην περίπτωση της κύριας δίκης.

## **A. Προκαταρκτικές παρατηρήσεις**

### *1. Οδηγία 86/653 και ορισμός του εμπορικού αντιπροσώπου*

43. Υπενθυμίζεται ότι η οδηγία 86/653 αποτελεί βασική νομοθετική πράξη που ρυθμίζει την εμπορική αντιπροσωπεία στην Ευρωπαϊκή Ένωση<sup>34</sup>. Όπως έχει αναγνωρίσει το Δικαστήριο, η εν λόγω οδηγία αποσκοπεί, όπως προκύπτει από τη δεύτερη και την τρίτη αιτιολογική της σκέψη, στην προστασία των εμπορικών αντιπροσώπων στις σχέσεις τους με τους αντιπροσωπευόμενους, στη βελτίωση της ασφάλειας των εμπορικών πράξεων και στη διευκόλυνση της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων μεταξύ των κρατών μελών μέσω της προσέγγισης των συστημάτων δικαίου των κρατών μελών στον τομέα της εμπορικής αντιπροσωπείας<sup>35</sup>. Για τον σκοπό αυτόν, η οδηγία 86/653 προβλέπει εναρμονισμένους κανόνες για τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των εμπορικών αντιπροσώπων και των αντιπροσωπευόμενων, την αμοιβή των εμπορικών αντιπροσώπων και τη σύναψη και τη λύση των συμβάσεων εμπορικής αντιπροσωπείας, συμπεριλαμβανομένων ιδίως της αποζημίωσης ή της αποκατάστασης της ζημίας που οφείλεται στους εμπορικούς αντιπροσώπους στην περίπτωση λύσης της σύμβασης, η οποία ρύθμιση είναι αναγκαστικού δικαίου<sup>36</sup>.

44. Η προστασία που παρέχει η οδηγία 86/653 στους εμπορικούς αντιπροσώπους εξαρτάται από το άρθρο της 1, παράγραφος 2, καθόσον μόνον όποιος πληροί τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου που προβλέπει το άρθρο αυτό εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο, το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 θέτει τρεις απαραίτητες και επαρκείς προϋποθέσεις για να μπορεί ένα πρόσωπο να χαρακτηριστεί ως «εμπορικός αντιπρόσωπος» σύμφωνα με την οδηγία: πρώτον, το πρόσωπο αυτό πρέπει να έχει την ιδιότητα του ανεξάρτητου μεσολαβητή· δεύτερον, πρέπει να συνδέεται συμβατικώς σε μόνιμη βάση με τον αντιπροσωπευόμενο· και τρίτον, πρέπει να ασκεί δραστηριότητα συνιστάμενη είτε στη διαπραγμάτευση της πωλήσεως ή της αγοράς

<sup>33</sup> Συναφώς, θεωρώ ότι, μολοντί η αλληλοεπικάλυψη είναι σε ορισμένο βαθμό αναπόφευκτη, τα δύο προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να εξεταστούν χωριστά, ιδίως λόγω των διάφορων επιχειρημάτων που προβάλλονται για κάθε ερώτημα, και ότι δεν υπάρχει λόγος παρέκκλισης από τη σειρά υποβολής των ερωτημάτων αυτών από το αιτούν δικαστήριο.

<sup>34</sup> Βλ., για παράδειγμα, έγγραφο εργασίας των υπηρεσιών της Επιτροπής, Αξιολόγηση της οδηγίας 86/653 (αξιολόγηση REFIT), SWD(2015) 146 final της 16ης Ιουλίου 2015. Για μια λεπτομερή ανάλυση, βλ., για παράδειγμα, Saintier, S., «Commercial agency in European Union private law» στο Twigg-Flesner, C. (επιμ.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, σ. 273-285· με έμφαση στο πλαίσιο του Ηνωμένου Βασιλείου, βλ. επίσης, για παράδειγμα, Randoph, F., και Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, 3η έκδ., Hart, 2010· Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, 5η έκδ., Bloomsbury Professional, 2020.

<sup>35</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 4ης Ιουνίου 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, σκέψη 36).

<sup>36</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 19ης Απριλίου 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, σκέψη 34).

εμπορευμάτων για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου είτε στη διαπραγμάτευση και σύναψη των πράξεων αυτών επ' ονόματι και για λογαριασμό του εν λόγω αντιπροσωπευόμενου<sup>37</sup>, προϋπόθεση της οποίας η συνδρομή αμφισβητείται εν προκειμένω.

45. Όσον αφορά την τρίτη προϋπόθεση, το Δικαστήριο έχει ερμηνεύσει ειδικότερα το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 υπό την έννοια ότι εξαιρεί τους εμπορικούς αντιπροσώπους που μεσολαβούν στην πώληση ή την αγορά υπηρεσιών και όχι εμπορευμάτων<sup>38</sup>. Ωστόσο, μέχρι σήμερα, δεν έχει ζητηθεί από το Δικαστήριο να διευκρινίσει τις έννοιες της «πώλησης» και των «εμπορευμάτων» κατά τη διάταξη αυτή. Τούτο μπορεί να εξηγηθεί εν μέρει από το γεγονός ότι αρκετές υποθέσεις αφορούσαν εθνική ρύθμιση η οποία προέβλεπε έναν ευρύ ορισμό των εμπορικών αντιπροσώπων<sup>39</sup> που περιλάμβανε τόσο τα εμπορεύματα όσο και τις υπηρεσίες και συνεπώς καθιστούσε περιττή την εμφάνιση στο ζήτημα<sup>40</sup>.

## 2. Η απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, UsedSoft

46. Πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι η απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, UsedSoft<sup>41</sup> έχει ιδιαίτερη σημασία για την υπό κρίση υπόθεση. Εκδόθηκε κατόπιν αίτησης προδικαστικής αποφάσεως που υποβλήθηκε από ένα γερμανικό δικαστήριο σχετικά με την ερμηνεία των άρθρων 4, παράγραφος 2, και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Απριλίου 2009, για τη νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών<sup>42</sup>. Ένα από τα βασικά ζητήματα που ανέκυψαν στην υπόθεση αυτή αφορούσε το αν η παροχή ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή μέσω τηλεφόρτωσης δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης αποτελούσε «πρώτη πώληση ή άλλη μεταβίβαση της κυριότητας» που εξαντλούσε το δικαίωμα διανομής του αντιγράφου αυτού σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24<sup>43</sup>.

47. Στην εν λόγω απόφαση, το Δικαστήριο έκρινε ότι ο όρος «πώληση» στη διάταξη αυτή πρέπει να θεωρηθεί αυτοτελής έννοια του δικαίου της Ένωσης και ότι σύμφωνα με τον γενικώς αποδεκτό ορισμό, υποδηλώνει τη σύμβαση με την οποία ένα πρόσωπο μεταβιβάζει, έναντι της καταβολής

<sup>37</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 21ης Νοεμβρίου 2018, Zako (C-452/17, EU:C:2018:935, σκέψη 23). Συνεπώς, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην σκέψη 24 της απόφασης αυτής, αρκεί ένα πρόσωπο να πληροί τις τρεις αυτές προϋποθέσεις για να μπορεί να χαρακτηριστεί ως «εμπορικός αντιπρόσωπος», κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653, ανεξαρτήτως του τρόπου ασκήσεως της δραστηριότητάς του και εφόσον δεν εμπίπτει στις εξαιρέσεις που προβλέπονται στο άρθρο 1, παράγραφος 3, και στο άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας.

<sup>38</sup> Βλ., για παράδειγμα, διάταξη της 6ης Μαρτίου 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, μη δημοσιευθείσα, EU:C:2003:133) (η οποία αφορούσε έναν αντιπρόσωπο που μεσολαβούσε στη σύναψη συμβάσεων ασφάλισης ζωής, προσόδων και αποταμιεύσεων)· βλ. και παραπομπές στην επόμενη υποσημείωση.

<sup>39</sup> Συναφώς, μολονότι η εθνική νομοθεσία που καλύπτει τους εμπορικούς αντιπροσώπους πέραν της πώλησης ή αγοράς εμπορευμάτων δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 86/653, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι είναι αρμόδιο να αποφανθεί στις περιπτώσεις αυτές: βλ. αποφάσεις της 16ης Μαρτίου 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, EU:C:2006:176, σκέψεις 7, 11 έως 19) (σύμβαση ναύλωσης πλοίου), της 28ης Οκτωβρίου 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, σκέψεις 23 έως 28) (σύμβαση διανομής), της 17ης Οκτωβρίου 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, σκέψεις 30 και 31) (σύμβαση για την εκμετάλλευση υπηρεσιών θαλάσσιων μεταφορών), της 3ης Δεκεμβρίου 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, σκέψεις 16 έως 19) (σύμβαση για την πώληση τραπεζικών υπηρεσιών και ασφάλισης), και της 17ης Μαΐου 2017, ERGO Poist'ονħa (C-48/16, EU:C:2017:377, σκέψεις 26 έως 32) (σύμβαση για την πώληση ασφαλιστικών υπηρεσιών)· βλ., περαιτέρω, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα N. Wahl στην υπόθεση Unamar (C-184/12, EU:C:2013:301, σημείο 48, υποσημείωση 26).

<sup>40</sup> Για παράδειγμα, αξίζει να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο (ή ο γενικός εισαγγελέας) δεν ανέλυσε τον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου στις αποφάσεις της 23ης Μαρτίου 2006, Honynvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199) (η οποία αφορούσε αντιπρόσωπο που προωθούσε υπηρεσίες πληροφόρησης επιχειρήσεων) και της 19ης Απριλίου 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262) (η οποία αφορούσε αντιπρόσωπο που προωθούσε την πώληση μονοκατοικιών).

<sup>41</sup> C-128/11 (EU:C:2012:407). Για μια λεπτομερή ανάλυση, βλ., για παράδειγμα, Charleton, P., και Kelly, S., «The Oracle Speaks. C-128/11», *The Bar Review*, τόμος 18, 2013, σ. 33-44· για μια κριτική προσέγγιση, βλ. επίσης, για παράδειγμα, Moon, K., «Revisiting UsedSoft v. Oracle. Is Software Property and Can It Be Sold?», *Computer Law Review International*, 2017, σ. 113-119.

<sup>42</sup> EE 2009, L 111, σ. 16.

<sup>43</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψεις 20 έως 35).

του συμφωνηθέντος τιμήματος, σε άλλο πρόσωπο το δικαίωμα κυριότητάς του επί ενσώματου ή άυλου αγαθού που του ανήκει<sup>44</sup>. Βάσει αυτού, το Δικαστήριο έκρινε ότι η παροχή ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή που συνοδεύεται από τη χορήγηση μιας διαρκούς άδειας χρήσης συνεπάγεται τη μεταβίβαση του δικαιώματος κυριότητας επί του αντιγράφου αυτού και αποτελεί συνεπώς «πώληση» σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24<sup>45</sup>. Καταλήγοντας στο συμπέρασμα αυτό, έκρινε ότι είναι αδιάφορο το αν το αντίγραφο του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή τέθηκε στη διάθεση του πελάτη μέσω τηλεφόρτωσης ή με τη μορφή υλικού φορέα δεδομένων<sup>46</sup>. Έκρινε επίσης ότι, αν ο όρος «πώληση» δεν ερμηνευόταν διασταλτικώς υπό την έννοια ότι περιλαμβάνει όλες τις μορφές εμπορίας οι οποίες χαρακτηρίζονται από τη χορήγηση δικαιώματος χρονικώς απεριόριστης χρήσης ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή έναντι της καταβολής τιμήματος που ως σκοπό έχει να παράσχει στον δικαιούχο τη δυνατότητα να λάβει αμοιβή αντίστοιχη της οικονομικής αξίας του αντιγράφου του έργου του οποίου είναι κύριος, θα διακυβευόταν η πρακτική αποτελεσματικότητα του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24, δεδομένου ότι θα αρκούσε στους παρόχους να χαρακτηρίσουν τη σχετική σύμβαση ως «παραχώρηση άδειας χρήσεως» και όχι ως «πώληση», για να παρακάμψουν τον κανόνα της αναλώσεως<sup>47</sup>.

48. Το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι η ανάλωση του δικαιώματος διανομής που προβλέπεται στο άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 αφορά τόσο τα υλικά όσο και τα άυλα αντίγραφα των προγραμμάτων ηλεκτρονικού υπολογιστή<sup>48</sup>. Ειδικότερα, επισήμανε ότι η διατύπωση της διάταξης αυτής δεν καθιερώνει σχετική διάκριση<sup>49</sup>. Έκρινε επίσης ότι από οικονομική άποψη, η πώληση προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με τη μορφή υλικού φορέα δεδομένων και η πώλησή του μέσω τηλεφόρτωσης είναι παρεμφερείς, καθόσον η διαδικτυακή μετάδοση είναι το λειτουργικό ισοδύναμο της παράδοσης ενός υλικού φορέα δεδομένων. Συνεπώς, η ερμηνεία του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης δικαιολογούσε την παρόμοια μεταχείριση των μεθόδων αυτών<sup>50</sup>.

49. Η προσέγγιση του Δικαστηρίου στην απόφαση UsedSoft επιβεβαιώθηκε με μεταγενέστερες αποφάσεις<sup>51</sup>. Όπως εκτίθεται στην απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2019, *Nederlands Uitgeversverbond και Groep Algemene Uitgevers*<sup>52</sup>, το γεγονός ότι η κρίση του Δικαστηρίου διαφοροποιείται στην απόφαση UsedSoft, σε σχέση με άλλες περιπτώσεις στη νομολογία του, αναδεικνύει την ιδιαίτερη φύση των προγραμμάτων ηλεκτρονικού υπολογιστή, ιδίως όσον αφορά την εξομοίωση των υλικών και άυλων μορφών παροχής σε σχέση με άλλα ηλεκτρονικά προϊόντα.

50. Επομένως, από την απόφαση UsedSoft προκύπτει ότι, από λειτουργική και οικονομική άποψη, η ηλεκτρονική παροχή του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή που συνοδεύεται από τη χορήγηση διαρκούς άδειας χρήσης μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο «πώλησης» και ότι οι μέθοδοι μετάδοσης με υλικό ή άυλο φορέα δεδομένων παράγουν παρόμοια αποτελέσματα.

<sup>44</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψεις 40 και 42).

<sup>45</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψεις 44 έως 46 και 48).

<sup>46</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψη 47).

<sup>47</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψη 49).

<sup>48</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψη 59).

<sup>49</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψη 55).

<sup>50</sup> Βλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψη 61).

<sup>51</sup> Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 23ης Ιανουαρίου 2014, *Nintendo κ.λπ.* (C-355/12, EU:C:2014:25, σκέψη 23), και της 12ης Οκτωβρίου 2016, *Ranks και Vasiļevičs* (C-166/15, EU:C:2016:762, σκέψεις 28, 30, 35, 36, 49, 50 και 53 έως 55)· βλ., επίσης, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Η. Saugmandsgaard Øe στην υπόθεση *Ranks και Vasiļevičs* (C-166/15, EU:C:2016:384, σημεία 69 έως 80).

<sup>52</sup> C-263/18 (EU:C:2019:1111, σκέψεις 53 έως 58). Βλ., επίσης, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Μ. Szpunar στην υπόθεση *Nederlands Uitgeversverbond και Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:697, σημεία 52 έως 67).

Συνεπώς, η εν λόγω απόφαση συνηγορεί υπέρ της άποψης ότι η παροχή του λογισμικού υπό της περιστάσεις της υπό κρίσης υπόθεσης αποτελεί «πώληση» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653. Θα επανέλθω στην απόφαση αυτή στη συνέχεια της ανάλυσής μου (βλ. σημεία 74, 85 και 87 των παρούσων προτάσεων).

## ***B. Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος***

51. Όπως αναφέρεται στο σημείο 38 των παρούσων προτάσεων, το πρώτο προδικαστικό ερώτημα που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο αφορά το ζήτημα αν λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή το οποίο παρέχεται ηλεκτρονικά, όπως το επίμαχο, εμπίπτει στην έννοια των «εμπορευμάτων» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

52. Σύμφωνα με τα επιχειρήματα που προέβαλε η Computer Associates, στην έννοια των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 εμπίπτουν μόνο υλικά αγαθά με αποτέλεσμα να εξαιρείται το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή το οποίο παρέχεται με άυλα μέσα, όπως το επίμαχο. Η Software Incubator, η Γερμανική Κυβέρνηση και η Επιτροπή διαφωνούν.

53. Όπως προαναφέρθηκε στο σημείο 4 των παρούσων προτάσεων, το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 δεν παραπέμπει στο εθνικό δίκαιο. Συνεπώς, κατά πάγια νομολογία<sup>53</sup>, οι όροι που περιλαμβάνονται στη διάταξη αυτή και ιδίως ο όρος «εμπορεύματα» χρήζουν αυτοτελούς και ομοιόμορφης ερμηνείας σε ολόκληρη την Ένωση, ανεξαρτήτως της εθνικής νομοθεσίας<sup>54</sup>. Η ερμηνεία αυτή πρέπει να λάβει υπόψη το γράμμα της εν λόγω διάταξης, το πλαίσιο στο οποίο αυτή εντάσσεται και τους σκοπούς που επιδιώκονται με τη ρύθμιση της οποίας αποτελεί μέρος<sup>55</sup>. Το ιστορικό θέσπισής της μπορεί επίσης να περιλαμβάνει χρήσιμα στοιχεία για την ερμηνεία της<sup>56</sup>.

54. Βάσει των ανωτέρω στοιχείων κατέληξα στο συμπέρασμα ότι λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή που παρέχεται ηλεκτρονικά, όπως το επίμαχο, εμπίπτει στην έννοια των «εμπορευμάτων» για τους σκοπούς του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653. Οι λόγοι που με οδήγησαν στο συμπέρασμα αυτό αναλύονται στη συνέχεια.

55. Όσον αφορά το γράμμα της οδηγίας 86/653, ο όρος «εμπορεύματα» χρησιμοποιείται όχι μόνο στο άρθρο 1, παράγραφος 2, αλλά και στο άρθρο 4, παράγραφος 2, στοιχείο α', στο άρθρο 6, παράγραφος 1, και στο άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο β', της εν λόγω οδηγίας. Ωστόσο, καμία από τις διατάξεις αυτές δεν προσδιορίζει την έννοια ή το εύρος του εν λόγω όρου. Όσον αφορά τα επιχειρήματα που προέβαλε η Computer Associates, οι όροι που χρησιμοποιούνται σε άλλες γλωσσικές αποδόσεις του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 δεν φαίνεται να επιβεβαιώνουν ότι η διάταξη αυτή ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι αφορά μόνον τα υλικά αγαθά<sup>57</sup>. Για παράδειγμα, σύμφωνα με τη Γερμανική Κυβέρνηση, η απόδοση στη γερμανική γλώσσα συνηγορεί υπέρ της ερμηνείας των «εμπορευμάτων» υπό την έννοια ότι καλύπτουν τα

<sup>53</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 4ης Ιουνίου 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, σκέψη 25).

<sup>54</sup> Αξίζει να σημειωθεί ότι τούτο έχει αναγνωριστεί σε προηγούμενη νομολογία του Ηνωμένου Βασιλείου {βλ., για παράδειγμα, Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc [2014] EWHC 2908 (Ch), ιδίως σκέψεις 74, 86 και 93} και κυβερνητικά έγγραφα [βλ. Department of Trade and Industry, *Guidance Notes on the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993*, 1994, άρθρο 2, ερμηνεία, τέταρτη παράγραφος]. Βλ. περαιτέρω, ως προς το ζήτημα αυτό, Tosato, A., «An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, σ. 544-565.

<sup>55</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 8ης Σεπτεμβρίου 2020, Recorded Artists Actors Performers (C-265/19, EU:C:2020:677, σκέψη 46).

<sup>56</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, σκέψη 48).

<sup>57</sup> Βλ. υποσημείωση 15 των παρούσων προτάσεων.

άυλα αγαθά (βλ. σημείο 32 των παρουσών προτάσεων). Επιπλέον, οι ως άνω γλωσσικές αποδόσεις δεν φαίνεται να υποδηλώνουν ότι τα «εμπορεύματα» περιορίζονται κατ' ανάγκην σε υλικά αγαθά.

56. Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι οι περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης διαφέρουν από εκείνες που οδήγησαν στην έκδοση της διάταξης της 10ης Φεβρουαρίου 2004, Μαυρωνά<sup>58</sup>. Στη διάταξη αυτή, το Δικαστήριο απέρριψε την πιθανότητα διεύρυνσης του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 86/653 στους εμπορικούς αντιπροσώπους οι οποίοι ενεργούν για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου αλλά στο δικό τους όνομα, με το σκεπτικό, μεταξύ άλλων, ότι τούτο αντέβαινε στη σαφή διατύπωση του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653. Αντίθετα, στην υπό κρίση υπόθεση, δεν τίθεται ζήτημα υπέρβασης του πεδίου της εναρμόνισης που καθορίζει το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 αλλά ζήτημα ερμηνείας από το Δικαστήριο όρων, όπως τα «εμπορεύματα», που περιλαμβάνονται στη διάταξη αυτή και δεν αποσαφηνίζονται στο κείμενό της.

57. Συνεπώς, το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 δεν δίνει σαφή απάντηση ως προς το αν λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή που παρέχεται ηλεκτρονικά, όπως το επίμαχο, αποτελεί «εμπόρευμα» κατά την έννοια της διάταξης αυτής. Ωστόσο, η εν λόγω διάταξη δεν καθιερώνει διάκριση ανάλογα με την υλική ή άυλη φύση των οικείων εμπορευμάτων. Συνεπώς, καθιστά δυνατή ευρεία ερμηνεία των «εμπορευμάτων» η οποία να καλύπτει όλα τα υλικά και άυλα αγαθά που μπορεί να αποτελέσουν αντικείμενο εμπορικών πράξεων.

58. Το ιστορικό θεσπίσεως της οδηγίας 86/653 συνηγορεί υπέρ της ερμηνείας αυτής. Στην πρόταση της Επιτροπής<sup>59</sup>, η διάταξη που περιελάμβανε τον ορισμό των εμπορικών αντιπροσώπων αναφερόταν σε «έναν αόριστο αριθμό εμπορικών πράξεων», καλύπτοντας επομένως εμπορεύματα καθώς και υπηρεσίες<sup>60</sup>. Δεν παρέχονταν συγκεκριμένες ενδείξεις για τον όρο «εμπορεύματα», σε σύγκριση με μια άλλη διάταξη στην πρόταση αυτή που αναφερόταν σε «κινητά και άλλα περιουσιακά στοιχεία» σε σχέση με το δικαίωμα επίσχεσης του εμπορικού αντιπροσώπου όσον αφορά περιουσιακά στοιχεία του αντιπροσωπευόμενου σε περίπτωση λύσης της σύμβασης αντιπροσωπείας, προς διασφάλιση της αξίωσης αποζημίωσης<sup>61</sup>. Οι διατάξεις αυτές διατηρήθηκαν, με τη προσθήκη ορισμένων φράσεων, στην τροποποιημένη πρόταση της Επιτροπής<sup>62</sup> μετά την πρώτη ανάγνωση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου<sup>63</sup> και τη γνωμοδότηση της Ευρωπαϊκής Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής<sup>64</sup>.

59. Ωστόσο, κατά την πρώτη συνεδρίαση του Συμβουλίου για την τροποποιημένη πρόταση οδηγίας<sup>65</sup>, η αντιπροσωπεία της Δανίας εκτίμησε ότι η εν λόγω πρόταση «πρέπει να περιοριστεί στις εμπορικές πράξεις που αφορούν την πώληση εμπορευμάτων», εκτίμηση προς την οποία συμφώνησαν οι αντιπροσωπείες της Ιρλανδίας και του Ηνωμένου Βασιλείου. Τούτο διαφάνηκε

<sup>58</sup> C-85/03 (EU:C:2004:83, σκέψεις 15 έως 21).

<sup>59</sup> Βλ. Επιτροπή, Ισότητα των δικαιωμάτων των εμπορικών αντιπροσώπων. Πρόταση οδηγίας του Συμβουλίου περί συντονισμού των νομοθεσιών των κρατών μελών σχετικά με τους εμπορικούς αντιπροσώπους (ελεύθεροι επαγγελματίες), COM(76) 670 final, 13 Δεκεμβρίου 1976 (στο εξής: πρόταση οδηγίας), σχέδιο άρθρου 2.

<sup>60</sup> Βλ., συναφώς, πρόταση οδηγίας που μνημονεύεται στην υποσημείωση 59 των παρουσών προτάσεων, σχέδια άρθρου 7, παράγραφοι 1 και 2, άρθρου 8, παράγραφος 1, άρθρου 9, παράγραφος 2, άρθρου 10, παράγραφος 2, στοιχείο α', άρθρου 11, παράγραφος 2, άρθρου 21, παράγραφος 1, και άρθρου 32, παράγραφος 2.

<sup>61</sup> Βλ. πρόταση οδηγίας που μνημονεύεται στην υποσημείωση 59 των παρουσών προτάσεων, σχέδιο άρθρου 29, παράγραφος 2.

<sup>62</sup> Βλ. Επιτροπή, Τροποποίηση της πρότασης Οδηγίας του Συμβουλίου περί συντονισμού των δικαίων των κρατών μελών σχετικά με τους εμπορικούς πράκτορες, COM(78) 773 final, 22 Ιανουαρίου 1979 (στο εξής: τροποποιημένη πρόταση οδηγίας), σχέδιο άρθρων 2 και 29.

<sup>63</sup> Βλ. ψήφισμα νομοθετικού περιεχομένου που περιέχει τη γνώμη του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με την πρόταση οδηγίας, της 12ης Σεπτεμβρίου 1978 (EE 1978, C 239, σ. 18), ιδίως σχέδια άρθρων 2 και 29.

<sup>64</sup> Βλ. γνωμοδότηση της Ευρωπαϊκής Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής με θέμα την πρόταση οδηγίας, της 24ης Νοεμβρίου 1977 (OJ 1978, C 59, σ. 31), ιδίως τα σημεία 2.3.1, 2.8.7 και 2.8.8.

<sup>65</sup> Βλ. έγγραφο 8278/79, της 18ης Ιουλίου 1979, σ. 2-3.



στα σχόλια που διατύπωσαν οι εν λόγω αντιπροσωπείες σχετικά με τον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου σύμφωνα με τα οποία ζήτησαν να οριστούν οι «εμπορικές πράξεις» ως «συμβάσεις πώλησης προϊόντων»<sup>66</sup>.

60. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή εξέδωσε ένα έγγραφο εργασίας για το πεδίο εφαρμογής της προτεινόμενης οδηγίας<sup>67</sup>, στο οποίο παρέθετε την άποψή της σχετικά με ορισμένους τρόπους με τους οποίους αυτό θα μπορούσε να περιοριστεί. Ειδικότερα, επισήμανε ότι οι υπηρεσίες θα μπορούσαν να εξαιρεθούν καθόσον υπήρχαν ελάχιστα είδη υπηρεσιών στα οποία θα μπορούσε να εφαρμοστεί η προτεινόμενη οδηγία. Ωστόσο, ήταν απαραίτητο, κατά την άποψή της, να καλυφθούν οι εμπορικοί αντιπρόσωποι που δραστηριοποιούνταν σε τομείς ιδιαίτερης σημασίας από οικονομική άποψη, δηλαδή στην αγορά και την πώληση εμπορευμάτων. Διευκρίνισε ότι καθόσον ορισμένα είδη εμπορευμάτων, όπως οι πρώτες ύλες και τα γεωργικά προϊόντα, αγοράζονταν ή πωλούνταν σπανίως από εμπορικούς αντιπρόσωπους, η προτεινόμενη οδηγία θα μπορούσε συνεπώς να εφαρμόζεται μόνο στους αντιπρόσωπους που αγοράζουν και πωλούν βιομηχανικά προϊόντα και όχι σε υπηρεσίες ή πρώτες ύλες.

61. Κατά την επόμενη συνεδρίαση<sup>68</sup>, το Συμβούλιο, αφού έλαβε υπόψη το εν λόγω έγγραφο εργασίας, εξέφρασε προτίμηση για τη λύση σύμφωνα με την οποία η προτεινόμενη οδηγία «θα κάλυπτε τουλάχιστον τις δραστηριότητες που αφορούν την πώληση και αγορά εμπορευμάτων». Συναφώς, μολονότι αρκετές αντιπροσωπείες υιοθέτησαν μια προσέγγιση που εξαιρούσε τις υπηρεσίες, οι αντιπροσωπείες της Δανίας, της Ιρλανδίας και του Ηνωμένου Βασιλείου εξέφρασαν επιφυλάξεις ως προς μια λύση που θα αποσκοπούσε στη ρύθμιση οποιουδήποτε άλλου ζητήματος πέραν της πώλησης εμπορευμάτων. Συνεπώς, σύμφωνα με τα πρακτικά της συνεδρίασης αυτής: «Δεδομένου ότι δεν κατέστη δυνατό να επιλυθεί είτε το ζήτημα αυτό είτε το ζήτημα αν η οδηγία πρέπει να καλύπτει εμπορεύματα, προϊόντα ή υλικά περιουσιακά στοιχεία, η *υπόθεση εργασίας* που υιοθέτησε η *ομάδα εργασίας* για τις συζητήσεις της ήταν ότι η οδηγία θα εφαρμόζεται στους εμπορικούς αντιπρόσωπους που ασχολούνται με την πώληση ή αγορά εμπορευμάτων»<sup>69</sup>. Τούτο συμπεριλήφθηκε στον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου, στον οποίο μνημονευόταν η πώληση ή αγορά εμπορευμάτων<sup>70</sup>.

62. Η προσέγγιση αυτή διατηρήθηκε στο κείμενο της οδηγίας 86/653 όπως εκδόθηκε<sup>71</sup>. Η προτεινόμενη διάταξη που αφορούσε το δικαίωμα επίσχεσης του εμπορικού αντιπροσώπου όσον αφορά τα «κινητά και άλλα περιουσιακά στοιχεία» του αντιπροσωπευόμενου τροποποιήθηκε και έπειτα διαγράφηκε κατά τη νομοπαρασκευαστική διαδικασία<sup>72</sup>.

63. Συνεπώς, από το ότι συμφωνήθηκε η χρήση του όρου «εμπορεύματα» αντί των όρων «προϊόντα», «υλικά περιουσιακά στοιχεία» ή «κινητά περιουσιακά στοιχεία» μπορεί να συναχθεί ότι ο όρος αυτός είχε ως στόχο να καλύψει υπό την ευρεία έννοια το αντικείμενο των πράξεων

<sup>66</sup> Βλ. έγγραφο 8278/79 που μνημονεύεται στην υποσημείωση 65 των παρουσών προτάσεων, σ. 6-7.

<sup>67</sup> Βλ. έγγραφο 8664/79, της 22ας Αυγούστου 1979.

<sup>68</sup> Βλ. έγγραφο 11507/79, της 11ης Δεκεμβρίου 1979, σ. 2.

<sup>69</sup> Βλ. έγγραφο 11507/79 που μνημονεύεται στην υποσημείωση 68 των παρουσών προτάσεων, σ. 2.

<sup>70</sup> Βλ. έγγραφο 11507/79 που μνημονεύεται στην υποσημείωση 68 των παρουσών προτάσεων, σ. 3 και 9.

<sup>71</sup> Βλ., για παράδειγμα, έγγραφο 7379/86, της 4ης Ιουνίου 1986, σ. 3· έγγραφο 8543/86, της 18ης Ιουλίου 1986, σ. 3. Συναφώς, απορρίφθηκε η πρόταση της αντιπροσωπείας του Ηνωμένου Βασιλείου για τη διαγραφή της φράσης «ή την αγορά» από τον ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου (βλ. για παράδειγμα, έγγραφο 6877/80, της 6ης Μαΐου 1980, σ. 22).

<sup>72</sup> Βλ., για παράδειγμα, έγγραφο 4737/81, της 10ης Φεβρουαρίου 1981, σ. 8-9· έγγραφο 10292/81, της 28ης Οκτωβρίου 1981, σ. 8-10· έγγραφο 4347/82, της 21ης Ιανουαρίου 1982, σ. 23· έγγραφο 7381/83, της 9ης Ιουνίου 1983, σ. 19.

που αποτελούσαν τις κύριες δραστηριότητες των εμπορικών αντιπροσώπων<sup>73</sup> και ότι δεν περιοριζόταν αναγκαστικά στα υλικά και κινητά αγαθά. Η ερμηνεία αυτή συνάδει με την ιστορική συγκυρία κατά τον χρόνο έκδοσης της οδηγίας 86/653, κατά τον οποίο είχε καταρτιστεί διεθνής σύμβαση για τη μεσολάβηση στις διεθνείς πωλήσεις αγαθών<sup>74</sup>, η οποία περιοριζόταν στην πώληση εμπορευμάτων σύμφωνα με τις κύριες δραστηριότητες των εμπορικών αντιπροσώπων στο διεθνές εμπόριο εκείνη τη χρονική περίοδο<sup>75</sup>. Αντίθετα προς όσα ισχυρίζεται η Computer Associates, από τα προαναφερθέντα έγγραφα προκύπτουν ενδείξεις ότι η πιθανή εφαρμογή της οδηγίας αυτής στα «προϊόντα» δεν προοριζόταν να είναι ευρύτερη από την εφαρμογή στα «εμπορεύματα» αλλά αντιθέτως, λαμβανομένης ιδίως υπόψη της αναφοράς στα «βιομηχανικά προϊόντα», να υποδηλώσει ορισμένα είδη εμπορευμάτων στο εμπόριο τα οποία αποτελούσαν σημαντικό μέρος της εργασίας των εμπορικών αντιπροσώπων.

64. Το πλαίσιο του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 συνηγορεί περαιτέρω υπέρ της άποψης ότι η έννοια των «εμπορευμάτων» στη διάταξη αυτή μπορεί να ερμηνευθεί κατά τρόπο ώστε να καλύπτει τα υλικά και άυλα αγαθά. Ειδικότερα, η ερμηνεία αυτή δεν εμποδίζει έναν εμπορικό αντιπρόσωπο να ασκεί την κύρια δραστηριότητά του σύμφωνα με την οδηγία 86/653, η οποία, όπως προκύπτει από τα άρθρα 3, 4 και 17 της οδηγίας αυτής, συνίσταται στην εύρεση νέων πελατών για τον αντιπροσωπευόμενο και στη διεύρυνση των συναλλαγών με τους υφιστάμενους πελάτες<sup>76</sup>.

65. Ομοίως, η ερμηνεία αυτή δεν εμποδίζει την εφαρμογή των υπόλοιπων διατάξεων της οδηγίας 86/653 στις οποίες περιέχεται ο όρος «εμπορεύματα». Συναφώς, η περιγραφή των εμπορευμάτων που πρέπει να παρασχεθεί από τον αντιπροσωπευόμενο σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 86/653· η προσήκουσα αμοιβή του εμπορικού αντιπροσώπου σύμφωνα με τις αμοιβές των αντιπροσώπων για την αντιπροσώπηση των οικείων εμπορευμάτων κατά το άρθρο 6, παράγραφος 1, της οδηγίας· η απαίτηση ότι προκειμένου να είναι ισχυρή η ρήτρα μη ανταγωνισμού που επιβάλλεται σε εμπορικό αντιπρόσωπο πρέπει αυτή να αφορά τα είδη των εμπορευμάτων που καλύπτονται από τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας σύμφωνα με το άρθρο 20, παράγραφος 2, στοιχείο β', της οδηγίας, μπορούν να εφαρμοστούν ανεξαρτήτως του αν τα εμπορεύματα είναι υλικά ή άυλα.

66. Τούτο καταδεικνύεται από τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης. Όπως επισημάνθηκε στο σημείο 9 των παρουσών προτάσεων, το λογισμικό θεωρήθηκε στη συμφωνία ως ένα εμπορευματοποιημένο «προϊόν» του οποίου την προώθηση, την εμπορία και την πώληση ανέλαβε η Software Incubator. Επιπλέον, σύμφωνα με τη συμφωνία αυτή, (i) η Software Incubator είχε την υποχρέωση να αφιερώσει σημαντικό χρόνο και προσπάθεια για την ανάπτυξη των πωλήσεων της Computer Associates και των σχέσεών της με τους πελάτες όσον αφορά το λογισμικό· (ii) ο υπολογισμός της προμήθειας της Software Incubator στηριζόταν στις πωλήσεις του λογισμικού· (iii) προβλεπόταν επίσης ρήτρα μη ανταγωνισμού που απαγόρευε στην Software Incubator να ασκήσει ανταγωνιστικές με το λογισμικό δραστηριότητες. Λαμβανομένων υπόψη

<sup>73</sup> Αξίζει να σημειωθεί ότι τούτο προκύπτει από ορισμένες δημοσιεύσεις που επισυνάπτονται στις παρατηρήσεις της Computer Associates οι οποίες ανάγονται σε εκείνη τη χρονική περίοδο: βλ. Lando, O., «The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents», *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, τόμος 44, 1980, σ. 1-16, ιδίως σ. 2 και 5· United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, αριθ. 84, 1977, ιδίως άρθρο 2(a) έως (c), σ. 15.

<sup>74</sup> Σύμβαση για τη μεσολάβηση στις διεθνείς πωλήσεις αγαθών που υπογράφηκε στη Γενεύη στις 17 Φεβρουαρίου 1983 διαθέσιμη σε <http://www.unidroit.org/>· δεν τέθηκε σε ισχύ λόγω μη επαρκούς αριθμού επικυρώσεων. Βλ. περαιτέρω, για παράδειγμα, Jansen, N. και Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, σ. 592-593.

<sup>75</sup> Βλ., συναφώς, Maskow, D., «Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods», *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, τόμος I, 1989, σ. 60-187, σ. 99-101.

<sup>76</sup> Βλ., συναφώς, αποφάσεις της 12ης Δεκεμβρίου 1996, Κοντόγεωργας (C-104/95, EU:C:1996:492, σκέψη 26), και της 4ης Ιουνίου 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, σκέψη 33).

των ανωτέρω, πρέπει να επισημανθεί ότι το γεγονός ότι το λογισμικό παρεχόταν με άυλα μέσα δεν φαίνεται να εμπόδιζε την Software Incubator ή την Computer Associates να εκπληρώνουν τις υποχρεώσεις που υπείχαν βάσει της συμφωνίας.

67. Αντίθετα προς όσα ισχυρίζεται η Computer Associates, μολονότι το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 αποτελεί βασική διάταξη για τον προσδιορισμό του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας αυτής, δεν προκύπτει από το εν λόγω άρθρο ότι ο όρος «εμπορεύματα» πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αφορά μόνον τα υλικά αγαθά. Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου (βλ. σημείο 44 των παρουσών προτάσεων) ο ορισμός του εμπορικού αντιπροσώπου στη διάταξη αυτή είναι περιεκτικός, υπό την έννοια ότι όλα τα πρόσωπα που πληρούν τις προϋποθέσεις που καθορίζονται σε αυτήν θεωρούνται εμπορικοί αντιπρόσωποι, με την προϋπόθεση ότι δεν εμπίπτουν στις εξαιρέσεις που προβλέπονται στα άρθρα 1, παράγραφος 3, και 2, παράγραφος 1, της οδηγίας. Οι εξαιρέσεις αυτές αφορούν γενικά το επάγγελμα ή τις δραστηριότητες προσώπων με συγκεκριμένες ιδιότητες και όχι το είδος των εμπορευμάτων που διατίθενται στο εμπόριο<sup>77</sup>.

68. Επιπλέον, η ερμηνεία της έννοιας «εμπορεύματα» σε άλλους τομείς του δικαίου της Ένωσης δεν ανατρέπει την ανάλυσή μου. Ειδικότερα, στο πλαίσιο των μέτρων της Ένωσης για τα τελωνεία<sup>78</sup> και τον ΦΠΑ<sup>79</sup>, στα οποία ο όρος «εμπορεύματα» περιορίστηκε στα «υλικά αγαθά», το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή που παρέχεται με άυλα μέσα δεν θεωρήθηκε «εμπόρευμα» ενώ στο πλαίσιο των μέτρων της Ένωσης για τα εμπορικά σήματα<sup>80</sup> και τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα<sup>81</sup> το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή θεωρήθηκε είδος «εμπορεύματος». Τα παραδείγματα αυτά διαφέρουν από το πλαίσιο της υπό κρίση υπόθεσης στην οποία η έννοια των «εμπορευμάτων», όπως προβλέπεται στην οδηγία 86/653, δεν έχει περιοριστεί ρητά στα υλικά αγαθά ούτε υπάρχει συγκεκριμένη ρύθμιση για το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή.

69. Ομοίως, στο πλαίσιο της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, το Δικαστήριο έχει ορίσει επανειλημμένα τα «εμπορεύματα» υπό ευρεία έννοια ως «τα δυνάμενα να αποτιμηθούν σε χρήμα προϊόντα που είναι ικανά να αποτελέσουν αντικείμενο εμπορικών συναλλαγών»<sup>82</sup>. Συνεπώς, για παράδειγμα, τα ηλεκτρονικά παίγνια, συμπεριλαμβανομένων των παιγνίων για

<sup>77</sup> Γενικά, το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 86/653 εξαιρεί τα πρόσωπα που εργάζονται σε εταιρίες, ενώσεις προσώπων και συμπράξεις ή εμπλέκονται σε διαδικασίες πτώχευσης ενώ το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας εξαιρεί τους μη αμειβόμενους εμπορικούς αντιπροσώπους, τους αντιπροσώπους που συναλλάσσονται στις αγορές πρώτων υλών καθώς και έναν συγκεκριμένο οργανισμό στο Ηνωμένο Βασίλειο.

<sup>78</sup> Στο πλαίσιο των μέτρων της Ένωσης που αφορούν το κοινό τελωνειακό καθεστώς, ο όρος «εμπορεύματα» έχει ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αφορά μόνο τα «υλικά αγαθά» λαμβανομένης υπόψη της φύσης του καθεστώτος αυτού και συνεπώς έχει εγείρει ερωτήματα για τον χαρακτηρισμό του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή ως άυλο αγαθό που έχει ενσωματωθεί σε υλικό αγαθό για τον καθορισμό της δασμολογητέας αξίας. Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 14ης Ιουλίου 1977, Bosch (1/77, EU:C:1977:130, σκέψη 4), της 18ης Απριλίου 1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153, σκέψη 21), της 16ης Νοεμβρίου 2006, Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716, σκέψεις 30, 31 και 37), και της 10ης Σεπτεμβρίου 2020, BMW (C-509/19, EU:C:2020:694, σκέψεις 12 έως 23)· βλ., επίσης, προτάσεις της γενικής εισαγγελέα C. Stix-Hackl στην υπόθεση Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68, σημεία 50 έως 58).

<sup>79</sup> Στο πλαίσιο των μέτρων της Ένωσης για το καθεστώς ΦΠΑ, ο όρος «παροχή εμπορευμάτων» περιορίζεται ρητά στα «υλικά αγαθά» με αποτέλεσμα τα ψηφιακά προϊόντα, συμπεριλαμβανομένου του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, τα οποία παρέχονται με άυλα μέσα να θεωρούνται παροχή υπηρεσιών ενώ τα ίδια προϊόντα τα οποία παρέχονται με υλικά μέσα να θεωρούνται εμπορεύματα. Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 5ης Μαρτίου 2015, Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-479/13, EU:C:2015:141, σκέψη 35), της 5ης Μαρτίου 2015, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου (C-502/13, EU:C:2015:143, σκέψη 42), και της 7ης Μαρτίου 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, σκέψεις 43 έως 72, ιδίως σκέψη 50). Βλ. επίσης, στο πλαίσιο του προσαρμοσμένου λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2005, LevoB Verzekeringen και OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649, σκέψεις 17 έως 30), και προτάσεις της γενικής εισαγγελέα J. Kokott στην υπόθεση LevoB Verzekeringen και OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292, σημεία 28 έως 60).

<sup>80</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 29ης Ιανουαρίου 2020, Sky κ.λπ. (C-371/18, EU:C:2020:45, ιδίως σκέψεις 30, 47 και 54).

<sup>81</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 22ας Νοεμβρίου 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, ιδίως σκέψεις 16 έως 19).

<sup>82</sup> Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 10ης Δεκεμβρίου 1968, Επιτροπή κατά Ιταλίας (7/68, EU:C:1968:51, σ. 428), και της 23ης Ιανουαρίου 2018, Buhagiar κ.λπ. (C-267/16, EU:C:2018:26, σκέψη 67).

ηλεκτρονικούς υπολογιστές<sup>83</sup>, και η ηλεκτρική ενέργεια<sup>84</sup> εμπίπτουν στον ορισμό αυτόν παρά την άυλη φύση τους. Δεδομένου ότι, όπως προκύπτει από τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης, το λογισμικό είναι προϊόν το οποίο αποτιμήθηκε σε χρήμα και το οποίο αποτελούσε αντικείμενο εμπορικών συναλλαγών, φαίνεται ότι εμπίπτει πλήρως στον ορισμό αυτόν. Κατά την άποψή μου, αντίθετα προς όσα ισχυρίζεται η Computer Associates, η κρίση του Δικαστηρίου στην απόφαση Sacchi<sup>85</sup> ότι η μετάδοση τηλεοπτικών σημάτων αποτελεί υπηρεσία ενώ τα προϊόντα που χρησιμοποιούνται για τη μετάδοση τηλεοπτικών σημάτων αποτελούν εμπορεύματα και στην απόφαση Jägerskiöld<sup>86</sup> ότι το δικαίωμα αλιείας και οι άδειες αλιείας αποτελούν υπηρεσίες και όχι εμπορεύματα, αφορούν τις ειδικές περιστάσεις των εν λόγω υποθέσεων και δεν αποτελούν ένδειξη για τον γενικευμένο περιορισμό της έννοιας των «εμπορευμάτων» στα υλικά αγαθά στο πλαίσιο αυτό.

70. Οι οδηγίες 2011/83, 2019/770 και 2019/771 δεν συνηγορούν επίσης, κατά την άποψή μου, υπέρ της ερμηνείας των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 υπό την έννοια ότι σε αυτά περιλαμβάνονται μόνον τα υλικά αγαθά. Εν συντομία, οι εν λόγω οδηγίες αποτελούν βασικές νομοθετικές πράξεις στο δίκαιο της Ένωσης για τις καταναλωτικές συμβάσεις<sup>87</sup>. Η οδηγία 2011/83 καλύπτει τις συμβάσεις για το ψηφιακό περιεχόμενο ανεξαρτήτως της μεθόδου μετάδοσης και, μολονότι το ψηφιακό περιεχόμενο που παρέχεται με υλικό μέσο θεωρείται «εμπόρευμα», η παροχή ψηφιακού περιεχομένου με άυλο μέσο δεν θεωρείται ούτε σύμβαση πώλησης ούτε σύμβαση υπηρεσιών και προβλέπονται ειδικοί κανόνες<sup>88</sup>. Συνεπώς, η εν λόγω οδηγία δεν επιλύει το ζήτημα του χαρακτηρισμού του εν λόγω ψηφιακού περιεχομένου<sup>89</sup> και καθιερώνει μία *suī generis* κατηγορία, διαφορετική από την κατηγορία των «εμπορευμάτων», τα οποία ορίζονται ως «ενσώματα κινητά πράγματα»<sup>90</sup>.

71. Οι οδηγίες 2019/770 και 2019/771 ακολουθούν παρόμοιες κατευθύνσεις. Η οδηγία 2019/770 εφαρμόζεται στις καταναλωτικές συμβάσεις για την προμήθεια ψηφιακού περιεχομένου ή ψηφιακών υπηρεσιών ανεξαρτήτως του μέσου, υλικού ή άυλου, που χρησιμοποιείται για τη μετάδοση, καλύπτοντας ακόμη και το υλικό μέσο καθεαυτό στις περιπτώσεις που λειτουργεί μόνον ως φορέας για τη μεταφορά του ψηφιακού περιεχομένου<sup>91</sup>. Ωστόσο, εναπόκειται στο εθνικό δίκαιο να προσδιορίσει τη νομική φύση των συμβάσεων αυτών<sup>92</sup>. Συμπληρωματικά, η οδηγία 2019/770 προβλέπει εναρμονισμένους κανόνες για τις συμβάσεις πώλησης καταναλωτικών αγαθών, στα οποία περιλαμβάνονται τα «αγαθά με ψηφιακά στοιχεία» τα οποία υποδηλώνουν «τα ενσώματα κινητά αντικείμενα» που εντάσσονται ή διασυνδέονται με ψηφιακό

<sup>83</sup> Βλ. απόφαση της 26ης Οκτωβρίου 2006, Επιτροπή κατά Ελλάδας (C-65/05, EU:C:2006:673, σκέψεις 23 και 24).

<sup>84</sup> Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 6ης Δεκεμβρίου 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, σκέψη 34), και προτάσεις της γενικής εισαγγελέα E. Sharpston στην υπόθεση FENS (C-305/17, EU:C:2018:536, σημεία 19 έως 21).

<sup>85</sup> Βλ. απόφαση της 30ής Απριλίου 1974, Sacchi (155/73, EU:C:1974:40, σκέψεις 6 και 7).

<sup>86</sup> Βλ. απόφαση της 21ης Οκτωβρίου 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515, σκέψεις 30 έως 39).

<sup>87</sup> Για μια ανάλυση των οδηγιών αυτών και του ευρύτερου πλαισίου στο οποίο εντάσσονται, βλ., για παράδειγμα, Helberger, N. et al., «Digital Content Contracts for Consumers», *Journal of Consumer Policy*, τόμος 36, 2013, σ. 37-57· Jansen και Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, που παρατίθεται στην υποσημείωση 74 των παρούσων προτάσεων, σ. 1-18· Staudenmayer, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, τόμος 28, 2020, σ. 219-250.

<sup>88</sup> Βλ. οδηγία 2011/83, ιδίως άρθρο 1, άρθρο 5, παράγραφος 2, άρθρο 6, παράγραφος 2, άρθρο 9, παράγραφος 2, στοιχείο γ', άρθρο 14, παράγραφος 4, στοιχείο β', άρθρο 16, στοιχείο ιγ', και άρθρο 17, παράγραφος 1· αιτιολογική σκέψη 19. Βλ. επίσης, για παράδειγμα, Έκθεση της Επιτροπής για την εφαρμογή της οδηγίας 2011/83, COM(2017) 259 final της 23ης Μαΐου 2017, σημείο 5.

<sup>89</sup> Βλ., συναφώς, Helberger et al. που παρατίθεται στην υποσημείωση 87 των παρούσων προτάσεων, σ. 44.

<sup>90</sup> Βλ. οδηγία 2011/83, άρθρο 2, παράγραφος 3.

<sup>91</sup> Βλ. οδηγία 2019/770, ιδίως άρθρο 1 και άρθρο 3, παράγραφοι 1 και 3· αιτιολογικές σκέψεις 19 και 20.

<sup>92</sup> Βλ. οδηγία 2019/770, ιδίως αιτιολογική σκέψη 12.

περιεχόμενο ή ψηφιακή υπηρεσία για την εκτέλεση των λειτουργιών τους<sup>93</sup>. Συνεπώς, η εν λόγω οδηγία περιορίζει την έννοια των «εμπορευμάτων» στα «ενσώματα κινητά αντικείμενα» ενώ προβλέπει ειδικούς κανόνες για τα ψηφιακά εμπορεύματα.

72. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, παρατηρώ ιδίως ότι οι ανωτέρω τρεις οδηγίες αντικατοπτρίζουν τη βούληση του νομοθέτη της Ένωσης να προβλέψει ειδικούς κανόνες για τη ρύθμιση του ψηφιακού περιεχομένου στις καταναλωτικές συμβάσεις, συμπεριλαμβανομένου του λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, χωρίς να θίγεται η παραδοσιακή έννοια των «εμπορευμάτων» η οποία, σε αντίθεση με την οδηγία 86/653, συνδέεται ρητά με τα υλικά αγαθά. Επιπλέον, η οδηγία 2019/770 εξομοιώνει τις υλικές και άυλες μεθόδους παροχής του ψηφιακού περιεχομένου, γεγονός το οποίο συνηγορεί υπέρ της ερμηνείας των «εμπορευμάτων» στην οδηγία 86/653 υπό την έννοια ότι σε αυτά περιλαμβάνονται αμφότερα τα αγαθά.

73. Τέλος, συμφωνώ με την άποψη της Software Incubator, της Γερμανικής Κυβέρνησης και της Επιτροπής ότι η ερμηνεία των «εμπορευμάτων» που καλύπτει τα υλικά και άυλα αγαθά συνάδει με τους σκοπούς που επιδιώκονται από την οδηγία 86/653. Ειδικότερα, πρέπει να επισημανθεί ότι ο περιορισμός της έννοιας των «εμπορευμάτων» στα υλικά αγαθά θα είχε ως αποτέλεσμα τη μη προστασία των εμπορικών αντιπροσώπων που διαπραγματεύονται την πώληση του ίδιου αγαθού όταν αυτό παρέχεται σε άυλη μορφή. Τούτο θα περιόριζε το εύρος της προστασίας που παρέχεται στους εμπορικούς αντιπροσώπους στις σχέσεις τους με τους αντιπροσωπευόμενους σύμφωνα με την οδηγία 86/653, η οποία αποτελεί έναν από τους σκοπούς της οδηγίας αυτής (βλ. σημείο 43 των παρουσών προτάσεων).

74. Συναφώς, όπως επισημαίνεται στα σημεία 46 έως 50 των παρουσών προτάσεων, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει στην απόφαση UsedSoft ότι η παροχή ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με υλικό μέσο είναι το λειτουργικό ισοδύναμο της μετάδοσης μέσω τηλεφόρτωσης. Από την απόφαση αυτή προκύπτει συνεπώς ότι μια ερμηνεία της έννοιας των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 η οποία περιλαμβάνει τα υλικά και άυλα αγαθά διασφαλίζει ότι οι εμπορικοί αντιπρόσωποι που διαπραγματεύονται την πώληση λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή απολαμβάνουν της ίδιας προστασίας ανεξαρτήτως του μέσου παροχής.

75. Αντίθετα, μια ερμηνεία των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 υπό την έννοια ότι σε αυτά περιλαμβάνονται μόνον τα υλικά αγαθά θα παρείχε στους αντιπροσωπευόμενους τη δυνατότητα να παρακάμψουν τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της οδηγίας 86/653, συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων που αφορούν την αποζημίωση ή την αποκατάσταση της ζημίας που οφείλεται στους εμπορικούς αντιπρόσωπους σε περίπτωση λύσης της σύμβασης αντιπροσωπείας (βλ. σημείο 43 των παρουσών προτάσεων), προβλέποντας απλώς την παροχή των εμπορευμάτων με άυλα μέσα. Τούτο θα υπονόμει την εκπλήρωση των σκοπών που επιδιώκονται με την οδηγία αυτή και συνίστανται στην παροχή προστασίας στους εμπορικούς αντιπρόσωπους και τη βελτίωση της ασφάλειας των εμπορικών πράξεων. Πράγματι, όπως επισήμαναν η Software Incubator και η Επιτροπή, ο εμπορικός αντιπρόσωπος δεν πρέπει να στερηθεί την προστασία δυνάμει της οδηγίας αυτής λόγω της απόφασης ενός αντιπροσωπευόμενου ή ενός πελάτη, κατά περίπτωση, για το μέσο παροχής, η οποία ενδέχεται να ληφθεί αφού ο αντιπρόσωπος έχει εκπληρώσει την υποχρέωση του για διαπραγμάτευση της πώλησης του εμπορεύματος.

<sup>93</sup> Βλ. οδηγία 2019/771, ιδίως άρθρο 1, άρθρο 2, παράγραφος 5, άρθρο 3, παράγραφοι 3 και 4· αιτιολογικές σκέψεις 12 έως 16. Βλ. επίσης οδηγία 2019/770, άρθρο 2, παράγραφος 3, και άρθρο 3, παράγραφος 4· αιτιολογικές σκέψεις 21 και 22.

76. Επιπλέον, αντίθετα προς όσα ισχυρίζεται η Computer Associates, από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι η αναφορά στις «εμπορικές συναλλαγές» στην τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 86/653, σε συνδυασμό με τα άρθρα της 1 και 2, συνηγορούν υπέρ μιας ερμηνείας των «εμπορευμάτων» η οποία περιορίζεται στα υλικά αγαθά. Η αναφορά αυτή συνδέεται με τον σκοπό της οδηγίας 86/653 να εναρμονίσει τους κανόνες των κρατών μελών σχετικά με την εμπορική αντιπροσωπεία για τη δημιουργία μιας ενιαίας αγοράς και δεν σχετίζεται με την έννοια των «εμπορευμάτων» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής. Τούτο αποδεικνύεται από το γεγονός ότι η αναφορά αυτή περιεχόταν αυτούσια στην πρόταση της Επιτροπής για την οδηγία 86/653, η οποία περιλάμβανε ευρύτερο ορισμό του εμπορικού αντιπροσώπου που κάλυπτε αγαθά και υπηρεσίες (βλ. σημείο 58 των παρουσών προτάσεων)<sup>94</sup>.

77. Περαιτέρω, πρέπει να εξετασθεί η ανάγκη μιας δυναμικής ή εξελισσόμενης ερμηνείας του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 η οποία λαμβάνει υπόψη τις τεχνολογικές εξελίξεις για την επίτευξη των σκοπών της οδηγίας<sup>95</sup>. Συναφώς, ενώ η εμπορία λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή μέσω τηλεφόρτωσης δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί κατά τον χρόνο έκδοσης της οδηγίας 86/653, σήμερα είναι διαδεδομένη. Υπό τις περιστάσεις αυτές, η παράλειψη αναγνώρισης τέτοιου είδους τεχνολογικών εξελίξεων ενδέχεται, κατά τη γνώμη μου, να αποκλείσει την αποτελεσματικότητα των κανόνων για τους εμπορικούς αντιπροσώπους που προβλέπονται στην οδηγία 86/653.

78. Συνεπώς, καταλήγω στο συμπέρασμα ότι λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή που παρέχεται σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου ηλεκτρονικά, όπως το επίμαχο, εμπίπτει στην έννοια των «εμπορευμάτων» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

### ***Γ. Επί του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος***

79. Όπως αναφέρεται στο σημείο 38 των παρουσών προτάσεων, το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο αφορά το αν η παροχή ενός αντιγράφου λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, όπως το επίμαχο, σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης, αποτελεί «πώληση» κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

80. Όπως προκύπτει από την απόφαση περί παραπομπής σε συνδυασμό με τις πληροφορίες που υποβλήθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου, υπό τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης, η άδεια χρήσης που χορηγεί η Computer Associates παρέχει στον πελάτη το δικαίωμα να χρησιμοποιεί αντίγραφο του λογισμικού για αόριστο χρόνο έναντι της καταβολής τιμήματος που αντιστοιχεί στην οικονομική αξία του αντιγράφου αυτού (βλ. σημεία 11 και 12 των παρουσών προτάσεων).

81. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της Computer Associates, μια τέτοιου είδους άδεια δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «πώληση», καθόσον δεν συνεπάγεται τη μεταβίβαση κυριότητας στο λογισμικό. Η Software Incubator, η Γερμανική Κυβέρνηση και η Επιτροπή έχουν διαφορετική άποψη.

<sup>94</sup> Βλ. πρόταση οδηγίας που μνημονεύεται στην υποσημείωση 59 των παρουσών προτάσεων, σχέδιο τρίτης αιτιολογικής σκέψης. Βλ., επίσης, τροποποιημένη πρόταση οδηγίας που μνημονεύεται στην υποσημείωση 62 των παρουσών προτάσεων, σχέδιο τρίτης αιτιολογικής σκέψης.

<sup>95</sup> Βλ., συναφώς, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Szpunar στην υπόθεση Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459, σημεία 24 έως 40) και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Bobek στην υπόθεση Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, σημεία 69 έως 84).

82. Όπως προαναφέρθηκε στο σημείο 53 των παρουσών προτάσεων, οι όροι που χρησιμοποιούνται στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653, συμπεριλαμβανομένου του όρου «πώληση», δεν παραπέμπουν στο εθνικό δίκαιο. Συνεπώς, ο όρος αυτός πρέπει να θεωρηθεί αυτοτελής έννοια του δικαίου της Ένωσης, η οποία επιβάλλεται να ερμηνεύεται κατά τον ίδιο τρόπο σε όλα τα κράτη μέλη ανεξαρτήτως του εθνικού δικαίου, σε συνάρτηση κυρίως με το γράμμα, το πλαίσιο και τους σκοπούς της οδηγίας 86/653.

83. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω κατέληξα στο συμπέρασμα ότι η παροχή λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, όπως το επίμαχο, σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης, η οποία παρέχει στον πελάτη το δικαίωμα να χρησιμοποιεί αντίγραφο του λογισμικού για αόριστο χρόνο έναντι της καταβολής τιμήματος που αντιστοιχεί στην οικονομική αξία του αντιγράφου αυτού, εμπίπτει στην έννοια της «πώλησης» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653. Οι λόγοι που με οδήγησαν στο συμπέρασμα αυτό αναλύονται στη συνέχεια.

84. Όσον αφορά το γράμμα του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653, η διάταξη αυτή δεν περιλαμβάνει καμία ένδειξη ως προς τον τρόπο ερμηνείας της έννοιας της «πώλησης». Όσον αφορά τα επιχειρήματα της Computer Associates, οι όροι που χρησιμοποιούνται στις διάφορες γλωσσικές αποδόσεις του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 δεν φαίνεται να υποδεικνύουν ότι η «πώληση» πρέπει κατ' ανάγκην να ερμηνευτεί με συγκεκριμένο τρόπο<sup>96</sup>.

85. Ωστόσο, διαπιστώνω ότι η χρήση του όρου «πώληση» στη διάταξη αυτή, χωρίς καμία επιφύλαξη, καθιστά δυνατή μια ερμηνεία που καλύπτει όλες τις πράξεις που συνεπάγονται τη μεταβίβαση της κυριότητας των εμπορευμάτων. Συναφώς, όπως αναφέρεται στα σημεία 46 έως 50 των παρουσών προτάσεων, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει στην απόφαση UsedSoft μια ευρεία ερμηνεία του όρου «πώληση» η οποία περιλαμβάνει όλες τις μορφές εμπορίας προϊόντων οι οποίες χαρακτηρίζονται από τη χορήγηση δικαιώματος χρήσης ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή για αόριστο χρόνο έναντι της καταβολής τιμήματος που αντιστοιχεί στην οικονομική αξία του αντιγράφου αυτού. Δεν βλέπω κανέναν λόγο για τον οποίο η προσέγγιση του Δικαστηρίου να μην εφαρμοστεί στην υπό κρίση υπόθεση. Πράγματι, φρονώ ότι το περιεχόμενο και οι σκοποί της οδηγίας 86/653 επιτάσσουν την ευρεία ερμηνεία της έννοιας «πώληση» προς αυτήν την κατεύθυνση.

86. Όσον αφορά το πλαίσιο της οδηγίας 86/653, πρέπει να σημειωθεί ότι η ερμηνεία αυτή συνάδει με τα κύρια καθήκοντα ενός εμπορικού αντιπροσώπου τα οποία –όπως αναφέρεται στο σημείο 64 των παρουσών προτάσεων και προκύπτει από τα άρθρα 3, 4 και 17 της οδηγίας– συνίστανται στην εύρεση νέων πελατών και στη διεύρυνση των συναλλαγών με τους υφιστάμενους πελάτες. Τούτο αποδεικνύεται από τη συμφωνία στην υπό κρίση υπόθεση, στην οποία μνημονεύεται η «πώληση» του λογισμικού όσον αφορά τα καθήκοντα που πρέπει να ασκεί η Software Incubator όπως αναφέρθηκε ανωτέρω (βλ. σημείο 66 των παρουσών προτάσεων).

87. Η ερμηνεία αυτή συνάδει επίσης με τους σκοπούς της οδηγίας 86/653. Ειδικότερα, υπό το πρίσμα της απόφασης UsedSoft, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι μια ευρεία ερμηνεία της «πώλησης» στο άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653 συνάδει με τον σκοπό που επιδιώκεται από την οδηγία αυτή, ο οποίος συνίσταται στην προστασία των εμπορικών αντιπροσώπων στις σχέσεις τους με τους αντιπροσωπευόμενους (βλ. σημείο 43 των παρουσών προτάσεων). Οποιαδήποτε άλλη λύση θα υπονόμει τον σκοπό αυτόν παρέχοντας στον αντιπροσωπευόμενο τη δυνατότητα να παρακάμψει τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της οδηγίας 86/653 απλώς χαρακτηρίζοντας

<sup>96</sup> Βλ. υποσημείωση 15 των παρουσών προτάσεων.

τη συμφωνία με τον πελάτη του ως «άδεια χρήσης» και όχι ως «πώληση». Επιπλέον, ενδέχεται να στερούσε από μεγάλο αριθμό εμπορικών αντιπροσώπων την προστασία που παρέχεται από την οδηγία 86/653 δεδομένου ότι το λογισμικό ηλεκτρονικού υπολογιστή διατίθεται γενικώς στο εμπόριο μέσω αδειών χρήσης.

88. Πρέπει να προστεθεί ότι, μολονότι ελάχιστες κατευθυντήριες γραμμές ως προς την ερμηνεία της «πώλησης» μπορούν να συναχθούν από το ιστορικό θέσπισης του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653, λαμβανομένου υπόψη του εμπορικού πλαισίου της χρονικής περιόδου εκείνης (βλ. σημεία 58 έως 63 των παρουσών προτάσεων), η έννοια της «πώλησης» στη διάταξη αυτή αποσκοπούσε στην κάλυψη των κύριων δραστηριοτήτων των εμπορικών αντιπροσώπων και όχι στο να εμποδίσει την εφαρμογή της οδηγίας 86/653 σε μελλοντικές τεχνολογικές εξελίξεις που ασκούν επιρροή στις εν λόγω δραστηριότητες.

89. Συνεπώς, καταλήγω στο συμπέρασμα ότι η παροχή ενός αντιγράφου λογισμικού ηλεκτρονικού υπολογιστή, όπως το επίμαχο, σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου δυνάμει διαρκούς άδειας χρήσης, η οποία παρέχει στον πελάτη το δικαίωμα να χρησιμοποιεί αντίγραφο του λογισμικού για αόριστο χρόνο έναντι της καταβολής τιμήματος που αντιστοιχεί στην οικονομική αξία του αντιγράφου, εμπίπτει στην έννοια της «πώλησης» κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.

## VII. Πρόταση

90. Υπό το πρίσμα των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Supreme Court of the United Kingdom (Ανώτατο Δικαστήριο του Ηνωμένου Βασιλείου) ως εξής:

- «1) Ένα αντίγραφο λογισμικού υπολογιστή, όπως το επίμαχο στην υπόθεση της κύριας δίκης, το οποίο παρέχεται σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου ηλεκτρονικά και όχι με υλικό μέσο, αποτελεί “εμπόρευμα” κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Δεκεμβρίου 1986, για το συντονισμό των δικαίων των κρατών μελών όσον αφορά τους εμπορικούς αντιπροσώπους (ανεξάρτητους επαγγελματίες).
- 2) Η παροχή λογισμικού υπολογιστή σε πελάτες του αντιπροσωπευόμενου μέσω της χορήγησης διαρκούς άδειας χρήσης, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, ενός αντιγράφου του λογισμικού η οποία ισχύει για αόριστο χρονικό διάστημα, έναντι της καταβολής τιμήματος που αντιστοιχεί στην οικονομική αξία του αντιγράφου, αποτελεί “πώληση” κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 86/653.»