



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

EVGENI TANCHEV

17 päivänä joulukuuta 2020¹

Asia C-410/19

The Software Incubator Ltd

vastaan

Computer Associates UK Ltd

(Ennakkoratkaisupyyntö – Supreme Court of the United Kingdom (ylin tuomioistuin, Yhdistynyt kuningaskunta))

Ennakkoratkaisupyyntö – Itsenäiset kauppaedustajat – Direktiivi 86/653/ETY –
1 artiklan 2 kohta – Kauppaedustajan määritelmä – Myynnin ja tavarankäsitteet –
Tietokoneohjelmiston kappaleen toimittaminen päämiehen asiakkaalle sähköisesti liittämällä
siihen ohjelmiston ainaislisenssi

I Johdanto

1. Tämä Supreme Court of the United Kingdomin (ylin tuomioistuin, Yhdistynyt kuningaskunta) esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee jäsenvaltioiden itsenäisiä kauppaedustajia koskevan lainsäädännön yhteensovittamisesta 18.12.1986 annetun neuvoston direktiivin 86/653/ETY² 1 artiklan 2 kohdan tulkintaa.
2. Direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan mukaan kauppaedustajalla tarkoitetaan itsenäistä välittäjää, jonka toimintaan kuuluu erityisesti neuvotella tavaroiden myynnistä ja ostosta toisen henkilön eli päämiehensä puolesta. Pääkysymys käsiteltävänä olevassa asiassa koskee sitä, onko tietokoneohjelmiston kappaleen toimittaminen päämiehen asiakkaalle sähköisesti liittämällä siihen ohjelmiston ainaislisenssi kyseisessä säännöksessä tarkoitettua tavaroiden myyntiä.
3. Näin ollen unionin tuomioistuimella on tässä asiassa ensimmäisen kerran tilaisuus antaa ratkaisu direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen käsitteiden ”myynti” ja ”tavarat” tulkinnasta. Se on tarpeen pääasian oikeudenkäynnissä sen määrittämiseksi, sovelletaanko direktiiviä 86/653 edustajaan, jonka tehtävänä on mainostaa kyseistä tietokoneohjelmistoa, jotta kyseiseen direktiiviin perustuva korvausvaatimus voisi menestyä.

¹ Alkuperäinen kieli: englanti.

² EUVL 1986, L 382, s. 17.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

4. Direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä ’kauppaedustajalla’ tarkoitetaan itsenäistä välittäjää, jolla on pysyvä valtuutus neuvotella tavaroiden myynnistä ja ostosta toisen henkilön puolesta, jäljempänä ’päämies’, tai neuvotella ja tehdä sopimuksia tällaisista liiketoimista päämiehen nimissä ja lukuun.”

B Yhdistyneen kuningaskunnan oikeus

5. Yhdistynyt kuningaskunta on pannut direktiivin 86/653 täytäntöön kauppaedustajia koskevan neuvoston direktiivin täytäntöönpanosta annetulla vuoden 1993 asetuksella (Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993) (Statutory Instruments 1993/3053), sellaisena kuin se on muutettuna (jäljempänä asetus).³ Asetuksen 2 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Tässä asetuksessa tarkoitetaan

’kauppaedustajalla’ itsenäistä välittäjää, jolla on pysyvä valtuutus neuvotella tavaroiden myynnistä ja ostosta toisen henkilön (päämiehen) puolesta tai neuvotella ja tehdä sopimuksia tavaroiden myynnistä ja ostosta päämiehen nimissä ja lukuun; – –”

III Tosiseikat, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymykset

6. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan Computer Associates UK Ltd (jäljempänä Computer Associates) on yritys, joka markkinoi sovellusten julkaisun automaatio-ohjelmistona (application release automation software) tunnettua tietokoneohjelmistoa (jäljempänä ohjelmisto). Ohjelmisto on monimutkainen ja kallis, eikä sitä ole räätälöity eli mukautettu kunkin asiakkaan yksilölliseen käyttöön. Ohjelmiston tarkoituksena on koordinoida ja toteuttaa automaattisesti muiden ohjelmistosovellusten ja niiden päivitysten käyttöönotto erilaisissa toimintaympäristöissä suurissa organisaatioissa, kuten pankeissa ja vakuutuslaitoksissa, jotta taustalla olevat sovellukset integroidaan täysin ohjelmiston käyttöympäristöön.

7. The Software Incubator Ltd (jäljempänä The Software Incubator) on Scott Daintyn omistama yritys.

8. Computer Associates ja The Software Incubator tekivät 25.3.2013 kirjallisen sopimuksen (jäljempänä sopimus).

9. Sopimuksen 2.1 lausekkeessa The Software Incubator Scott Daintyn välityksellä sopi toimivansa Computer Associatesin puolesta ja lähestyvänsä mahdollisia asiakkaita Irlannissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa ”tarkoituksenaan mainostaa, markkinoida ja myydä tuotetta”.

³ Pohjois-Irlantia koskee oma lainsäädäntönsä ((neuvoston direktiivin täytäntöön panemiseksi annettu) kauppaedustajia koskeva Pohjois-Irlannin asetus, 1993 (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483)), joka ei liity tähän oikeudenkäyntiin.

Tuotteella tarkoitettiin ohjelmistoa, kuten sopimuksen ensimmäisessä perustelukappaleessa todetaan. Computer Associates oli siis sopimuksen kannalta päämies, ja The Software Incubator oli edustaja.

10. Kuten ennakkoratkaisupyyntöissä ilmoitetaan, pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevan ohjelmiston toimittaminen tapahtui pääpiirteissään seuraavasti: Ensinnäkin Computer Associates toimitti ohjelmiston asiakkailleen sähköisesti lähettämällä sähköpostitse linkin verkkoportaaliin, josta asiakkaat latasivat ohjelmiston. Vaikka ohjelmisto oli mahdollista toimittaa aineellisella tietovälineellä, käytännössä niin ei tehty.

11. Lisäksi sopimuksen 4.1 lausekkeessa määrättiin, että Computer Associatesilla on yksinoikeus määrittää asiakkaille myönnettävään lisenssiin liittyvät ehdot, ja 6.1 lausekkeen mukaan Computer Associates laskuttaisi ja perisi asiakkailta kaikki maksut, jotka liittyvät ohjelmiston käyttöön. The Software Incubatorin valtuutus edustajana koski Computer Associatesin asiakkailleen myöntämien ohjelmiston käyttölisenssien markkinointia. The Software Incubatorilla ei ollut valtuutusta siirtää ohjelmiston omistusoikeutta tai vastaavaa oikeutta.

12. Computer Associatesin ja sen asiakkaiden välisissä sopimuksissa⁴ määrättiin tältä osin, että asiakkaalle annetaan ohjelmiston käyttölisenssi, joka useimmissa tapauksissa oli ainaislisenssi eli se oli voimassa ennalta määräämättömän ajan. Lisenssillä asiakas sai muun muassa asentaa ohjelmiston ja ottaa sen käyttöön määritetyllä alueella siten, että ohjelmiston loppukäyttäjää on enintään sallittu määrä, ja antaa ohjelmiston käyttöoikeuden valtuutetuille loppukäyttäjille. Lisenssin voimassaolo riippui myös siitä, että asiakas noudattaa sopimusvelvoitteita. Niiden mukaisesti asiakas ei anna käyttöoikeutta ohjelmiston osaan, jota asiakasta ei ole valtuutettu käyttämään, eikä käytä sellaista ohjelmiston osaa, ei teetä eikä salli ohjelmiston takaisinmallinnusta, ei muunna ohjelmistoa eikä vuokraa, luovuta, siirrä tai alilisensoi ohjelmistoa. Computer Associates ja sen liitännäisyhtiöt pidättävät itsellään ohjelmistoa koskevat kaikki omistus-, tekijänoikeus- patenti-, tavaramerkki- ja muut oikeudet, liikesalaisuudet ja kaikki muut varallisuusoikeudelliset edut. Kumpikin sopimuspuoli voi irtisanoa sopimuksen, jos toinen sopimuspuoli rikkoo sopimusta olennaisella tavalla tai jos toisesta sopimuspuolesta tulee maksukyvytön, ja siinä tapauksessa lisenssi peruutetaan ja asiakkaan on palautettava kaikki ohjelmiston kappaleet tai hävitettävä ne.

13. Computer Associates irtisanoi sopimuksen Software Incubatorin kanssa 9.10.2013 päivätyllä kirjeellä.

14. The Software Incubator nosti Computer Associatesia vastaan High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Divisionissa (Englannin ja Walesin alioikeus, Queen's Bench -osasto, Yhdistynyt kuningaskunta) kanteen, jossa se vaati erityisesti korvausta direktiivin 86/653 17 artiklan täytäntöönpanemiseksi annetun asetuksen säännösten nojalla. Computer Associates kielsi vastuunsa muun muassa sillä perusteella, että asetusta ei sovelleta, koska The Software Incubatorin markkinoiman ohjelmiston toimittaminen ei ollut direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan täytäntöönpanemiseksi annettuun asetuksen 2 §:n 1 momenttiin sisältyvässä kauppaedustajan määritelmässä tarkoitettua tavaroiden myyntiä.

⁴ Kuten ennakkoratkaisupyyntöissä ilmoitetaan, ohjelmiston käyttölisenssin myönsi Computer Associatesin ja asiakkaan välisen sopimuksen nojalla liitännäisyhtiö CA Europe SARL. Lisenssin ehdot määritettiin uusien asiakkaiden osalta perussopimuksen nojalla ohjelmistoa koskevassa alisopimuksessa ja vanhojen asiakkaiden osalta pääsopimuksessa, ja aineellisesti ehdot olivat samat. Computer Associatesin huomautuksiin liitettyjen sopimusten mukaan asiakkaan oli yleensä maksettava ohjelmistoa koskeva maksu 30 päivän kuluessa Computer Associatesin laskun vastaanottamisesta. Lisäksi asiakkaat täyttivät ohjelmiston hankintaa koskevan tilauslomakkeen.

15. High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division katsoi 1.7.2016 antamassaan tuomiossa,⁵ että tietokoneohjelmiston kappaleen toimittaminen sähköisesti liittämällä siihen ohjelmiston ainaislisenssi on tavaroiden myyntiä, ja määräsi asetuksen nojalla The Software Incubatorille maksettavaksi muun muassa korvausta 475 000 Englannin puntaa (GBP; noin 531 100 euroa). Kyseisen tuomioistuimen mukaan käsite ”tavaroiden myynti” olisi asetuksen soveltamiseksi määriteltävä itsenäisesti, minkä takia ohjelmistoa on mahdollista pitää ”tavarana”, vaikka se ei olekaan aineellinen esine, ja ohjelmiston toimittamista ”myyntinä”, vaikka immateriaalioikeuksia ei tavallisesti siirrettykään ehdottomasti.

16. Computer Associates valitti tuomiosta Court of Appealiin (England & Wales) (Civil Division) (Englannin ja Walesin ylioikeus (siviiliasioiden osasto)).

17. Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) katsoi 19.3.2018 antamassaan tuomiossa,⁶ että sähköisesti eikä aineellisella tietovälineellä toimitettu ohjelmisto ei ole asetuksen 2 §:n 1 momentissa tarkoitettu tavara. Mainitun tuomioistuimen mukaan oikeuskäytäntö edellyttää tällaista toteamusta huolimatta epäilyksistä, että tällainen lähestymistapa saattaa vaikuttaa teknologisen edistyksen kannalta vanhentuneelta. Siksi kyseinen tuomioistuin ei tarkastellut sitä, voitiinko ohjelmistolisenssien myöntämistä Computer Associatesin asiakkaille pitää kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna myyntinä. Tämän perusteella kyseinen tuomioistuin päätteli, että The Software Incubator ei ollut asetuksessa tarkoitettu kauppaedustaja, ja hylkäsi sen asetukseen perustuvan korvauskanteen.

18. Supreme Court of the United Kingdom myönsi 28.3.2019 antamallaan päätöksellä The Software Incubatorille luvan valittaa Court of Appealin (England & Wales) (Civil Division) päätöksestä.

19. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin totesi, ettei ole selvää, voidaanko pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevaan tilanteeseen soveltaa direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohtaan sisältyvää kauppaedustajan määritelmää, joka on rajattu ”tavaroiden myyntiin”.

20. Tässä tilanteessa Supreme Court of the United Kingdom päätti lykätä pääasian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Kun ohjelmiston kappale toimitetaan päämiehen asiakkaille sähköisesti eikä millään fyysisellä välineellä, onko kyseessä *'tavara'* siinä merkityksessä kuin tätä termiä käytetään kauppaedustajan määritelmässä [direktiivin 86/653] 1 artiklan 2 kohdassa?
- 2) Kun tietokoneohjelmisto toimitetaan päämiehen asiakkaille siten, että tietokoneohjelmiston käyttöön myönnetään ainaislisenssi, onko kyseessä *'tavaroiden myynti'* siinä merkityksessä kuin tätä termiä käytetään kauppaedustajan määritelmässä direktiivin [86/653] 1 artiklan 2 kohdassa?”

⁵ The Software Incubator Ltd v. Computer Associates UK Ltd [2016] EWHC 1587 (QB), 35–69 kohta.

⁶ Computer Associates Ltd v. The Software Incubator Ltd [2018] EWCA Civ 518, 13 ja 17–69 kohta.

IV Menettely unionin tuomioistuimessa

21. The Software Incubator, Computer Associates, Saksan hallitus ja Euroopan komissio ovat esittäneet unionin tuomioistuimelle kirjallisia huomautuksia. The Software Incubator, Computer Associates ja Euroopan komissio ovat myös vastanneet kysymyksiin, joita unionin tuomioistuin on niille esittänyt työjärjestyksensä 62 artiklan 1 kohdan nojalla.

22. Yhdistynyt kuningaskunta erosi Euroopan unionista 31.1.2020 tämän asian ollessa vireillä unionin tuomioistuimessa. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneen kuningaskunnan eroamisesta Euroopan unionista ja Euroopan atomienergiayhteisöstä tehdyn sopimuksen⁷ 86 artiklan 2 kohdan mukaisesti Euroopan unionin tuomioistuimella säilyy toimivalta antaa ennakkoratkaisuja asioissa, joissa Yhdistyneen kuningaskunnan tuomioistuimen ennakkoratkaisupyyntö on jätetty ennen siirtymäkauden päättymistä. Siirtymäkausi päättyi sopimuksen 126 artiklan mukaisesti 31.12.2020. Lisäksi tuomiot, jotka unionin tuomioistuin antaa ennen siirtymäkauden päättymistä tai myöhempänä ajankohtana, sitovat kaikilta osiltaan Yhdistynyttä kuningaskuntaa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa kyseisen sopimuksen 89 artiklan 1 kohdan mukaisesti.

23. Koska tämä ennakkoratkaisupyyntö tehtiin 28.5.2019, unionin tuomioistuimella on toimivalta ratkaista pyyntö ja unionin tuomioistuimen tässä oikeudenkäynnissä antama tuomio sitoo Supreme Court of the United Kingdomia.

V Tiivistelmä asianosaisten lausumista

24. The Software Incubator katsoo, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava myöntävästi. Sen näkemyksen mukaan tavaroiden käsite direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa kattaa myös ohjelmistot siitä riippumatta, toimitetaanko ne aineellisella tietovälineellä vai aineettomasti. Se väittää, ettei kyseisen säännöksen sanamuodossa tehdä eroa aineellisten ja aineettomien tavaroiden välillä ja että säännöksen syntyhistoria huomioon ottaen unionin lainsäätäjän tarkoituksena on ollut sulkea direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle ainoastaan palvelut, ei aineettomia tavaroita.

25. The Software Incubator väittää, että tavaroiden käsitteestä muilla unionin oikeuden aloilla ei ole paljon apua, koska käsitteen tulkinta riippuu kyseessä olevan unionin oikeuden säännösten asiayhteydestä ja tavoitteista. Se huomauttaa kuitenkin, että tietokoneohjelmistoja kohdellaan tavaroina esimerkiksi tavaramerkkejä⁸ ja lääkinällisiä laitteita⁹ koskevissa unionin toimitissa ja että ohjelmistot sisältyvät tavaroiden määritelmään tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä,¹⁰ samoin kuin sähkö. Sen mielestä on merkityksetöntä, että kuluttajia koskevissa äskettäisissä unionin toimitissa, kuten direktiivissä

⁷ EUVL 2020, L 29, s. 7. Kyseisen sopimuksen 86 artiklan 3 kohdan mukaisesti ennakkoratkaisupyyntö katsotaan tehdyksi, kun unionin tuomioistuimen kirjaamo on rekisteröinyt menettelyn vireille panevan asiakirjan. Käsiteltävässä asiassa Yhdistyneen kuningaskunnan Supreme Courtin ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin unionin tuomioistuimen kirjaamossa 28.5.2019.

⁸ The Software Incubator viittaa erityisesti tavaroiden ja palvelujen kansainvälistä luokitusta tavaramerkkien rekisteröimistä varten koskevaan, Nizzan diplomaattikonferenssissa 15.6.1957 tehtyyn Nizzan sopimukseen, sellaisena kuin se on viimeksi tarkistettuna Genevessä 13.5.1977 ja muutettuna 28.9.1979 (Yhdistyneiden Kansakuntien sopimuskokoelma, nide 1154, nro I 18200, s. 89).

⁹ The Software Incubator viittaa erityisesti tuomioon 22.11.2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742).

¹⁰ The Software Incubator viittaa erityisesti tuomioon 10.12.1968, Euroopan yhteisöjen komissio v. Italian tasavalta (7/68, EU:C:1968:51); tuomioon 21.10.1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515) ja tuomioon 26.10.2006, Euroopan yhteisöjen komissio v. Helleenien tasavalta (C-65/05, EU:C:2006:673).

2011/83¹¹ ja direktiivissä 2019/770¹² tehdään ero tavaroiden myyntiä koskevien sopimusten ja digitaalisen sisällön, kuten tietokoneohjelmiston, toimittamista koskevien sopimusten välillä, sillä se vastaa kyseisten direktiivien erityistavoitteita, ja direktiivissä 2019/770 taataan joka tapauksessa sama kuluttajansuoja siitä riippumatta, toimitetaanko digitaalinen sisältö aineellisella vai aineettomalla välineellä.

26. The Software Incubator väittää, että sen kanta vastaa direktiivin 86/653 tavoitteita, koska kauppaedustaja, joka myy sähköisesti toimitettavia tietokoneohjelmistoja, tarvitsee samaa suojelua kuin kauppaedustaja, joka myy niitä aineellisella välineellä, ja sisällöllisesti kyseessä ovat samat ”kaupan – alalla toimivat välittäjät”, joihin viitataan direktiivin 86/653 ensimmäisessä perustelukappaleessa. Tietokoneohjelmisto saadaan toimimaan ainoastaan aineellisessa ympäristössä eli lataamalla se tietokonelaitteistoon, joten The Software Incubatorin näkemyksen mukaan on keinotekoisista luokitella se tavaraksi, jos se toimitetaan levyllä, mutta ei, jos se toimitetaan lataamalla. Tällainen erottelu johtaisi myös kilpailun vääristymiseen sisämarkkinoilla, koska päämies voisi välttää direktiivin 86/653 mukaisia velvoitteitaan toimittamalla tuotteensa sähköisessä muodossa. The Software Incubator vaatii myös, että direktiivin 86/653 sovellettavuus ei saisi riippua siitä, mitä päämies päättää tehdä sen jälkeen, kun kauppaedustaja on hoitanut tehtävänsä, koska kauppaedustajan tehtävänä on neuvotella liiketoimista eikä tietokoneohjelmiston toimitustapaa välttämättä määritetä neuvotteluvaiheessa.

27. The Software Incubator esittää, että myös toiseen kysymykseen on vastattava myöntävästi, koska direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu tavaroiden myynti kattaa myös tietokoneohjelmistojen toimittamisen ainaislisenssillä. Se väittää, että kun kyseistä säännöstä tulkittiin 10.2.2004 määräyksessä Mavrona,¹³ painopisteessä oli kauppaedustajan ja päämiehen sopimussuhteen sisältö, edustajan harjoittama toiminta ja edustajan edut ja suojelun tarve, jotka kaikki ovat samoja siitä riippumatta, toimitetaanko ohjelmisto aineellisella vai aineettomalla välineellä kauppasopimuksen tai ainaislisenssin perusteella. Se korostaa, ettei ohjelmistoon liittyvien immateriaalioikeuksien käyttöä koskevilla rajoituksilla ole merkitystä, koska ne eivät poikkea sisällöllisesti rajoituksista, joita kauppasopimusten perusteella myytävien tuotteiden immateriaalioikeuksien haltijat asettavat. The Software Incubator väittää lisäksi, että sen kantaa tukee 3.7.2012 annettu tuomio UsedSoft,¹⁴ jossa unionin tuomioistuin katsoi, että tietokoneohjelmiston toimittaminen ainaislisenssillä oli ”myyntiä”. Kyseessä oli samankaltainen tilanne kuin tässä asiassa: asiakas maksoi Computer Associatesille maksun ja sai ohjelmiston, jota kyseinen asiakas voi käyttää rajoittamattoman ajan ja maksamatta uutta maksua mutta jonka käyttöön liittyi immateriaalioikeuksista johtuvia rajoituksia.

28. Computer Associates esittää, että ensimmäiseen kysymykseen on vastattava kieltävästi, koska sähköisesti toimitettu tietokoneohjelmisto ei ole direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu tavara. Sen näkemyksen mukaan kyseisen säännöksen ”tavaroiden” käsitteen tavanomainen merkitys koskee ainoastaan aineellisia ja irtaimia esineitä, kuten muut kieliversiot

¹¹ Kuluttajan oikeuksista, neuvoston direktiivin 93/13/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 1999/44/EY muuttamisesta sekä neuvoston direktiivin 85/577/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 97/7/EY kumoamisesta 25.10.2011 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/83/EU (EUVL 2011, L 304, s. 64).

¹² Tietyistä digitaalisen sisällön ja digitaalisten palvelujen toimittamista koskeviin sopimuksiin liittyvistä seikoista 20.5.2019 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/770 (EUVL 2019, L 136, s. 1). Jäsenvaltioiden on kyseisen direktiivin 24 artiklan mukaisesti annettava direktiivin noudattamisen edellyttämät säännökset viimeistään 1.7.2021 ja sovellettava näitä säännöksiä 1.1.2022 alkaen.

¹³ (C-85/03, EU:C:2004:83).

¹⁴ (C-128/11, EU:C:2012:407; jäljempänä tuomio UsedSoft).

osoittavat,¹⁵ eikä säännöstä siten sovelleta aineettomiin esineihin, kuten aineettomalla välineellä toimitettuun ohjelmistoon. Se väittää, että ajankohtana, jona direktiivi 86/653 annettiin, internetiä, tietokoneohjelmistoja ja latauksia ei ollut olemassa niiden nykymuodossa, joten käsitteen ”tavarat” ei olisi voitu ymmärtää koskevan aineettomia esineitä, eikä tilanne ole siitä muuttunut. Se väittää myös direktiivin 86/653 syntyhistoriasta, että unionin lainsäätäjät on tarkoituksella rajannut direktiivin soveltamisalan ”tavaroihin”, sen sijaan että olisi tартunut mahdollisuuteen soveltaa sitä laajempaan edustajien ryhmään käyttämällä sanaa ”tuotteet”.

29. Computer Associates väittää, että direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan vaikutus ja sijainti tukevat sen kantaa kontekstuaalisesti, koska kyseessä on keskeinen säännös, jolla rajataan direktiivin soveltamisala. Se huomauttaa 10.2.2004 annetun määräyksen Mavrona¹⁶ perusteella, että unionin tuomioistuin antaa oikeusvaikutuksen direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa käytetylle sanamuodolle ja että vaikka on toivottavaa jatkaa lainsäädännön yhdenmukaistamista, sitä ei voida tehdä tuomioistuinratkaisulla. Se väittää, että muilla unionin oikeuden aloilla, tavaroiden vapaa liikkuvuus,¹⁷ tullit¹⁸ ja arvonlisävero¹⁹ mukaan luettuina, tavaroiden käsite koskee vain aineellisia esineitä ja että tavaroiden käsitteen merkitys direktiivissä 86/653 ja kansainvälinen luokitus tavaramerkkien rekisteröimistä varten eivät välttämättä liity millään lailla toisiinsa. Se korostaa myös, että kuluttajia koskevat äskettäiset unionin toimet, myös direktiivi 2011/83 ja direktiivi 2019/770 sekä direktiivi 2019/771,²⁰ ovat merkityksellisiä erityisesti, koska ne osoittavat, että kun unionin lainsäätäjät tarkoittaa, että unionin tointa on sovellettava myös ilman aineellista välinettä toimitettavaan tietokoneohjelmistoon, jollaisesta nyt on kyse, lainsäätäjät ilmoittaa siitä nimenomaisesti sen sijaan, että käytettäisiin termiä ”tavarat”.

30. Computer Associatesin mukaan sen kanta vastaa direktiivin 86/653 tavoitteita, koska direktiivillä pyritään luomaan sisämarkkinoille ominaiset edellytykset tavarakaupalle, kuten sen toisesta perustelukappaleesta käy ilmi, ja direktiivin 1 ja 2 artiklan nojalla yhdenmukaistamistavoite rajataan väistämättä tavaroiden kauppaan. Se korostaa, että erottelu, jonka mukaan aineellisella välineellä toimitettu tietokoneohjelmisto on direktiivissä 86/653 tarkoitettu tavara, kun taas aineettomalla välineellä toimitettu ohjelmiston kappale ei sitä ole, ei ole keinotekoinen, koska se seuraa direktiivin soveltamisalasta ja kuvastaa tavaroiden ja digitaalisen sisällön eroja, kuten direktiivit 2011/83, 2019/770 ja 2019/771 osoittavat.

31. Computer Associates esittää, että jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi, toista kysymystä ei ole tarpeen käsitellä, ja vaihtoehtoisesti, että tavaroiden myynnin käsite ei käsitä ohjelmiston käyttölisenssin myöntämistä. Se väittää, että direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan sanojen ”tavaroiden myynnistä tai ostosta” tavanomainen merkitys sisältää tavaroiden omistusoikeuden siirtämisen myyjältä ostajalle, mikä on ilmeistä muiden kieliversioiden²¹

¹⁵ Computer Associates viittaa tässä yhteydessä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan tanskan (”salg eller køb af varer”), hollannin (”de verkoop of de aankoop van goederen”), ranskan (”la vente ou l’achat de marchandises”), saksan (”den Verkauf oder den Ankauf von Waren”), kreikan (”εμπορευμάτων”), italian (”la vendita o l’acquisto di merci”), portugalín (”a venda ou a compra de mercadorias”) ja espanjan (”la venta o la compra de mercancías”) kieliversioihin.

¹⁶ (C-85/03, EU:C:2004:83).

¹⁷ Computer Associates viittaa erityisesti 30.4.1974 annettuun tuomioon Sacchi (155/73, EU:C:1974:40) ja 21.10.1999 annettuun tuomioon Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515).

¹⁸ Computer Associates viittaa tältä osin tuomioon 18.4.1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153).

¹⁹ Computer Associates viittaa erityisesti 27.10.2005 annettuun tuomioon Levob Verzekeringen ja OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649) ja 5.3.2015 annettuun tuomioon Euroopan komissio v. Luxemburgin suurherttuakunta (C-502/13, EU:C:2015:143).

²⁰ Tietyistä tavarakauppaa koskeviin sopimuksiin liittyvistä seikoista, asetuksen (EU) 2017/2394 ja direktiivin 2009/22/EY muuttamisesta sekä direktiivin 1999/44/EY kumoamisesta 20.5.2019 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/771 (EUVL 2019, L 136, s. 28). Jäsenvaltioiden on kyseisen direktiivin 24 artiklan mukaisesti annettava direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset viimeistään 1.7.2021 ja sovellettava näitä säännöksiä 1.1.2022 alkaen.

²¹ Computer Associates viittaa tässä yhteydessä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan kieliversioihin, jotka on esitetty tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 15.

perusteella. Sen näkemyksen mukaan ainaislisenssin myöntäminen ei tämän asian olosuhteissa kuitenkaan käsitä ohjelmiston omistusoikeuden siirtämistä. Computer Associatesin ja sen asiakkaiden välisissä sopimuksissa tällainen siirto suljettiin tosiasiaa pois, koska ohjelmiston omistusoikeus säilyi Computer Associatesilla ja sen liitännäisyhtiöllä, eikä asiakkaille siirretty mitään muita ohjelmistoa koskevia varallisuus oikeuksia. Lisenssi ei siten ole tavaroiden myyntiä sen perinteisessä merkityksessä vaan väliaikainen lupa käyttää ohjelmistoa, ja lupa voidaan lakkauttaa, jos sopimusehtoja rikotaan tai asiakkaasta tulee maksukyvytön. Computer Associates väittää myös, että tuomio UsedSoft²² on irrelevantti siinä kyseessä olevan unionin lainsäädännön erityisen sanamuodon ja asiayhteyden takia, mikä vahvistetaan uudemmassa oikeuskäytännössä.²³ Joka tapauksessa kyseisessä tuomiossa todetaan, että myynti merkitsee omistusoikeuden luovuttamista, mikä sotii sitä tulkintaa vastaan, että käsitettä ”tavaroiden myynti” direktiivissä 86/653 voitaisiin soveltaa ohjelmiston käyttölisenssin myöntämiseen.

32. Saksan hallitus esittää, että kahteen ennakkoratkaisukysymykseen olisi vastattava siten, että kyseessä on direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu tavaroiden myynti, kun tietokoneohjelmiston kappale, johon on liitetty ainaislisenssi, toimitetaan päämiehen asiakkaalle ainoastaan sähköisesti eikä aineellisella tallennusvälineellä. Se huomauttaa, että saksan kieliversio direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdasta puhuu sitä vastaan, että direktiivin soveltamisala rajattaisiin aineellisiin objekteihin, koska substantiivin ”Ware” (tavarat) luontainen merkitys kattaa myös aineettomat esineet.

33. Saksan hallitus väittää, että unionin tuomioistuimen ei pitäisi tukeutua unionin primaarioikeudessa tehtyyn tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden erotteluun, koska direktiivin 86/653 kohteena on kauppaedustajien toimintaa koskevan lainsäädännön yhdenmukaistaminen, joten sen soveltamisala on tätä taustaa vasten määritettävä funktionaalisesti siten, että direktiiviä olisi tulkittava mahdollisimman suotuisasti kauppaedustajille. Se korostaa, että käsitteen ”tavaroiden myynti” suppea tulkinta direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa siten, että se kattaisi ainoastaan aineelliset tavarat, heikentäisi direktiivillä tavoiteltua kauppaedustajien suojelutavoitetta, koska Saksassa merkittävä osa kauppaedustajien perinteisestä toiminta-alasta jäisi vastedes direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

34. Saksan hallituksen mukaan tällainen suppea tulkinta johtaisi kohtuuttomiin tuloksiin, koska tällöin direktiivi 86/653 suojaisi kauppaedustajaa, jos tämä markkinoi aineellisessa muodossa olevaa tuotetta, mutta ei, jos tämä markkinoi samaa tuotetta digitaalisessa muodossa. Sitä kautta päämies voisi myös välttää direktiivin pakottavat säännökset valitsemalla järjestelyn, jossa liiketoimen kohde ei ole aineellinen esine. Saksan hallitus katsoo, että vaikka tietokoneohjelmiston markkinointia ei osattu ennakoida, kun direktiivi 86/653 laadittiin, unionin lainsäätäjän tarkoituksena ei ole ollut tehdä kauppaedustajien suojelusta sattumanvaraisesta teknologisesti kehityksestä riippuvaista.

35. Komissio esittää, että kahteen ennakkoratkaisukysymykseen olisi vastattava yhdessä siten, että direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohta koskee myös tilannetta, jossa tietokoneohjelmiston kappale toimitetaan päämiehen asiakkaalle ainoastaan sähköisesti eikä aineellisella tallennusvälineellä. Se vahvistaa, että direktiivissä 86/653 ”tavaroiden myynti” on unionin oikeuden itsenäinen käsite, jota olisi tulkittava dynaamisesti ottamalla huomioon teknologinen kehitys. Se ehdottaa myös, että kysymyksiä käsiteltäisiin päinvastaisessa järjestyksessä.

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

²³ Computer Associates viittaa tässä yhteydessä tuomioon 19.12.2019, Nederlands Uitgeversverbond ja Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

36. Komissio väittää, että tuomio UsedSoft²⁴ tukee toteamusta, jonka mukaan ainaislisenssin antaminen ohjelmiston käyttöön on direktiivissä 86/653 tarkoitettu myynti. Samoin kuin kyseisessä tuomiossa, tässä asiassa asiakas on hankkinut maksua vastaan pysyvän oikeuden käyttää ohjelmistoa, eikä liiketoimen luonteen kannalta ole merkitystä, annettiinko ohjelmisto käyttöön lataamalla vai aineellisella välineellä, mikä on toistettu myöhemmässä oikeuskäytännössä.²⁵

37. Komissio katsoo, että tavaroiden käsitteen suhteen oikeuskäytännöstä muilla unionin oikeuden aloilla ei voida vetää lopullisia johtopäätöksiä, koska tulkinta riippuu sovellettavasta lainsäädännöstä ja kulloisistakin olosuhteista. Sen näkemyksen mukaan aineettomana esineenä markkinoitu tietokoneohjelmisto on sensu lato direktiivissä 86/653 tarkoitettu tavara, eikä sitä ollut tarkoitus sulkea direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle silloin, kun direktiiviä päätöksentekoprosessin kuluessa muutettiin palveluiden sulkemiseksi soveltamisalan ulkopuolelle. Komissio korostaa, että unionin lainsäädäntö on kehittynyt eteenpäin perinteisestä aineellisen omaisuuden korostamisesta sekä tavaroiden ja palveluiden kahtiajaosta tietokoneohjelmistojen yhteydessä, mistä esimerkkinä ovat direktiivit 2011/83 ja 2019/770. Komission mukaan laaja lähestymistapa on linjassa direktiivin 86/653 kauppaedustajien suojelutavoitteen kanssa. Olisi tavoitteen vastaista, jos samalle päämiehelle samoin ehdoin työskentelevä sama kauppaedustaja menettäisi suojansa pelkästään teknisen kehityksen takia tai siksi, että asiakas toivoo tietokoneohjelmistonsa toimitettavan tietyllä tavalla. Komissio esittää myös, että analogisesti tuomion UsedSoft²⁶ kanssa direktiivin 86/653 tehokkuutta heikentäisi, jos päämies voisi välttää direktiivin mukaisia velvoitteitaan toimittamalla tuotteet sähköisesti, varsinkin kun tätä markkinointimuotoa käytetään tietokoneohjelmistojen yhteydessä laajamittaisesti.

VI Asian tarkastelu

38. Kahdessa kysymyksessään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuimien tiedustelelee pääasiallisesti unionin tuomioistuimelta ensimmäiseksi, onko tässä asiassa kyseessä olevan tietokoneohjelmiston kaltaista ohjelmistoa, joka toimitetaan päämiehen asiakkaalle sähköisesti eikä aineellisella välineellä, pidettävä ”tavarana”, ja toiseksi, onko tällaisen ohjelmiston toimittamista ainaislisenssillä, jolla asiakkaalle annetaan maksua vastaan oikeus käyttää ohjelmistoa rajoittamattoman ajan, pidettävä ”myyntinä” direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa annetun kauppaedustajan määritelmän soveltamiseksi.

39. Nämä kaksi kysymystä perustuvat siihen tosiseikkaan, että, kuten The Software Incubatorin, Computer Associatesin ja komission toimittamista huomautuksista käy ilmi, Yhdistyneen kuningaskunnan oikeudessa ja muualla tavaroiden käsite on perinteisesti rajattu aineellisiin ja irtaimiin esineisiin eli esineisiin, joita voi yleensä fyysisesti koskettaa ja liikuttaa, ja myynnin käsite on liitetty omistusoikeuden siirtämiseen, mikä edellyttää myytävän esineen hankintaa ja oikeutta disponoida siitä. Käsite risteää siis omaisuuden ja hallinnan lähikäsitteiden kanssa. Tietokoneohjelmiston käsite²⁷ asettaa nämä käsitteet kyseenalaisiksi, sillä se tarkoittaa yleensä

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

²⁵ Komissio viittaa tässä yhteydessä 19.12.2019 annettuun tuomioon Nederlands Uitgeversverbond ja Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

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

²⁷ Yleiskatsaus tietokoneohjelmiston oikeudellista luokittelua koskeviin lähestymistapoihin jäsenvaltioissa, Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja muilla lainkäyttöalueilla, ks. esim. Clark, R., ”The Legal Status of Software: Part 1”, *Commercial Law Practitioner*, vol. 23, 2016, s. 48–56, ja ”The Legal Status of Software: Part 2”, *Commercial Law Practitioner*, vol. 23, 2016, s. 78–86; von Bar, C. ja Clive, E. (toim.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, täydellinen laitos, vol. 2, Sellier, 2009, s. 1217–1218.

tietokoneohjelmia, joiden avulla tietokone voi toimia ja suorittaa tehtäviä.²⁸ Tämä pitää paikkansa erityisesti nykyisin, kun tietokoneohjelmistot toimitetaan tavallisesti lataamalla eikä niinkään aineellisella välineellä, kuten CD- tai DVD-levyllä, ja samalla toimitetaan sen käytön valvomiseksi lisenssi, useimmiten ainaislisenssi, samoin kuin käsiteltävänä olevassa asiassa. Näin ollen tietokoneohjelmiston oikeudellinen luokittelu on herättänyt EU:ssa ja muilla lainkäyttöalueilla huomattavasti keskustelua eri yhteyksissä,²⁹ muun muassa jäljempänä³⁰ käsiteltävien unionin kuluttajansuojatoimien yhteydessä.

40. Ei voida kieltää, että käsitteet ”myynti” ja ”tavarat” saatetaan tulkita kansallisessa oikeudessa ja unionin oikeudessa eri tavoin. Ne ovat keskeisiä käsitteitä erityisesti kansallisessa yksityisoikeudessa sekä unionin primaari- ja sekundaarioikeuden useilla aloilla. Nyt käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuinta kuitenkin pyydetään tulkitsemaan noita käsitteitä direktiivin 86/653 erityisessä asiayhteydessä ja varsinkin kyseisen direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun kauppaedustajan olennaisten ominaisuuksien kannalta.

41. Totean tältä osin, että unionin tuomioistuin ei ole vielä arvioinut käsiteltävässä asiassa esiin tulevia kysymyksiä.³¹ Kysymyksiin vastaamiseksi on tarpeen ensin esittää muutamia alustavia huomautuksia direktiivistä 86/653 ja kauppaedustajan määritelmästä sekä 3.7.2012 annetusta tuomiosta *UsedSoft*³² (A jakso). Sen jälkeen tarkastelen ensimmäisessä kysymyksessä esiin tuotua direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa olevan tavaroiden käsitteen tulkintaa (B jakso). Lopuksi käsittelen toisessa kysymyksessä tiedusteltua myynnin käsitteen tulkintaa kyseisessä säännöksessä (C jakso).³³

42. Asian tarkastelun perusteella päättelen, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaista tietokoneohjelmiston toimittamista sähköisesti ainaislisenssillä on pidettävä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna tavaroiden myyntinä ja että direktiiviä on siis sovellettava pääasian oikeudenkäynnissä kyseessä olevaan tilanteeseen.

²⁸ Ks. esim. Moon, K., ”The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?”, *European Intellectual Property Review*, vol. 31, 2009, s. 396–407; Saidov, D. ja Green, S., ”Software as goods”, *Journal of Business Law*, 2007, s. 161–181.

²⁹ Kannattaa panna merkitse esimerkiksi keskustelu käsitteen ”tuote” tarkistamisesta tuotevastuuta koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 25.7.1985 annetun neuvoston direktiivin 85/374/ETY (EYVL 1985 L 210, s. 29) 2 artiklassa uusien teknologioiden huomioon ottamiseksi; ks. tässä yhteydessä Euroopan komission kertomus tekoälyn, esineiden internetin ja robotiikan vaikutuksista turvallisuuteen ja vastuuvollisuuteen, COM(2020) 64 final, 19.2.2020, s. 13–14.

³⁰ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 70–72 kohta.

³¹ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 45 kohta.

³² (C-128/11, EU:C:2012:407).

³³ Vaikka päällekkäisyyttä ei voida täysin välttää, on minusta tältä osin näitä kahta kysymystä käsiteltävä erikseen, varsinkin kummastakin kysymyksestä esitettyjen eri argumenttien takia, eikä ole nähdäkseni mitään syytä poiketa järjestyksestä, jossa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kysymykset esittänyt.

A Alustavat huomautukset

1. Direktiivi 86/653 ja kauppaedustajan määritelmä

43. On muistettava, että direktiivi 86/653 on keskeinen kauppaedustusta EU:ssa sääntelevä säädös.³⁴ Kuten unionin tuomioistuin on todennut, direktiivin tavoitteita, jotka ilmenevät sen johdanto-osan toisesta ja kolmannelta perustelukappaleesta, ovat seuraavat: suojella kauppaedustajaa suhteessa tämän päämieheen, edistää kaupallisten liikesuhteiden varmuutta ja helpottaa jäsenvaltioiden välistä tavarakauppaa lähentämällä näiden kaupallista edustusta koskevaa oikeusjärjestystä.³⁵ Sitä varten direktiivillä 86/653 on luotu yhdenmukaiset säännöt, jotka koskevat kauppaedustajien ja näiden päämiesten oikeuksia ja velvollisuuksia, kauppaedustajien palkkioita sekä kauppaedustussopimusten tekemistä ja päättämistä, myös erityisesti luonteeltaan pakottavaa oikeutta hyvitykseen tai korvaukseen kauppaedustussopimuksen lakattua.³⁶

44. Direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohta on portti kyseisen direktiivin kauppaedustajille tarjoamaan suojeluun sikäli, että henkilön on täytettävä kyseisessä artiklassa asetetut kauppaedustajan määritelmän edellytykset päästäkseen direktiivin soveltamisalaan. Kuten unionin tuomioistuin on todennut, direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa asetetaan kolme välttämätöntä ja riittävää edellytystä sille, että henkilöä voidaan pitää kauppaedustajana: ensimmäiseksi henkilön on oltava itsenäinen välittäjä; toiseksi henkilöllä on oltava pysyvä sopimussuhde päämieheen; ja kolmanneksi henkilön on harjoitettava toimintaa, jossa neuvotellaan tavaroiden myynnistä ja ostosta päämiehen puolesta tai neuvotellaan ja tehdään sopimuksia tällaisista liiketoimista päämiehen nimissä ja lukuun,³⁷ mistä tässä asiassa on kyse.

45. Kolmannen edellytyksen osalta unionin tuomioistuin on tulkinnut direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohtaa erityisesti siten, että soveltamisalaan eivät kuulu kauppaedustajat, joiden tehtäviin kuuluu tavaroiden myynnin tai oston sijasta palveluiden myynti ja ostos.³⁸ Tähän mennessä unionin tuomioistuinta ei kuitenkaan ole pyydetty selvittämään kyseisen säännöksen

³⁴ Ks. esim. komission yksiköiden valmisteluasiakirja, Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation), SWD(2015) 146 final, 16.7.2015. Yksityiskohtaisempi tarkastelu, ks. esim. Saintier, S, "Commercial agency in European Union private law", teoksessa Twigg-Flesner, C. (toim.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, s. 273–285; Yhdistyneen kuningaskunnan järjestelmää painottava tarkastelu, ks. esim. Randolph, F. ja Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, 3. painos, Hart, 2010; Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, 5. painos, Bloomsbury Professional, 2020.

³⁵ Ks. esim. tuomio 4.6.2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, 36 kohta).

³⁶ Ks. esim. tuomio 19.4.2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, 34 kohta).

³⁷ Ks. esim. tuomio 21.11.2018, Zako (C-452/17, EU:C:2018:935, 23 kohta). Kuten unionin tuomioistuin kyseisen tuomion 24 kohdassa totesi, on siis riittävää, että henkilö täyttää nämä kolme edellytystä, jotta hänet voitaisiin luokitella direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuksi kauppaedustajaksi, riippumatta olosuhteista, joissa hän harjoittaa toimintaansa, kunhan kyseisen direktiivin 1 artiklan 3 kohdassa ja 2 artiklan 1 kohdassa säädetyt rajoitukset eivät koske häntä.

³⁸ Ks. esim. määräys 6.3.2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, ei julkaistu, EU:C:2003:133; se koskee edustajia, joiden tehtäviin kuuluu vakuutus-, sijoitus- tai säästösopimusten tekeminen); ks. myös viitteet seuraavassa alaviitteessä.

käsitteitä ”myynti” ja ”tavarat”. Tämä saattaa osittain selittyä sillä, että useissa asioissa on ollut kyse kansallinen lainsäädännöstä, jossa on laaja kauppaedustajan määritelmä,³⁹ joten asiaa ei ole ollut tarpeen käsitellä sen syvemmin.⁴⁰

2. Tuomio 3.7.2012, *UsedSoft*

46. On myös huomattava, että 3.7.2012 annettu tuomio *UsedSoft*,⁴¹ on käsiteltävän asian kannalta merkityksellinen, vaikka siinä kyseessä oleva tilanne on erilainen. Se perustui saksalaisen tuomioistuimen tekemään ennakkoratkaisupyyntöön, joka koski tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta 23.4.2009 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2009/24/EY⁴² 4 artiklan 2 kohdan ja 5 artiklan 1 kohdan tulkintaa. Eräs keskeisistä kysymyksistä kyseisessä asiassa koski sitä, voidaanko tietokoneohjelman kappaleen, johon on liitetty ainaislisenssi, toimittamista lataamalla pitää ensimmäisenä myyntinä tai muuna omistusoikeuden luovutuksena, joka johtaa siihen, että oikeudenhaltijan oikeus kyseisen kappaleen levittämiseen raukeaa direktiivin 2009/24 4 artiklan 2 kohdan mukaisesti.⁴³

47. Kyseisessä tuomiossa unionin tuomioistuin katsoi, että käsitettä ”myynti” kyseisessä säännöksessä on pidettävä unionin oikeuden itsenäisenä käsitteenä ja että yleisesti hyväksytyin määritelmän mukaan myynnillä tarkoitetaan sopimusta, jolla henkilö luovuttaa vastikkeellisesti toiselle henkilölle omistusoikeutensa hänelle kuuluvaan aineelliseen tai aineettomaan omaisuuteen.⁴⁴ Unionin tuomioistuin ratkaisi tällä perusteella, että tietokoneohjelman kappaleen toimittaminen ainaislisenssillä sisältää kyseisen kappaleen omistusoikeuden siirtymisen ja on siten direktiivin 2009/24 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu myynti.⁴⁵ Unionin tuomioistuin totesi päätelmää tehdessään, ettei sillä ollut merkitystä, annettiinko tietokoneohjelman kappale asiakkaan käyttöön lataamalla vai aineellisella välineellä.⁴⁶ Se perusteli tätä myös sillä, että ellei termiä ”myynti” tulkittaisi laajasti siten, että se kattaa kaikki tuotteen markkinointimuodot, joilla myönnetään tietokoneohjelman kappaleen käyttöoikeus rajoittamattomaksi ajaksi sellaista vastiketta vastaan, jolla tekijänoikeuden haltija voi saada omistamansa teoksen kappaleen taloudellista arvoa vastaavan korvauksen, direktiivin 2009/24 4 artiklan 2 kohdan tehokas vaikutus vaarantuisi, sillä tavarantoimittajat voisivat kiertää raukeamissäännön vain luokittelemalla sopimuksen ”lisenssisopimukseksi” ”myyntisopimuksen” (kauppasopimuksen) sijasta.⁴⁷

³⁹ Unionin tuomioistuin on siltä osin katsonut, että vaikka kansallinen lainsäädäntö, joka koskee muita kuin tavaroiden myyntiä tai ostoa harjoittavia kauppaedustajia, ei kuulu direktiivin 86/653 soveltamisalaan, unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa tällaisissa asioissa ratkaisu: ks. tuomio 16.3.2006, *Poseidon Chartering* (C-3/04, EU:C:2006:176, 7 ja 11–19 kohta; laivan rahtausopimus); tuomio 28.10.2010, *Volvo Car Germany* (C-203/09, EU:C:2010:647, 23–28 kohta; jälleenmyyntisopimus); tuomio 17.10.2013, *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:663, 30 ja 31 kohta; meriliikennepalvelujen hyödyntämistä koskeva edustussopimus); tuomio 3.12.2015, *Quenon K.* (C-338/14, EU:C:2015:795, 16–19 kohta; pankki- ja vakuutuspalvelujen myyntisopimus) ja tuomio 17.5.2017, *ERGO Poist'ovňa* (C-48/16, EU:C:2017:377, 26–32 kohta; vakuutuspalvelujen myyntisopimus); ks. myös julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:301, 48 kohta, alaviite 26).

⁴⁰ On syytä esimerkiksi panna merkille, että unionin tuomioistuin (tai julkisasiamies) ei ole käsitellyt kauppaedustajan määritelmää 23.3.2006 annetussa tuomiossa *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199; koskee edustajaa, joka markkinoi liiketoimintatiedon hallintapalveluja) eikä 19.4.2018 annetussa tuomiossa *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262; koskee edustajaa, joka markkinoi omakotitalojen myyntiä).

⁴¹ C-128/11, EU:C:2012:407. Yksityiskohtaisempi käsittely, ks. esim. Charleton, P. ja Kelly, S., ”The Oracle Speaks. C-128/11”, *The Bar Review*, vol. 18, 2013, s. 33–44; kriittinen näkemys, ks. esim. Moon, K., ”Revisiting *UsedSoft v. Oracle*. Is Software Property and Can It Be Sold?”, *Computer Law Review International*, 2017, s. 113–119.

⁴² EUVL 2009, L 111, s. 16.

⁴³ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 20–35 kohta).

⁴⁴ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 40–42 kohta).

⁴⁵ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 44–46 ja 48 kohta).

⁴⁶ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 47 kohta).

⁴⁷ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 49 kohta).

48. Unionin tuomioistuin katsoi lisäksi, että direktiivin 2009/24 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu levitysoikeuden raukeaminen liittyy yhtä lailla tietokoneohjelmien aineellisiin kuin aineettomiin kappaleihin.⁴⁸ Se totesi erityisesti, ettei säännöksen sanamuodossa tehdä tässä suhteessa mitään erottelua.⁴⁹ Se katsoi myös, että taloudellisesta näkökulmasta tietokoneohjelman myyminen aineellisella välineellä ja lataamisen avulla ovat samankaltaisia toimia, koska toimittaminen internetin avulla vastaa toiminnallisesti aineellisen välineen toimittamista. Direktiivin 2009/24 4 artiklan 2 kohdan tulkitseminen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen valossa oikeuttaa siis kohtelevaan näitä menetelmiä samoin.⁵⁰

49. Unionin lähestymistapa tuomiossa *UsedSoft* toistuu myöhemmässä oikeuskäytännössä.⁵¹ Kuten 19.12.2019 annettu tuomio *Nederlands Uitgeversverbond ja Groep Algemene Uitgevers*,⁵² osoittaa, se seikka, että unionin tuomioistuin on erottanut tuomiossa *UsedSoft* tekemänsä havainnot muissa tilanteissa vallitsevista olosuhteista, korostaa tietokoneohjelmien erityisluonnetta suhteessa muihin digitaalisiin tuotteisiin, erityisesti kun kyseessä on aineellisten ja aineettomien toimitusmuotojen rinnastaminen.

50. Näin ollen tuomiosta *UsedSoft* seuraa, että toiminnallisesta ja taloudellisesta näkökulmasta tietokoneohjelmiston toimittaminen sähköisesti, siten että siihen liittyy ainaislisenssi, voi olla myynnin kohde ja että aineellisen ja aineettoman välineen käyttö siirtomenetelmänä aiheuttaa samanlaiset vaikutukset. Tuomio tukee siis sitä näkemystä, että käsiteltävän asian kaltaisissa tilanteissa ohjelmiston toimittaminen on direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua tavaroiden myyntiä. Palaan tähän tuomioon myöhemmin asian tarkastelussa (ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 74, 85 ja 87 kohta).

B Ensimmäinen kysymys

51. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 38 kohdassa mainitaan, ensimmäinen unionin tuomioistuimelle esitetty kysymys koskee sitä, onko tässä asiassa kyseessä olevan kaltaista sähköisesti toimitettua tietokoneohjelmistoa pidettävä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna tavarana.

52. *Computer Associatesin* esittämien argumenttien mukaan vain aineelliset esineet kuuluvat direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan tavaroiden käsitteen alaan, jolloin tässä asiassa kyseessä olevan kaltainen aineettomalla välineellä toimitettu tietokoneohjelmisto jäisi direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. *The Software Incubator*, Saksan hallitus ja komissio ovat eri mieltä.

53. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 4 kohdassa todetaan, direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa ei viitata kansalliseen lainsäädäntöön. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti⁵³ kyseiseen säännökseen sisältyviä ilmaisuja ja erityisesti sanaa ”tavarat” on siis tulkittava itsenäisesti ja yhtenäisesti koko unionin alueella kansallisesta

⁴⁸ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 59 kohta).

⁴⁹ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 55 kohta).

⁵⁰ Ks. tuomio 3.7.2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, 61 kohta).

⁵¹ Ks. esim. tuomio 23.1.2014, *Nintendo ym.* (C-355/12, EU:C:2014:25, 23 kohta) ja tuomio 12.10.2016, *Ranks ja Vasiļevičs* (C-166/15, EU:C:2016:762, 28, 30, 35, 36, 49, 50 ja 53–55 kohta); ks. myös julkisasiamies Saugmandsgaard Øen ratkaisuehdotus *Ranks ja Vasiļevičs* (C-166/15, EU:C:2016:384, 69–80 kohta).

⁵² C-263/18, EU:C:2019:1111, 53–58 kohta. Ks. myös julkisasiamies Szpunarin ratkaisuehdotus *Nederlands Uitgeversverbond ja Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:697, 52–67 kohta).

⁵³ Ks. esim. tuomio 4.6.2020, *Trendsetteuse* (C-828/18, EU:C:2020:438, 25 kohta).

lainsäädännöstä riippumatta.⁵⁴ Tulkinnassa on otettava huomioon kyseisen säännöksen sanamuoto, sen asiayhteys sekä sillä säännöstöllä tavoiteltu päämäärä, jonka osa säännös on.⁵⁵ Myös säännöksen syntyhistoria saattaa olla tulkinnan kannalta merkityksellinen.⁵⁶

54. Olen tällä perusteella tehnyt sen päätelmän, että tässä asiassa kyseessä olevan kaltainen sähköisesti toimitettu tietokoneohjelmisto kuuluu tavaroiden käsitteen piiriin direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan soveltamiseksi. Päätelmäni perustuu seuraaviin seikkoihin.

55. Direktiivin 86/653 sanamuodossa sanaa ”tavarat” on käytetty paitsi direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa, myös sen 4 artiklan 2 kohdan a alakohdassa, 6 artiklan 1 kohdassa ja 20 artiklan 2 kohdan b alakohdassa. Sanan merkitystä tai soveltamisalaa ei kuitenkaan täsmennetä yhdessäkään noista säännöksistä. Siltä osin kuin on kyse Computer Associatesin esittämistä argumenteista, direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan muissa kieliversioissa käytetyt sanat eivät näytä todistavan, että säännöksen olisi tulkittava rajoittuvan aineellisiin esineisiin.⁵⁷ Esimerkiksi Saksan hallituksen mukaan saksan kieliversio tukee tulkintaa, jossa käsite ”tavarat” käsittää myös aineettomat esineet (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 32 kohta). Mikään noissa kieliversioissa ei näytä viittaavan siihen, että käsite ”tavarat” olisi välttämättä rajattava aineellisiin esineisiin.

56. Tältä osin on huomattava, että tässä asiassa tilanne eroaa olosuhteista, jotka johtivat 10.2.2004 annettuun määräykseen Mavrona.⁵⁸ Unionin tuomioistuin hylkäsi määräyksessä mahdollisuuden ulottaa direktiivin 86/653 soveltamisala komissionsaajiin, jotka toimivat päämiehen lukuun mutta omilla nimissään, muun muassa sillä perusteella, että se on ristiriidassa direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan täsmällisen sanamuodon kanssa. Sitä vastoin tässä asiassa ei ole kyse siitä, että yhdenmukaistamisessa mentäisiin direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan soveltamisalaa pitemmälle, vaan unionin tuomioistuimen on tulkittava kyseiseen säännökseen sisältyviä ilmaisuja, kuten sanaa ”tavarat”, siltä osin kuin tekstissä itsessään ei ole annettu niille selkeää merkitystä.

57. Direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan sanamuodossa ei näin ollen anneta kiistatonta vastausta kysymykseen, onko tässä asiassa kyseessä olevan kaltaista sähköisesti toimitettua tietokoneohjelmistoa pidettävä kyseisessä säännöksessä tarkoitettuna tavarana. Säännöksessä ei kuitenkaan erotella tavaroita sen mukaan, ovatko ne luonteeltaan aineellisia vai aineettomia, mikä mahdollistaa tavaroiden käsitteen tulkittamisen laajasti siten, että se kattaa kaikki sellaiset aineelliset ja aineettomat esineet, jotka voivat olla kaupallisen liiketoimen kohteena.

⁵⁴ On syytä huomata, että tämä on tunnustettu Yhdistyneen kuningaskunnan aiemmassa oikeuskäytännössä (ks. esim. *Fern Computer Consultancy Ltd v. Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch), erityisesti 74, 86 ja 93 kohta) ja hallituksen asiakirjoissa (ks. Department of Trade and Industry (Yhdistyneen kuningaskunnan kauppa- ja teollisuusministeriö), *Guidance Notes on the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, 1994*, säännön 2 tulkinta, neljäs kohta). Ks. myös tältä osin Tosato, A., ”An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, s. 544–565.

⁵⁵ Ks. esim. tuomio 8.9.2020, *Recorded Artists Actors Performers* (C-265/19, EU:C:2020:677, 46 kohta).

⁵⁶ Ks. esim. tuomio 1.10.2019, *Planet49* (C-673/17, EU:C:2019:801, 48 kohta).

⁵⁷ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 15.

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

58. Direktiivin 86/653 syntyhistoria tukee tällaista tulkintaa. Komission ehdotuksessa⁵⁹ kauppaedustajan määritelmän sisältävässä säännöksessä viitattiin ”määrittelemättömään määrään liiketoimia”, eli se kattoi sekä tavarat että palvelut.⁶⁰ Sanaa ”tavarat” koskevia täsmällisiä tietoja ei annettu, kun taas toisessa kyseisen ehdotuksen säännöksessä viitattiin irtaimeen ja muuhun omaisuuteen, kun kyseessä oli kauppaedustajan panttioikeus päämiehen omaisuuden edustussopimuksen päättymisen yhteydessä.⁶¹ Nämä säännökset säilytettiin joitakin sanoja lisäämällä komission muutetussa ehdotuksessa,⁶² joka tehtiin Euroopan parlamentin ensimmäisen käsittelyn⁶³ ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunnon⁶⁴ saamisen jälkeen.

59. Ensimmäisessä neuvoston kokouksessa, jossa käsiteltiin muutettua ehdotusta,⁶⁵ Tanskan valtuuskunta kuitenkin katsoi, että ehdotus olisi rajattava koskemaan tavaroiden myyntiin liittyviä liiketoimia, ja Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan valtuuskunnat tukivat Tanskan ehdotusta. Tämä kävi ilmi kauppaedustajan määritelmää koskevista kyseisten valtuuskuntien huomautuksista, joiden mukaan ne pyysivät, että ”liiketoimet” määriteltäisiin ”tuotteiden myyntiä koskeviksi sopimuksiksi”.⁶⁶

60. Näin ollen komissio antoi ehdotetun direktiivin soveltamisalaa koskevan valmisteluasiakirjan,⁶⁷ jossa se esitti näkemyksiään tietyistä tavoista soveltamisalan rajoittamiseksi. Komissio totesi erityisesti, että palvelut voitaisiin jättää soveltamisalan ulkopuolelle, koska oli vain vähän palveluja, joihin ehdotettua direktiiviä sovellettaisiin. Sen näkemyksen mukaan oli kuitenkin olennaisen tärkeää kattaa taloudellisesta näkökulmasta erityisen tärkeillä aloilla eli tavaroiden ostossa ja myynnissä toimivat kauppaedustajat. Se totesi, että koska kauppaedustajat harvoin ostivat tai myivät tietynlaisia tavaroita, kuten raaka-aineita ja maataloustuotteita, ehdotettua direktiiviä voitaisiin siksi soveltaa vain niihin edustajiin, jotka ostavat tai myyvät teollisia tuotteita eikä palveluja tai raaka-aineita.

61. Seuraavassa kokouksessaan neuvosto otti kyseisen valmisteluasiakirjan huomioon ja ilmoitti pitävänsä parempana ratkaisua, jossa ehdotettu direktiivi kattaisi ainakin tavaroiden myyntiin ja ostoon liittyvän toiminnan.⁶⁸ Tässä yhteydessä useat valtuuskunnat hyväksyivät lähestymistavan, jossa palvelut jätettäisiin direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, kun taas Tanskan, Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan valtuuskunnat tekivät varaumat ratkaisusta, jossa olisi tarkoitus säännellä mitään muuta kuin tavaroiden myyntiä. Niinpä kokouspöytäkirjassa todetaan seuraavaa: ”Koska ei ollut mahdollista ratkaista tätä kysymystä eikä sitä, pitäisikö direktiivin koskea tavaroita, tuotteita vai aineellista omaisuutta, *työryhmän* käsittelyssä hyväksytty

⁵⁹ Ks. Euroopan komissio, Yhtäläiset oikeudet kauppaedustajille. Ehdotus neuvoston direktiiviksi (itsenäisiä) kauppaedustajia koskevan lainsäädännön yhteensovittamisesta, COM(76) 670 final, 13.12.1976 (jäljempänä ehdotus), ehdotus 2 artiklaksi.

⁶⁰ Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 59 mainitun ehdotuksen 7 artiklan 1 ja 2 kohta, 8 artiklan 1 kohta, 9 artiklan 2 kohta, 10 artiklan 2 kohdan a alakohta, 11 artiklan 2 kohta, 21 artiklan 1 kohta ja 32 artiklan 2 kohta.

⁶¹ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 59 mainitun ehdotuksen 29 artiklan 2 kohta.

⁶² Ks. Euroopan komissio, Muutos ehdotukseen neuvoston direktiiviksi (itsenäisiä) kauppaedustajia koskevan lainsäädännön yhteensovittamisesta, COM(78) 773 final, 22.1.1979 (jäljempänä muutettu ehdotus), ehdotukset 2 ja 29 artiklaksi.

⁶³ Ks. Euroopan parlamentin päätöslauselma, johon sisältyy ehdotusta koskeva mietintö, 12.9.1978 (EYVL 1978 C 239, s. 18), erityisesti ehdotukset 2 ja 29 artiklaksi.

⁶⁴ Ks. ehdotusta koskeva Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunto, 24.11.1977 (EYVL 1978 C 59, s. 31), erityisesti 2.3.1, 2.8.7 ja 2.8.8 kohta.

⁶⁵ Ks. asiak. 8278/79, 18.7.1979, s. 2 ja 3.

⁶⁶ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 65 mainittu asiak. 8278/79, s. 6 ja 7.

⁶⁷ Ks. asiak. 8664/79, 22.8.1979.

⁶⁸ Ks. asiak. 11507/79, 11.12.1979, s. 2.

työhypoteesi kuului, että direktiiviä sovellettaisiin *kauppaedustajiin, jotka harjoittavat tavaroiden myyntiä tai ostoa*.⁶⁹ Tämä hypoteesi sisällytettiin kauppaedustajan määritelmään, jossa viitattiin tavaroiden myyntiin tai ostoon.⁷⁰

62. Tämä lähestymistapa sisällytettiin direktiivin 86/653 hyväksyttyyn tekstiin.⁷¹ Säännösehdotusta, joka koski kauppaedustajan panttioikeutta päämiehen ”irtaimen ja muuhun omaisuuteen”, muutettiin päätöksentekoprosessin aikana, ja lopuksi se poistettiin.⁷²

63. Näin ollen yhteisymmärryksestä käyttää sanaa ”tavarat” eikä ilmaisia ”tuotteet”, ”aineellinen omaisuus” tai ”irtain omaisuus” voidaan päätellä, että sanan oli tarkoitus kattaa laajassa merkityksessä niiden liiketoimien kohde, jotka edustivat kauppaedustajien tärkeintä toimintaa,⁷³ eikä niitä välttämättä rajattu aineellisiin ja irtaimiin esineisiin. Tämä tulkinta on myös johdonmukainen suhteessa direktiivin 86/653 historialliseen kontekstiin: juuri laadittu edustusta kansainvälisessä tavarakaupassa koskeva yleissopimus⁷⁴ oli rajattu koskemaan tavaroiden myyntiä, sillä se oli kauppaedustajien tärkein toiminta-ala tuon ajan kansainvälisessä kaupassa.⁷⁵ Toisin kuin Computer Associates väittää, edellä mainituissa asiakirjoissa on viitteitä siitä, että direktiivin mahdollista soveltamista ”tuotteisiin” ei ole tarkoitettu laajemmaksi soveltamisalaksi kuin soveltamista ”tavaroihin” vaan tarkoituksena on pikemmin ollut viitata, erityisesti ”teollisia tuotteita” koskevan viittauksen pohjalta, tietyn tyyppisiin kaupan oleviin tavaroihin, jotka olivat tärkeä osa kauppaedustajien työtä.

64. Direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan asiayhteys tukee edelleen sitä näkemystä, että tavaroiden käsitteen voidaan kyseisessä säännöksessä tulkita kattavan sekä aineelliset että aineettomat esineet. Tällainen tulkinta ei rajoita kauppaedustajan mahdollisuuksia hoitaa direktiivin 86/653 mukaisia keskeisiä tehtäviään, jotka ovat, kuten direktiivin 3, 4 ja 17 artiklasta käy ilmi, uusien asiakkaiden hankkiminen päämiehelle ja liikesuhteiden laajentaminen aikaisempien asiakkaiden kanssa.⁷⁶

65. Tällainen tulkinta ei myöskään tee mahdottomaksi niiden direktiivin 86/653 muiden säännösten soveltamista, joissa termi ”tavarat” mainitaan. Niitä ovat direktiivin 86/653 4 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukainen tavaroiden kuvaus, joka päämiehen on toimitettava; kyseisen direktiivin 6 artiklan 1 kohdan mukainen kauppaedustajille maksettava asianmukainen palkkio, joka vastaavia tavaroita edustaville kauppaedustajille yleensä maksetaan, sekä direktiivin 20 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukainen vaatimus, että ollakseen pätevä,

⁶⁹ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 68 mainittu asiak. 11507/79, s. 2.

⁷⁰ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 68 mainittu asiak. 11507/79, s. 3 ja 9.

⁷¹ Ks. esim. asiak. 7379/86, 4.6.1986, s. 3; asiak. 8543/86, 18.7.1986, s. 3. Tässä yhteydessä Yhdistyneen kuningaskunnan valtuuskunnan ehdotus poistaa kauppaedustajan määritelmästä sanat ”tai ostoa” hylättiin (ks. esim. asiak. 6877/80, 6.5.1980, s. 22).

⁷² Ks. esim. asiak. 4737/81, 10.2.1981, s. 8 ja 9; asiak. 10292/81, 28.10.1981, s. 8–10; asiak. 4347/82, 21.1.1982, s. 23; asiak. 7381/83, 9.6.1983, s. 19.

⁷³ On syytä huomata, että tämä käy ilmeiseksi tietyistä Computer Associatesin huomautuksiin liitetyistä asiakirjoista, jotka julkaistiin tuohon aikaan: ks. Lando, O., ”The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, nide 44, 1980, s. 1–16, erityisesti s. 2 ja 5; United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, nro 84, 1977, erityisesti 2a–c kohta, s. 15.

⁷⁴ Edustusta kansainvälisessä tavarakaupassa koskeva yleissopimus (Convention on Agency in the International Sale of Goods), allekirjoitettu Genevessä 17.2.1983 (saatavilla verkko-osoitteessa <http://www.unidroit.org/>) yleissopimus ei tullut voimaan, koska ratifiointeja ei tehty riittävästi. Ks. myös esim. Jansen, N. ja Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, s. 592 ja 593.

⁷⁵ Ks. tältä osin Maskow, D., ”Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods”, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, nide I, 1989, s. 60–187, sivuilla 99–101.

⁷⁶ Ks. tältä osin tuomio 12.12.1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, 26 kohta), ja tuomio 4.6.2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, 33 kohta).

kauppaedustajalle asetetun kilpailunrajoitusehdon on koskettava vastaavia tavaroita kuin edustus sopimus. Kaikki nämä säännökset ovat sovellettavissa siitä riippumatta, ovatko tavarat aineellisia tai aineettomia.

66. Tästä on esimerkkinä tilanne nyt käsiteltävässä asiassa. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 9 kohdassa todetaan, ohjelmistoa käsiteltiin sopimuksessa kaupan pidettävänä ”tuotteena”, jota The Software Incubatorin oli sovittu mainostavan, markkinoivan ja myyvän. Lisäksi sopimuksen mukaan i) The Software Incubatorilla oli velvollisuus omistaa merkittävä määrä aikaa ja työtä ohjelmistoa koskevien Computer Associatesin myynnin ja asiakassuhteiden kehittämiseen, ii) The Software Incubatorin palkkiolaskelma perustui ohjelmiston myyntiin ja iii) kilpailunrajoituslausekkeessa kiellettiin The Software Incubatoria osallistumasta ohjelmiston kanssa kilpailevaan toimintaan. Tämän perusteella täytyy myös mainita, ettei se seikka, että ohjelmisto toimitettiin aineettomalla välineellä, näytä estäneen The Software Incubatoria tai Computer Associatesia hoitamasta sopimuksen mukaisia velvollisuuksiaan.

67. Vaikka direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohta on direktiivin soveltamisalan rajaamisen kannalta keskeinen säännös, siitä ei – päinvastoin kuin Computer Associates väittää – mitenkään seuraa, että sanan ”tavarat” on ymmärrettävä tarkoittavan vain aineellisia esineitä. Unionin oikeuskäytännön perusteella (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 44 kohta) kauppaedustajan määritelmä kyseisessä säännöksessä on luonteeltaan inklusiivinen siinä merkityksessä, että kaikki henkilöt, jotka täyttävät siinä asetetut edellytykset, katsotaan kauppaedustajiksi edellyttäen, etteivät henkilöt kuulu direktiivin 1 artiklan 3 kohdan ja 2 artiklan 1 kohdan mukaisten rajoitusten piiriin. Rajoitukset koskevat yleensä tietynlaisten henkilöiden ammattia tai toimintaa eivätkä markkinoitavien tavaroiden tyyppiä.⁷⁷

68. Sitä paitsi tavaroiden käsitteen tulkinta unionin oikeuden muilla aloilla ei tee päätelmiäni tyhjiksi. Erityisesti tullia⁷⁸ ja arvonlisäveroa⁷⁹ koskevien unionin toimien yhteydessä termi ”tavarat” on rajattu ”aineelliseen omaisuuteen”, jolloin aineettomin välinein toimitettua tietokoneohjelmistoa ei ole pidetty tavarana, kun taas tavaramerkkejä⁸⁰ ja lääkinällisiä laitteita⁸¹ koskevien unionin toimien yhteydessä tietokoneohjelmat on luokiteltu tietynlaisiksi tavaroiksi. Nämä esimerkit poikkeavat tilanteesta käsiteltävän asian yhteydessä, jossa tavaroiden käsitettä direktiivissä 86/653 ei ole nimenomaisesti rajattu aineellisiin esineisiin eikä tietokoneohjelmistoja ole erikseen käsitelty.

⁷⁷ Yleisesti ottaen direktiivin 86/653 1 artiklan 3 kohdassa suljetaan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle henkilöt, jotka työskentelevät yhtiössä tai yhdistyksessä tai osallistuvat konkurssipesän hoitoon, kun taas direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa suljetaan direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle kauppaedustajat, jotka eivät saa palkkiota toiminnastaan tai jotka toimivat raaka-ainemarkkinoilla, sekä Yhdistyneen kuningaskunnan tietty laitos.

⁷⁸ Yhteistä tullijärjestelmää koskevien unionin toimien yhteydessä termin ”tavarat” on tulkittu kyseisen järjestelmän luonteen pohjalta tarkoittavan ainoastaan aineellista omaisuutta, ja siksi siinä yhteydessä on käsitelty kysymyksiä tietokoneohjelmistoista aineelliseen tavaraan sisällytettynä aineettomana omaisuutena. Ks. esim. tuomio 14.7.1977, Bosch (1/77, EU:C:1977:130, 4 kohta); tuomio 18.4.1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153, 21 kohta); tuomio 16.11.2006, Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716, 30, 31 ja 37 kohta); ja tuomio 10.9.2020, BMW (C-509/19, EU:C:2020:694, 12–23 kohta); ks. myös julkiasiamies Christine Stix-Hacklin ratkaisuehdotus Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68, 50–58 kohta).

⁷⁹ Arvonlisäverojärjestelmää koskevien unionin toimien yhteydessä termi ”tavaroiden luovutus” on nimenomaisesti rajattu ”aineelliseen omaisuuteen” niin, että digitaalisen tuotteen, myös tietokoneohjelmiston, luovutusta aineettomalla välineellä on pidettävä ”palvelujen suorituksena”, kun taas vastaavan tuotteen luovutusta aineellisella välineellä on pidettävä ”tavaroiden luovutuksena”. Ks. esim. tuomio 5.3.2015, Euroopan komissio v. Ranskan tasavalta (C-479/13, EU:C:2015:141, 35 kohta); tuomio 5.3.2015, Euroopan komissio v. Luxemburgin suurherttuakunta (C-502/13, EU:C:2015:143, 42 kohta) ja tuomio 7.3.2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, 43–72 kohta, erityisesti 50 kohta). Ks. myös mukautettuun tietokoneohjelmistoon liittyvä 27.10.2005 annettu tuomio Levob Verzekeringen ja OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649, 17–30 kohta) ja julkiasiamies Kokottin ratkaisuehdotus Levob Verzekeringen ja OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292, 28–60 kohta).

⁸⁰ Ks. esim. tuomio 29.1.2020, Sky ym. (C-371/18, EU:C:2020:45, erityisesti 30, 47 ja 54 kohta).

⁸¹ Ks. esim. tuomio 22.11.2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, erityisesti 16–19 kohta).

69. Unionin tuomioistuin on samaten tavaroiden vapaan liikkuvuuden yhteydessä johdonmukaisesti määritellyt ”tavarat” laajassa merkityksessä niin, että ”tavaroina’ on pidettävä tuotteita, jotka voidaan arvioida rahassa ja jotka voivat sellaisenaan olla liiketoimien kohteena”.⁸² Esimerkiksi sähköiset pelit, tietokonepelit mukaan luettuina,⁸³ ja sähkö⁸⁴ kuuluvat tämän määritelmän alaan niiden aineettomasta luonteesta huolimatta. Kuten tämän asian olosuhteista ilmenee, ohjelmisto on tuote, joka on arvioitu rahassa ja on ollut liiketoimien kohteena, joten se näyttää kuuluvan selvästi kyseisen määritelmän alaan. Toisin kuin Computer Associates väittää, tuomio Sacchi,⁸⁵ jonka mukaan televisiolähetykset ovat palveluja, kun taas televisiolähetysten lähettämiseen käytetyt tuotteet ovat tavaroita, ja tuomio Jägerskiöld,⁸⁶ jonka mukaan oikeus harjoittaa viehekalastusta ja tähän liittyvät kalastusluvut ovat palveluja eivätkä tavaroita, liittyvät mielestäni kyseisten asioiden erityisolosuhteisiin, eikä niissä rajata ”tavaroita” tuossa yhteydessä aineellisiin esineisiin.

70. Myöskään direktiivit 2011/83, 2019/770 ja 2019/771 eivät näkemykseni mukaan tue direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa sellaista käsitteen ”tavarat” tulkintaa, joka rajattaisiin aineellisiin esineisiin. Kyseiset direktiivit ovat lyhyesti sanottuna unionin kuluttajasopimuslainsäädännön keskeisiä säädösvälineitä.⁸⁷ Direktiivi 2011/83 kattaa digitaalisen sisällön toimittamista koskevat kuluttajasopimukset niiden siirtomenetelmästä riippumatta, ja aineellisella välineellä toimitettua digitaalista sisältöä pidetään ”tavarana”, mutta aineettomalla välineellä toimitettua digitaalista sisältöä ei pidetä sen enempää kauppa- kuin palvelusopimuksena, vaan sitä varten asetetaan omat erityissääntönsä.⁸⁸ Direktiivissä ei siis ratkaista tällaisen digitaalisen sisällön luokittelua,⁸⁹ vaan siinä vahvistetaan sitä varten sui generis -luokka, joka eroaa ”aineelliseksi irtaimeksi esineeksi” määrittelystä ”tavarasta”.⁹⁰

71. Direktiivit 2019/770 ja 2019/771 ovat samansuuntaisia. Direktiiviä 2019/770 sovelletaan digitaalisen sisällön tai digitaalisten palvelujen toimittamista koskeviin kuluttajasopimuksiin riippumatta siitä, käytetäänkö niiden toimittamiseen aineellista vai aineetonta välinettä siten, että direktiiviä sovelletaan myös itse aineelliseen välineeseen, jota käytetään yksinomaan digitaalisen sisällön siirtovälineenä.⁹¹ Tällaisten sopimusten oikeudellinen luonne jätetään kuitenkin ratkaistavaksi kansallisessa lainsäädännössä.⁹² Direktiivissä 2019/770 asetetaan täydentävät yhdenmukaistetut säännöt sellaisia tavarakauppaa koskevia kuluttajasopimuksia varten, joihin kuuluu ”digitaalisia elementtejä sisältäviä tavaroita”. Näillä tarkoitetaan aineellisia irtaimia esineitä, joihin sisältyy digitaalinen sisältö tai digitaalinen palvelu tai jotka on liitetty digitaaliseen

⁸² Ks. esim. tuomio 10.12.1968, Euroopan yhteisöjen komissio v. Italian tasavalta (C-7/68, EU:C:1968:51, s. 428), ja tuomio 23.1.2018, Buhagiar ym. (C-267/16, EU:C:2018:26, 67 kohta).

⁸³ Ks. tuomio 26.10.2006, Euroopan yhteisöjen komissio v. Helleenien tasavalta (C-65/05, EU:C:2006:673, 23 ja 24 kohta).

⁸⁴ Ks. esim. tuomio 6.12.2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, 34 kohta) ja julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus FENS (C-305/17, EU:C:2018:536, 19–21 kohta).

⁸⁵ Ks. tuomio 30.4.1974 (155/73, EU:C:1974:40, 6 ja 7 kohta).

⁸⁶ Ks. tuomio 21.10.1999 (C-97/98, EU:C:1999:515, 30–39 kohta).

⁸⁷ Direktiivejä ja niiden laajempaa asiayhteyttä käsitellään esim. seuraavissa: Helberger, N. ym., ”Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 36, 2013, s. 37–57; Jansen ja Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, viittaus tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 74, s. 1–18; Staudenmayer, D., ”The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy”, *European Review of Private Law*, vol. 28, 2020, s. 219–250.

⁸⁸ Ks. direktiivi 2011/83, erityisesti sen 1 artikla, 5 artiklan 2 kohta, 6 artiklan 2 kohta, 9 artiklan 2 kohdan c alakohta, 14 artiklan 4 kohdan b alakohta, 16 artiklan m alakohta ja 17 artiklan 1 kohta sekä 19 perustelukappale. Ks. myös esim. komission kertomus direktiivin 2011/83/EU soveltamisesta, COM(2017) 259 final, 23.5.2017, 5 kohta.

⁸⁹ Ks. tältä osin tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 87 mainittu artikkeli Helberger ym., s. 44.

⁹⁰ Ks. direktiivin 2011/83 2 artiklan 3 kohta.

⁹¹ Ks. direktiivi 2019/770, erityisesti sen 1 artikla ja 3 artiklan 1 ja 3 kohta; 19 ja 20 perustelukappale.

⁹² Ks. direktiivi 2019/770, erityisesti sen 12 perustelukappale.

sisältöön tai digitaaliseen palveluun, jota tarvitaan, jotta tavarat toimisivat odotetusti.⁹³ Direktiivissä siis rajataan ”tavarat” aineellisiin irtaimiin esineisiin, samalla kun siihen on lisätty digitaalisia tavaroita koskevia erityissääntöjä.

72. Tämän perusteella olisi huomattava erityisesti, että kyseiset kolme direktiiviä edustavat unionin lainsäätäjän aikomusta kehittää erityiset säännöt digitaalista sisältöä koskevia kuluttajasopimuksia varten, tietokoneohjelmistot mukaan luettuina, puuttumatta perinteiseen käsitteeseen ”tavarat”, joka on nimenomaan sidottu aineellisiin esineisiin, toisin kuin direktiivi 86/653. Lisäksi direktiivissä 2019/770 rinnastetaan digitaalisen sisällön aineelliset ja aineettomat toimitusmenetelmät, mikä tukee sitä, että käsitteen ”tavarat” voidaan tulkita direktiivissä 86/653 tarkoittavan molempia.

73. Viimeksi totean olevani samaa mieltä The Software Incubatorin, Saksan hallituksen ja komission kanssa siitä, että sellainen käsitteen ”tavarat” tulkinta, jota sovelletaan sekä aineellisiin että aineettomiin esineisiin, on sopusoinnussa direktiivin 86/653 tavoitteiden kanssa. Erityisesti on huomattava, että tavaroiden käsitteen rajaaminen aineellisiin esineisiin johtaisi siihen, että kauppaedustaja, joka neuvottelisi tämän saman sopimuksen kohteen myynnistä siten, että se toimitettaisiin aineettomassa muodossa, menettäisi direktiivin suojan. Tämä rajoittaisi kauppaedustajille suhteessa heidän päämiehiinsä direktiivin 86/653 mukaisesti myönnetyn suojelun soveltamisalaa, vaikka suojeleminen on yksi direktiivin tavoitteista (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 43 kohta).

74. Unionin tuomioistuimien on tässä suhteessa tunnustanut tuomiossa UsedSoft, että tietokoneohjelman toimittaminen aineellisella välineellä on lataamalla siirtämisen toiminnallinen vastine, kuten tämän ratkaisuehdotuksen 46–50 kohdassa esitetään. Siitä syystä kyseisestä tuomiosta seuraa, että direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa olevan tavaroiden käsitteen sellaisella tulkinnalla, joka sisältää sekä aineelliset että aineettomat esineet, varmistetaan, että tietokoneohjelmistojen myynnistä neuvottelevat kauppaedustajat saavat saman suojelun ohjelmiston toimittamisvälineestä riippumatta.

75. Jos sitä vastoin tavaroiden käsite direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tulkitaan siten, että se rajataan aineellisiin esineisiin, päämies voisi pelkästään järjestämällä tavaroiden toimittamisen aineettomin keinoin kiertää direktiivin 86/653 pakollisia säännöksiä, myös kauppaedustajan oikeutta hyvitykseen tai korvaukseen kauppaedustussopimuksen lakattua (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 43 kohta). Tämä heikentäisi direktiivin tavoitetta suojella kauppaedustajia ja edistää kaupallisten liikesuhteiden varmuutta. Kuten The Software Incubator ja komissio ovat huomauttaneet, kauppaedustajalta ei pitäisi riistää tälle direktiivin mukaisesti kuuluvaa suojelua toimitusvälinettä koskevalla päämiehen tai tapauksen mukaan asiakkaan päätöksellä, joka tehdään ehkä vasta sen jälkeen, kun kauppaedustaja on suorittanut tehtävänsä tavarantoimituksen myyntineuvottelussa.

76. Lisäksi, päinvastoin kuin Computer Associates väittää, mikään ei viittaa siihen, että viittaus ”tavarakauppaan” direktiivin 86/653 kolmannessa perustelukappaleessa luettuna yhdessä direktiivin 1 ja 2 artiklan kanssa tukisi sellaista tavaroiden käsitteen tulkintaa, joka rajattaisiin aineellisiin esineisiin. Viittaus liittyy direktiivin 86/653 tavoitteeseen yhdenmukaistaa kauppaedustusta koskevia jäsenvaltioiden sääntöjä sisämarkkinoiden perustamiseksi, eikä se koske käsitteen ”tavarat” merkitystä direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa. Tästä todistaa se seikka,

⁹³ Ks. direktiivi 2019/771, erityisesti sen 1 artikla, 2 artiklan 5 kohta ja 3 artiklan 3 ja 4 kohta; 12–16 perustelukappale. Ks. myös direktiivin 2019/770 2 artiklan 3 kohta ja 3 artiklan 4 kohta; 21 ja 22 perustelukappale.

että viittaus oli samassa muodossa direktiiviä 86/653 koskevassa komission ehdotuksessa, joka sisälsi kauppaedustajan laajemman, sekä tavarat että palvelut kattavan määritelmän (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 58 kohta).⁹⁴

77. Lisäksi olisi otettava huomioon se, että direktiivin 86/653 tavoitteiden saavuttamiseksi direktiivin 1 artiklan 2 kohtaa on tarpeen tulkita dynaamisesti tai kehittyvästi siten, että siinä otetaan huomioon teknologinen kehitys.⁹⁵ Tältä osin on todettava, että vaikka lataamalla toimitettavan tietokoneohjelmiston markkinointi ei ollut ennakoitavissa, kun direktiivi 86/653 annettiin, nykyisin se on vallitseva käytäntö. Näin ollen tällaisen teknologisen kehityksen huomiotta jättäminen johtaisi näkemykseni mukaan direktiivissä 86/653 asetettujen kauppaedustajia koskevien sääntöjen tehottomuuteen.

78. Päätelen siis, että nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltainen päämiehen asiakkaille sähköisesti toimitettava tietokoneohjelmisto kuuluu direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen tavaroiden käsitteen alaan.

C Toinen kysymys

79. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 38 kohdassa mainitaan, toinen unionin tuomioistuimelle esitetty kysymys koskee sitä, onko tässä asiassa kyseessä olevan kaltaista tietokoneohjelmiston kappaleen toimittamista päämiehen asiakkaille sähköisesti ainaislisenssillä pidettävä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna myyntinä.

80. Kuten ennakkoratkaisupyynnöstä ja unionin tuomioistuimelle toimitetuista tiedoista ilmenee, käsiteltävän asian olosuhteissa Computer Associatesin asiakkailleen myöntämä lisenssi antaa asiakkaalle oikeuden käyttää ohjelmiston kappaletta rajoittamattoman ajan kappaleen taloudellista arvoa vastaavaa vastiketta vastaan (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 11 ja 12 kohta).

81. Computer Associatesin esittämien argumenttien mukaan tällaista lisenssiä ei voida pitää ”myyntinä”, koska se ei käsitä ohjelmiston omistajuuden luovutusta. The Software Incubator, Saksan hallitus ja komissio ovat eri mieltä.

82. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 53 kohdassa todetaan, direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa ei viitata kansalliseen lainsäädäntöön, ei myöskään termin ”myynti” osalta. Tätä termiä on siksi pidettävä unionin oikeuden itsenäisenä käsitteenä, jota on tulkittava yhtenäisesti koko unionissa kansallisesta lainsäädännöstä riippumatta tukeutumalla ensisijaisesti direktiivin 86/653 sanamuotoon, asiayhteyteen ja tavoitteisiin.

83. Tuolla perusteella päätelen, että nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaista tietokoneohjelmiston toimittamista päämiehen asiakkaille ainaislisenssillä, jolla annetaan asiakkaalle oikeus käyttää ohjelmiston kappaletta rajoittamattoman ajan kappaleen taloudellista arvoa vastaavaa vastiketta vastaan, on pidettävä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna myyntinä. Päätelen näin seuraavista syistä.

⁹⁴ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 59 mainitun ehdotuksen kolmas perustelukappale. Ks. myös tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 62 mainitun muutetun ehdotuksen kolmas perustelukappale.

⁹⁵ Ks. tältä osin julkisasiamies Szpunarin ratkaisuehdotus Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459, 24–40 kohta) ja julkisasiamies Bobekin ratkaisuehdotus Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, 69–84 kohta).

84. Direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan sanamuodossa ei millään lailla ilmoiteta, miten myynnin käsite olisi ymmärrettävä. Siltä osin kuin on kyse Computer Associatesin esittämistä argumenteista, direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan muissa kieliversioissa käytetyt sanat eivät näytä viittaavan siihen, että käsite ”myynti” olisi välttämättä ymmärrettävä tietyllä tavalla.⁹⁶

85. Olisi kuitenkin huomattava, että sanan ”myynti” käyttö kyseisessä säännöksessä ilman mitään varauksia mahdollistaa tulkinnan, joka kattaa kaikki sellaiset liiketoimet, joihin sisältyy tavaroiden omistajuuden luovuttaminen. Tähän liittyen unionin tuomioistuin on tuomiossa UsedSoft tunnustanut termin ”myynti” laajan tulkinnan, joka kattaa kaikki tuotteen markkinointimuodot, joilla myönnetään tietokoneohjelman kappaleen käyttöoikeus rajoittamattomaksi ajaksi kappaleen taloudellista arvoa vastaavaa vastiketta vastaan, kuten tämän ratkaisuehdotuksen 46–50 kohdassa mainitaan. En näe mitään syytä, miksi unionin tuomioistuimen lähestymistapaa kyseisessä tuomiossa ei voitaisi soveltaa käsiteltävään asiaan. Mielestäni direktiivin 86/653 asiayhteys ja tavoitteet edellyttävät käsitteen ”myynti” tuonsuuntaista laajaa tulkintaa.

86. Direktiivin 86/653 asiayhteydestä on huomautettava, että mainittu tulkinta on johdonmukainen tärkeimpien kauppaedustajan hoitamien tehtävien kannalta, sillä niihin kuuluu uusien asiakkaiden hankkiminen päämiehelle ja liikesuhteiden laajentaminen aikaisempien asiakkaiden kanssa, kuten tämän ratkaisuehdotuksen 64 kohdassa todetaan ja kuten kyseisen direktiivin 3, 4 ja 17 artiklasta ilmenee. Tästä on osoituksena käsiteltävässä asiassa sopimus, jossa viitataan The Software Incubatorin hoitamien tehtävien yhteydessä ohjelmiston ”myyntiin”, kuten edellä mainittiin (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 66 kohta).

87. Mainittu tulkinta vastaa myös direktiivin 86/653 tavoitteita. Tuomion UsedSoft pohjalta on erityisesti katsottava, että käsitteen ”myynti” laaja tulkinta direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa vastaa kyseisen direktiivin tavoitetta suojella kauppaedustajia suhteessa näiden päämiehiin (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 43 kohta). Mikä tahansa muu ratkaisu heikentäisi tätä tavoitetta antamalla päämiehelle mahdollisuuden kiertää direktiivin 86/653 pakollisia säännöksiä vain kutsumalla asiakkaan kanssa tehtyä sopimusta ”lisenssisopimukseksi” ”myyntisopimuksen” sijasta. Lisäksi se riistäisi todennäköisesti direktiivillä 86/653 annetun suojan suurelta määrältä kauppaedustajia, koska tietokoneohjelmistoja markkinoidaan yleisesti lisensseillä.

88. On lisättävä, että vaikka direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdan syntyhistoriasta saadaan vain vähän ohjeistusta käsitteen ”myynti” merkitykseen, tuon ajan kaupallinen konteksti huomioon ottaen (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 58–63 kohta) myynnin käsitteellä oli tarkoitus kyseisessä säännöksessä kattaa kauppaedustajien pääasiallinen toiminta eikä sulkea pois direktiivin 86/653 soveltamista kyseiseen toimintaan vaikuttavaan tulevaan kehitykseen.

89. Siksi päätelen, että tässä asiassa kyseessä olevan kaltaista tietokoneohjelmiston toimittamista päämiehen asiakkaille ainaislisenssillä, jolla annetaan asiakkaalle oikeus käyttää ohjelmiston kappaletta rajoittamattoman ajan kappaleen taloudellista arvoa vastaavaa vastiketta vastaan, on pidettävä direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna myyntinä.

⁹⁶ Ks. tämän ratkaisuehdotuksen alaviite 15.

VII Ratkaisuehdotus

90. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Supreme Court of the United Kingdomin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) Pääasiassa kyseessä olevan kaltainen tietokoneohjelmiston kappale, joka toimitetaan päämiehen asiakkaille sähköisesti eikä millään fyysisellä välineellä, on jäsenvaltioiden itsenäisiä kauppaedustajia koskevan lainsäädännön yhteensovittamisesta 18.12.1986 annetun neuvoston direktiivin 86/653/ETY 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu ”tavara”.
- 2) Pääasiassa kyseessä olevan kaltainen tietokoneohjelmiston toimittaminen päämiehen asiakkaille ainaislisenssillä, jolla annetaan asiakkaalle oikeus käyttää ohjelmiston kappaletta rajoittamattoman ajan kappaleen taloudellista arvoa vastaavaa vastiketta vastaan, on direktiivin 86/653 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua ”myyntiä”.