



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

E. TANCHEV

van 17 december 2020<sup>1</sup>

**Zaak C-410/19**

**The Software Incubator Ltd**

**tegen**

**Computer Associates UK Ltd**

[verzoek van de Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie, Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Zelfstandige handelsagenten – Richtlijn 86/653/EEG – Artikel 1, lid 2 – Definitie van een handelsagent – Begrippen ‚verkoop’ en ‚goederen’ – Elektronische verstrekking van computersoftware met een permanente licentie aan klanten van een principaal”

## I. Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing van de Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie, Verenigd Koninkrijk) heeft betrekking op de uitlegging van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten<sup>2</sup>.
2. In artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 wordt een handelsagent gedefinieerd als een zelfstandige tussenpersoon wiens activiteiten met name betrekking hebben op de verkoop of de aankoop van goederen voor een ander, de principaal. De belangrijkste vraag die in de onderhavige zaak rijst, is of de elektronische verstrekking van computersoftware aan klanten van een principaal, waarvoor een permanente licentie wordt verleend, kan worden aangemerkt als de „verkoop” van „goederen” in de zin van deze bepaling.
3. Deze zaak biedt het Hof dan ook voor het eerst de gelegenheid om zich uit te spreken over de uitlegging van de begrippen „verkoop” en „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653. Deze uitlegging is in het hoofdgeding vereist om te bepalen of richtlijn 86/653 van toepassing is op een agent die is aangesteld om de betrokken computersoftware te promoten, zodat de op deze richtlijn gebaseerde vordering tot schadevergoeding kan worden toegewezen.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Engels.

<sup>2</sup> PB 1986, L 382, blz. 17.

## II. Toepasselijke bepalingen

### A. *Unierecht*

4. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 bepaalt:

„Handelsagent in de zin van deze richtlijn is hij die als zelfstandige tussenpersoon permanent is belast met het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen voor een ander, hierna te noemen ‚principaal‘, of met het tot stand brengen en afsluiten van de verkoop of aankoop van goederen voor rekening en in naam van de principaal.”

### B. *Recht van het Verenigd Koninkrijk*

5. Richtlijn 86/653 is in het recht van het Verenigd Koninkrijk omgezet bij de Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (Statutory Instruments 1993/3053) (regelingen van 1993 tot uitvoering van een richtlijn van de Raad betreffende de handelsagenten), zoals gewijzigd (hierna: „regelingen”).<sup>3</sup> Regeling 2, lid 1, van deze regelingen bepaalt:

„In deze regelingen wordt verstaan onder:

‚handelsagent‘: een zelfstandige tussenpersoon die permanent is belast met het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen voor een ander (de ‚principaal‘) of om voor rekening en in naam van die principaal de verkoop of aankoop van goederen tot stand te brengen en af te sluiten; [...]”.

## III. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

6. Volgens de verwijzingsbeslissing is Computer Associates UK Ltd (hierna: „Computer Associates”) een bedrijf dat een soort computersoftware verhandelt die bekendstaat als application release automation software (software om de vrijgave van toepassingen te automatiseren; hierna: „software”). De software is complex, duur en niet-gepersonaliseerd, dat wil zeggen dat het geen op de specifieke behoeften van een bepaalde klant afgestemd product is. Het doel van de software is om de inzet van en upgrades voor andere softwareapplicaties in verschillende operationele omgevingen in grote organisaties, zoals banken en verzekeringsmaatschappijen, automatisch te coördineren en te implementeren, zodat de onderliggende applicaties volledig geïntegreerd zijn in de softwarebedrijfsomgeving.

7. The Software Incubator Ltd is een bedrijf dat eigendom is van Scott Dainty.

8. Op 25 maart 2013 hebben Computer Associates en The Software Incubator een schriftelijke overeenkomst gesloten (hierna: „overeenkomst”).

9. Overeenkomstig clause 2.1 van de overeenkomst heeft The Software Incubator, in de persoon van Dainty, ermee ingestemd om in naam van Computer Associates op te treden om potentiële klanten in Ierland en het Verenigd Koninkrijk te benaderen „om het product te promoten, de

<sup>3</sup> Voor Noord-Ierland bestaat afzonderlijke uitvoeringswetgeving [Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland), 1993 (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483)] (regelingen van 1993 tot uitvoering van een richtlijn van de Raad betreffende handelsagenten, Noord-Ierland), die niet relevant is voor deze procedure.

afzet ervan te bevorderen en het te verkopen”. Met het „product” werd overeenkomstig de eerste overweging van de overeenkomst de software bedoeld. In het kader van de overeenkomst was Computer Associates dan ook de principaal en The Software Incubator de agent.

10. Zoals in de verwijzingsbeslissing is vermeld, waren de belangrijkste kenmerken van de verstrekking van de software in het hoofdgeding de volgende. In de eerste plaats heeft Computer Associates de software elektronisch aan haar klanten verstrekt via een e-mail met een link naar een onlineportaal waar de klant de software kon downloaden. Hoewel de software ook op een materiële drager kon worden geleverd, werd van deze mogelijkheid in de praktijk geen gebruikgemaakt.

11. Ingevolge clause 4.1 van de overeenkomst had Computer Associates voorts het exclusieve recht om de voorwaarden voor de toekenning van de softwarelicenties aan klanten vast te stellen en ingevolge clause 6.1 van de overeenkomst bracht Computer Associates haar klanten alle kosten in verband met het gebruik van de software in rekening en inde zij deze kosten. Dienovereenkomstig trad The Software Incubator op als een agent om de verstrekking van licenties voor het gebruik van de software van Computer Associates aan haar klanten te bevorderen. The Software Incubator was niet bevoegd om eigendomsrechten of op eigendom gelijkende rechten op de software over te dragen.

12. In dat verband werd aan de klant op grond van de overeenkomsten tussen Computer Associates en haar klanten<sup>4</sup> een licentie voor het gebruik van de software verstrekt, die in de meeste gevallen permanent was, dat wil zeggen dat de software voor onbepaalde duur geldig was. De licentie verleende de klant onder meer het recht om de software op het gespecificeerde grondgebied te installeren en te gebruiken voor een geautoriseerd aantal eindgebruikers en de geautoriseerde eindgebruikers toegang te verlenen tot de software. Aan de licentie was ook de voorwaarde verbonden dat de klant aan een aantal verplichtingen voldeed, met name dat hij zich geen toegang zou verschaffen tot of gebruik zou maken van een deel van de software waar hij geen toestemming voor had, dat hij de software niet zou decompileren, wijzigen of reverse engineering zou toepassen, en dat hij de software niet zou verhuren, toewijzen aan derden, overdragen of sublicentiëren. Alle rechten, titels, auteursrechten, octrooien, handelsmerken, handelsgeheimen en alle andere uitsluitende rechten in verband met de software waren voorbehouden aan Computer Associates en aanverwante entiteiten. Elke partij kon de betreffende overeenkomst opzeggen bij een wezenlijke schending door of insolventie van de tegenpartij, in welk geval de licentie werd ingetrokken en de klant eventuele kopieën van de software moest terugsturen of vernietigen.

13. Computer Associates heeft de overeenkomst met The Software Incubator bij brief van 9 oktober 2013 beëindigd.

14. The Software Incubator heeft bij de High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (rechter in eerste aanleg van Engeland en Wales, afdeling van de Queen’s Bench, Verenigd Koninkrijk), een vordering ingesteld tegen Computer Associates, waarbij zij met name schadevergoeding heeft gevorderd op grond van de bepalingen van de regelingen tot uitvoering van artikel 17 van richtlijn 86/653. Computer Associates heeft elke aansprakelijkheid afgewezen

<sup>4</sup> Zoals aangegeven in de verwijzingsbeslissing werd de licentie voor het gebruik van de software verleend door een verbonden lichaam, CA Europe Sàrl, overeenkomstig de desbetreffende overeenkomst tussen Computer Associates en de klant. De voorwaarden van de licentie waren voor nieuwe klanten overeenkomstig de kaderovereenkomst vastgelegd in de softwaremodule, en voor bestaande klanten in de masterovereenkomst, en waren in wezen vergelijkbaar. Volgens deze overeenkomsten, die als bijlage bij de opmerkingen van Computer Associates zijn gevoegd, diende de klant de vergoeding voor de software in het algemeen binnen dertig dagen na ontvangst van de factuur van Computer Associates te betalen. De klanten dienden tevens een bestelformulier voor de aankoop van de software in te vullen.

op onder meer de grond dat de regelingen niet van toepassing waren omdat de levering van de door The Software Incubator gepromote software geen „verkoop van goederen” in de zin van de definitie van handelsagent in regeling 2, lid 1, van die regelingen tot uitvoering van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 vormde.

15. In zijn vonnis van 1 juli 2016<sup>5</sup> heeft de High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division, geoordeeld dat de elektronische verstrekking van software met een permanente licentie onder „verkoop van goederen” in de zin van regeling 2, lid 1, van de regelingen valt, en The Software Incubator overeenkomstig de regelingen onder meer 475 000 GBP (ongeveer 531 100 EUR) als compensatie toegekend. Volgens deze rechterlijke instantie moest de „verkoop van goederen” voor de toepassing van die regeling autonoom worden gedefinieerd en was de verstrekking van de software niet uitgesloten van het begrip „goederen” op grond van het feit dat software niet tastbaar is, noch was het uitgesloten van het begrip „verkoop” op grond van het feit dat de desbetreffende intellectuele-eigendomsrechten gewoonlijk niet in absolute zin werden overgedragen.

16. Computer Associates heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij de Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (rechter in tweede aanleg in burgerlijke zaken van Engeland en Wales, Verenigd Koninkrijk).

17. Bij uitspraak van 19 maart 2018<sup>6</sup> heeft de Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) geoordeeld dat software die elektronisch aan de klant van een principaal werd verstrekt, en niet op een materiële drager, niet onder „goederen” in de zin van regeling 2, lid 1, van de regelingen viel. Deze rechterlijke instantie was – ondanks de vrees dat deze benadering in het licht van de technologische vooruitgang achterhaald zou kunnen lijken – van oordeel dat deze vaststelling gelet op de rechtspraak noodzakelijk was, en heeft dus niet onderzocht of de verstrekking van softwarelicenties aan klanten van Computer Associates als „verkoop” in de zin van deze bepaling kon worden aangemerkt. Bijgevolg heeft zij geconcludeerd dat The Software Incubator geen handelsagent was in de zin van de regelingen en heeft zij haar vordering tot schadevergoeding op grond van die regelingen afgewezen.

18. Bij beschikking van 28 maart 2019 heeft de Supreme Court of the United Kingdom The Software Incubator toestemming gegeven tot het instellen van een hogere voorziening tegen de uitspraak van de Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division).

19. De verwijzende rechter heeft opgemerkt dat het niet duidelijk is of de definitie van handelsagent in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, die zich beperkt tot de „verkoop van goederen”, van toepassing is op de situatie in het hoofdgeding.

20. In die omstandigheden heeft de Supreme Court of the United Kingdom de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Wanneer een kopie van computersoftware elektronisch, en niet op een materiële drager, aan de klanten van een principaal wordt verstrekt, valt die kopie dan onder ‚goederen’ volgens de betekenis van dat begrip zoals vervat in de definitie van een handelsagent in artikel 1, lid 2, van [richtlijn 86/653]?

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

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

- 2) Wanneer computersoftware aan de klanten van een principaal wordt verstrekt door de klanten een permanente licentie voor het gebruik van een kopie van die computersoftware toe te kennen, valt dat dan onder ‚verkoop van goederen’ in de zin van dat begrip zoals dat voorkomt in de definitie van een handelsagent in artikel 1, lid 2, van [richtlijn 86/653]?”

#### IV. Procedure bij het Hof

21. The Software Incubator, Computer Associates, de Duitse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof. The Software Incubator, Computer Associates en de Commissie hebben ook geantwoord op de schriftelijke vragen die het Hof hun overeenkomstig artikel 62, lid 1, van zijn Reglement voor de procesvoering had gesteld.

22. Hangende de zaak voor het Hof heeft het Verenigd Koninkrijk de Europese Unie op 31 januari 2020 verlaten. Overeenkomstig artikel 86, lid 2, van het Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie<sup>7</sup> blijft het Hof bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen naar aanleiding van verzoeken van rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk die zijn ingediend vóór het einde van de in artikel 126 van dat akkoord bepaalde overgangperiode, die in beginsel eindigt op 31 december 2020. Bovendien is het arrest van het Hof, ongeacht of het vóór het einde van die overgangperiode dan wel op een later tijdstip zal worden gewezen, krachtens artikel 89, lid 1, van dat akkoord in al zijn onderdelen verbindend voor en in het Verenigd Koninkrijk.

23. Aangezien het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing op 28 mei 2019 is ingediend, blijft het Hof bevoegd om het onderhavige verzoek af te doen, en is de Supreme Court of the United Kingdom gebonden door het arrest dat in deze procedure door het Hof zal worden gewezen.

#### V. Samenvatting van de opmerkingen van partijen

24. The Software Incubator voert aan dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord. Volgens haar valt de software onder het begrip „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, ongeacht of deze op een materiële drager of langs immateriële weg wordt verstrekt. Zij stelt dat er in de bewoordingen van deze bepaling geen onderscheid wordt gemaakt tussen materiële en immateriële goederen en dat de Uniewetgever, gelet op de ontstaansgeschiedenis van de bepaling, alleen „diensten”, en niet immateriële goederen, van de werkingssfeer van deze richtlijn heeft willen uitsluiten.

25. The Software Incubator stelt dat het begrip „goederen” in andere gebieden van het Unierecht slechts in beperkte mate houvast biedt, aangezien het afhangt van de context en de doelstellingen van de betrokken bepalingen van het Unierecht. Toch wijst zij erop dat computersoftware in

<sup>7</sup> PB 2020, L 29, blz. 7. Volgens artikel 86, lid 3, van dat akkoord worden verzoeken om een prejudiciële beslissing geacht te zijn ingediend op het tijdstip dat de indiening van de procesinleiding is geregistreerd ter griffie van het Hof. In de onderhavige zaak is het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Supreme Court of the United Kingdom op 28 mei 2019 ter griffie van het Hof geregistreerd.

Uniemaatregelen betreffende bijvoorbeeld merken<sup>8</sup> en medische hulpmiddelen<sup>9</sup> als „goederen” wordt beschouwd en dat software onder het begrip „goederen” valt in de rechtspraak van het Hof over het vrije verkeer van goederen<sup>10</sup>, net als elektriciteit. Het is volgens haar niet van belang dat in recente Uniemaatregelen voor consumenten, waaronder richtlijn 2011/83/EU<sup>11</sup> en richtlijn (EU) 2019/770<sup>12</sup>, een onderscheid wordt gemaakt tussen overeenkomsten voor de verkoop van goederen en overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, zoals computersoftware, aangezien dit de specifieke doelstellingen van deze richtlijnen weerspiegelt en richtlijn 2019/770 in elk geval dezelfde bescherming voor consumenten biedt, ongeacht of de digitale inhoud op een materiële drager of langs immateriële weg wordt verstrekt.

26. The Software Incubator voert aan dat haar standpunt in overeenstemming is met de door richtlijn 86/653 nagestreefde doelstellingen, aangezien een handelsagent die elektronisch verstrekte computersoftware verkoopt, dezelfde bescherming nodig heeft als een agent die deze software op een materiële drager verkoopt, en dit zijn in wezen dezelfde „werkzaamheden van tussenpersonen in de handel”, zoals bedoeld in de eerste overweging van richtlijn 86/653. Aangezien computersoftware alleen in een materiële omgeving kan functioneren door deze op computerhardware te laden, is het volgens haar gekunsteld om deze software wel als „goederen” aan te merken indien deze op een schijf wordt verstrekt, maar niet wanneer dit via een download gebeurt. Een dergelijk onderscheid leidt ook tot verstoring van de mededinging op de interne markt, aangezien een principaal zich aan zijn verplichtingen uit hoofde van richtlijn 86/653 zou kunnen onttrekken door zijn producten langs elektronische weg te verstrekken. Zij stelt ook dat, aangezien het de taak van de handelsagent is om transacties tot stand te brengen en de wijze waarop computersoftware wordt verstrekt wellicht niet in de onderhandelingsfase wordt vastgesteld, de toepasselijkheid van richtlijn 86/653 niet mag afhangen van wat de principaal besluit te doen nadat de handelsagent zijn rol heeft vervuld.

27. The Software Incubator stelt dat de tweede vraag ook bevestigend moet worden beantwoord, aangezien onder het begrip „verkoop van goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 ook de verstrekking van de software op grond van een permanente licentie valt. Zij betoogt dat uit de beschikking van 10 februari 2004, Mavrona<sup>13</sup>, volgt dat bij de uitlegging van deze bepaling de nadruk ligt op de inhoud van de contractuele relatie tussen de handelsagent en de principaal, de door deze agent verrichte werkzaamheden en de belangen en de behoefte aan bescherming van deze agent, die allemaal hetzelfde zijn, ongeacht of de software op een materiële drager of langs immateriële weg op grond van een verkoopovereenkomst of een permanente licentie wordt verstrekt. Zij benadrukt dat de beperkingen op het gebruik van de software in verband met de intellectuele-eigendomsrechten niet van belang zijn, aangezien deze inhoudelijk niet verschillen van de beperkingen die worden opgelegd door houders van intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot producten die worden verkocht op basis van

<sup>8</sup> The Software Incubator verwijst in het bijzonder naar de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, die door de diplomatieke conferentie van Nice is aangenomen op 15 juni 1957, laatstelijk herzien te Genève op 13 mei 1977 en gewijzigd op 28 september 1979 (*United Nations Treaty Series*), deel 1154, nr. I 18200, blz. 89).

<sup>9</sup> The Software Incubator verwijst in het bijzonder naar het arrest van 22 november 2012, *Brain Products* (C-219/11, EU:C:2012:742).

<sup>10</sup> The Software Incubator verwijst in het bijzonder naar de arresten van 10 december 1968, *Commissie/Italië* (7/68, EU:C:1968:51); 21 oktober 1999, *Jägerskiöld* (C-97/98, EU:C:1999:515), en 26 oktober 2006, *Commissie/Griekenland* (C-65/05, EU:C:2006:673).

<sup>11</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 304, blz. 64).

<sup>12</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PB 2019, L 136, blz. 1). Ingevolge artikel 24 van deze richtlijn nemen de lidstaten uiterlijk op 1 juli 2021 de maatregelen om aan deze richtlijn te voldoen en passen zij die maatregelen toe met ingang van 1 januari 2022.

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

verkoopovereenkomsten. Zij stelt ook dat haar standpunt steun vindt in het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*<sup>14</sup>, waarin het Hof de levering van een computerprogramma op grond van een permanente licentie in een situatie die vergelijkbaar is met de onderhavige zaak als „verkoop” beschouwde; in de onderhavige zaak heeft de klant Computer Associates een vergoeding betaald en in ruil daarvoor software ontvangen die deze klant zonder verdere betaling van een vergoeding voor onbepaalde duur kon gebruiken, maar waarvoor wel beperkingen op dat gebruik golden vanwege de intellectuele-eigendomsrechten op de software.

28. Computer Associates stelt dat de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord, aangezien elektronisch verstrekte computersoftware niet onder het begrip „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt. Volgens haar heeft de gewone betekenis van „goederen” in deze bepaling alleen betrekking op materiële en roerende zaken, zoals blijkt uit andere taalversies<sup>15</sup>, en is zij dus niet van toepassing op immateriële goederen, zoals software die langs immateriële weg wordt verstrekt. Zij betoogt dat internet, computersoftware en downloads ten tijde van de vaststelling van richtlijn 86/653 niet in hun huidige vorm bestonden, zodat onder het begrip „goederen” geen immateriële producten konden worden verstaan en dat deze richtlijn sindsdien onveranderd is gebleven. Voorts stelt zij, wat de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 86/653 betreft, dat de Uniewetgever de werkingssfeer van deze richtlijn bewust heeft beperkt tot „goederen” en dat de mogelijke toepassing ervan op een ruimere categorie agenten, waaronder die voor „producten”, niet is opgenomen.

29. Computer Associates stelt dat de gevolgen van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 en de plaats ervan in deze richtlijn een contextuele ondersteuning vormen voor haar standpunt, aangezien het de centrale bepaling is die de werkingssfeer van deze richtlijn afbakt. Zij wijst erop dat het Hof op basis van de beschikking van 10 februari 2004 in de zaak *Mavrona*<sup>16</sup> uitvoering geeft aan de bewoordingen van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 en dat, zelfs indien een verdere harmonisatie wenselijk is, deze niet door middel van een rechterlijke beslissing kan worden ingevoerd. Zij stelt dat het begrip „goederen” op andere gebieden van het Unierecht, waaronder vrij verkeer van goederen<sup>17</sup>, douane<sup>18</sup> en belasting over de toegevoegde waarde (btw)<sup>19</sup>, alleen betrekking heeft op materiële zaken en dat er geen noodzakelijk verband bestaat tussen de betekenis van „goederen” in richtlijn 86/653 en in het classificatiesysteem voor de inschrijving van merken. Zij benadrukt ook dat recente Uniemaatregelen ter bescherming van de consument, waaronder de richtlijnen 2011/83 en 2019/770 en richtlijn (EU) 2019/771<sup>20</sup>, van belang zijn, met name omdat zij aantonen dat de Uniewetgever, wanneer hij voornemens is een Uniemaatregel van toepassing te laten zijn op computersoftware zonder materiële drager, zoals in casu, dit uitdrukkelijk doet en hiervoor niet het begrip „goederen” gebruikt.

<sup>14</sup> C-128/11, EU:C:2012:407 (hierna: „arrest *UsedSoft*”).

<sup>15</sup> Computer Associates verwijst in dat verband naar de Deense („salg eller køb af varer”), de Nederlandse („de verkoop of de aankoop van goederen”), de Franse („la vente ou l’achat de marchandises”), de Duitse („den Verkauf oder den Ankauf von Waren”), de Griekse („εμπορευμάτων”), de Italiaanse („la vendita o l’acquisto di merci”), de Portugese („a venda ou a compra de mercadorias”) en de Spaanse („la venta o la compra de mercancías”) taalversie van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653.

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

<sup>17</sup> Computer Associates verwijst in het bijzonder naar de arresten van 30 april 1974, *Sacchi* (155/73, EU:C:1974:40), en 21 oktober 1999, *Jägerskiöld* (C-97/98, EU:C:1999:515).

<sup>18</sup> Computer Associates verwijst in dat verband naar het arrest van 18 april 1991, *Brown Boveri* (C-79/89, EU:C:1991:153).

<sup>19</sup> Computer Associates verwijst in dat verband naar de arresten van 27 oktober 2005, *Levob Verzekeringen en OV Bank* (C-41/04, EU:C:2005:649), en 5 maart 2015, *Commissie/Luxemburg* (C-502/13, EU:C:2015:143).

<sup>20</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van verordening (EU) 2017/2394 en richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van richtlijn 1999/44/EG (PB 2019, L 136, blz. 28). Ingevolge artikel 24 van deze richtlijn nemen de lidstaten uiterlijk op 1 juli 2021 de maatregelen om aan deze richtlijn te voldoen en passen zij die maatregelen toe met ingang van 1 januari 2022.

30. Volgens Computer Associates is haar standpunt in overeenstemming met de doelstellingen van richtlijn 86/653, aangezien deze richtlijn, zoals blijkt uit de derde overweging ervan, gericht is op de verwezenlijking van de voorwaarden van een enkele markt voor „goederenverkeer” en de harmonisatiedoelstelling krachtens de artikelen 1 en 2 van deze richtlijn noodzakelijkerwijs beperkt is tot dit „goederenverkeer”. Zij benadrukt dat het feit dat computersoftware wel onder het begrip „goederen” in de zin van richtlijn 86/653 valt indien deze op een materiële drager wordt verstrekt, maar niet wanneer deze langs immateriële weg wordt verstrekt, niet willekeurig is, te meer daar dit voortvloeit uit de werkingssfeer van deze richtlijn en, zoals blijkt uit de richtlijnen 2011/83, 2019/770 en 2019/771, de verschillen tussen goederen en digitale inhoud weerspiegelt.

31. Computer Associates stelt dat indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, de tweede vraag niet hoeft te worden beantwoord, en subsidiair dat de verstrekking van een licentie voor het gebruik van een kopie van de software niet onder het begrip „verkoop van goederen” valt. Zij stelt dat de gewone betekenis van de woorden „de verkoop of de aankoop van goederen” in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 een overdracht van de eigendom of de rechten op de goederen van de verkoper aan de koper inhoudt, zoals blijkt uit andere taalversies.<sup>21</sup> Naar haar mening brengt de verstrekking van een permanente licentie in de omstandigheden van dit geval echter geen overdracht van eigendom of rechten op de software met zich. De overeenkomsten van Computer Associates met haar klanten sloten een dergelijke overdracht immers uit omdat de eigendom van de software bij Computer Associates en aanverwante entiteiten bleef rusten en er geen andere eigendomsrechten met betrekking tot software aan de klanten werden overgedragen. Een dergelijke licentie is dus geen „verkoop van goederen” in de conventionele zin van het woord, maar een tijdelijke toestemming om de software te gebruiken, die in geval van inbreuk of insolventie kan eindigen. Zij voert ook aan dat het arrest UsedSoft<sup>22</sup> niet relevant is vanwege de specifieke bewoordingen en de context van de betrokken Uniewetgeving, hetgeen door recente rechtspraak wordt bevestigd.<sup>23</sup> De vaststelling in dat arrest dat „verkoop” neerkomt op een eigendomsoverdracht, verzet zich er hoe dan ook tegen dat de „verkoop van goederen” in de zin van richtlijn 86/653 zo wordt uitgelegd dat hieronder de verstrekking van een licentie voor het gebruik van de software valt.

32. De Duitse regering stelt dat beide vragen tezamen moeten worden beantwoord, in die zin dat er sprake is van een „verkoop van goederen” als bedoeld in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 wanneer een permanente licentie voor het gebruik van een kopie van computersoftware alleen elektronisch en niet op een materiële drager aan de klant van de principaal wordt verstrekt. Zij wijst erop dat de Duitse taalversie van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 zich ertegen verzet dat de werkingssfeer van deze richtlijn wordt beperkt tot materiële zaken, aangezien de natuurlijke betekenis van het zelfstandig naamwoord *Ware* (waren) ook immateriële producten omvat.

33. De Duitse regering betoogt dat het Hof zich niet mag beroepen op het onderscheid dat in het primaire recht van de Unie wordt gemaakt op het gebied van het vrije verkeer van goederen en diensten, aangezien richtlijn 86/653 betrekking heeft op de harmonisatie van de werkzaamheden van handelsagenten en de werkingssfeer ervan dus functioneel moet worden bepaald tegen die achtergrond, zodat zoveel mogelijk de voor de handelsagent gunstigste uitlegging moet worden gegeven. Zij benadrukt dat een enge uitlegging van het begrip „verkoop van goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, die inhoudt dat alleen materiële goederen daaronder

<sup>21</sup> Computer Associates verwijst in dit verband naar de taalversies van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 die in voetnoot 15 supra zijn genoemd.

<sup>22</sup> Arrest van 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>23</sup> Computer Associates verwijst in dit verband naar het arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

vallen, in strijd is met het door deze richtlijn nagestreefde doel, namelijk de bescherming van handelsagenten, aangezien een aanzienlijk deel van de traditionele activiteiten van handelsagenten in Duitsland dan niet meer binnen de werkingssfeer van deze richtlijn zou vallen.

34. Volgens de Duitse regering leidt een dergelijke enge uitlegging tot onbillijke resultaten, aangezien een handelsagent wel wordt beschermd door richtlijn 86/653 indien hij een product op een materiële drager verhandelt, maar niet indien hij hetzelfde product in digitale vorm verhandelt. Bovendien stelt een dergelijke uitlegging een principaal in staat de dwingende bepalingen van deze richtlijn te omzeilen door een regeling te kiezen waarbij het voorwerp van de transactie geen materieel goed is. Zij is van mening dat het in de handel brengen van computersoftware bij de totstandkoming van richtlijn 86/653 weliswaar niet te voorzien was, maar dat het niet de bedoeling van de Uniewetgever was om de bescherming van handelsagenten afhankelijk te maken van toevallige technologische ontwikkelingen.

35. De Commissie stelt zich op het standpunt dat de twee vragen tezamen moeten worden beantwoord, in de zin dat de verstrekking van een kopie van computersoftware aan de klanten van een principaal langs elektronische weg, en niet op een materiële drager, ook onder artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt. Zij benadrukt dat de „verkoop van goederen” in richtlijn 86/653 een autonoom Unierechtelijk begrip is en op dynamische wijze moet worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met technologische ontwikkelingen. Zij stelt ook voor om de vragen in omgekeerde volgorde te behandelen.

36. De Commissie betoogt dat het arrest UsedSoft<sup>24</sup> steun biedt voor het oordeel dat de verstrekking van een permanente licentie voor het gebruik van de software als „verkoop” in de zin van richtlijn 86/653 kan worden aangemerkt. Net als in dat arrest verwerft de klant hier een permanent recht om de software te gebruiken tegen betaling van een vergoeding; voor de aard van de transactie maakt het niet uit of de software via een download dan wel op een materiële drager ter beschikking wordt gesteld, zoals in latere rechtspraak is herhaald.<sup>25</sup>

37. De Commissie is van mening dat de rechtspraak op andere gebieden van het Unierecht, wat het begrip „goederen” betreft, niet sluitend is, aangezien deze afhankelijk is van de toepasselijke wetgeving en de omstandigheden van het geval. Zij is van mening dat computersoftware die als immaterieel goed wordt verhandeld, als „goederen” in ruime zin overeenkomstig richtlijn 86/653 kan worden aangemerkt, en dat het niet de bedoeling was om software van de werkingssfeer van die richtlijn uit te sluiten toen die tijdens het besluitvormingsproces werd gewijzigd om „diensten” uit te sluiten. Zij benadrukt dat het Unierecht met betrekking tot computersoftware afstand heeft genomen van de traditionele nadruk op de eigendom van materiële goederen en de tweedeling tussen goederen en diensten, zoals blijkt uit de richtlijnen 2011/83 en 2019/770. Volgens de Commissie is een ruime uitlegging in overeenstemming met de doelstelling van richtlijn 86/653 om handelsagenten bescherming te bieden. Het zou namelijk in strijd zijn met deze doelstelling als dezelfde handelsagent die voor dezelfde principaal en onder dezelfde voorwaarden werkt, geen bescherming meer zou genieten, enkel en alleen vanwege technologische ontwikkelingen of de voorkeur van een klant voor de wijze waarop de computersoftware wordt verstrekt. Zij stelt voorts, naar analogie van het arrest UsedSoft<sup>26</sup>, dat de doeltreffendheid van richtlijn 86/653 zou worden ondermijnd indien een principaal zich aan zijn

<sup>24</sup> Arrest van 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>25</sup> De Commissie verwijst in dit verband naar het arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

<sup>26</sup> Arrest van 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn zou kunnen onttrekken door zijn producten elektronisch te verstrekken, temeer daar deze vorm van verhandeling op grote schaal voor computersoftware wordt gebruikt.

## VI. Analyse

38. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen, ten eerste, of computersoftware als aan de orde in het hoofdgeding die elektronisch, en niet op een materiële drager, aan de klanten van een principaal wordt verstrekt onder het begrip „goederen” valt en, ten tweede, of de verstrekking van dergelijke software op grond van een permanente licentie, waarbij aan klanten tegen betaling van een vergoeding een recht van onbeperkt gebruik van een kopie van deze software wordt verleend, onder het begrip „verkoop” in de zin van de definitie van handelsagent in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt.

39. Deze twee vragen vloeien voort uit het feit dat het begrip „goederen” – zoals blijkt uit de opmerkingen van The Software Incubator, Computer Associates en de Commissie – volgens het recht van het Verenigd Koninkrijk en elders traditioneel beperkt is tot materiële en roerende voorwerpen, dat wil zeggen voorwerpen die over het algemeen fysiek kunnen worden aangeraakt en verplaatst, en het begrip „verkoop” gepaard gaat met een eigendomsoverdracht, wat de verwerving van het te verkopen voorwerp en het recht om erover te beschikken impliceert, en dus verband houdt met verwante concepten als eigendom en bezit. Deze concepten stuiten echter op uitdagingen in het geval van computersoftware<sup>27</sup>, waarmee over het algemeen een reeks computerprogramma's wordt bedoeld die een computer in staat stellen te functioneren en taken uit te voeren.<sup>28</sup> Dit is met name gebaseerd op het feit dat, zoals het onderhavige geval illustreert, computersoftware tegenwoordig gewoonlijk wordt verstrekt als download in plaats van op een materiële drager zoals een cd of dvd, waarbij tegelijkertijd een – meestal permanente – licentie wordt verleend om het gebruik ervan te controleren. Bijgevolg heeft de juridische classificatie van computersoftware in de Europese Unie en in andere rechtsstelsels tot aanzienlijke discussies geleid in verschillende contexten<sup>29</sup>, zoals de hieronder besproken maatregelen van de Unie op het gebied van consumentenbescherming.<sup>30</sup>

40. Het valt niet te ontkennen dat de begrippen „verkoop” en „goederen” in het nationale recht en in het Unierecht verschillend kunnen worden uitgelegd. Het zijn met name kernbegrippen in het nationale privaatrecht en op vele gebieden van het primaire en secundaire Unierecht. In de onderhavige zaak dient het Hof deze begrippen uit te leggen in de specifieke context van richtlijn 86/653 en in het bijzonder in het licht van de wezenlijke kenmerken van de handelsagent in de zin van artikel 1, lid 2, van die richtlijn.

<sup>27</sup> Zie voor een overzicht van de verschillende benaderingen ten aanzien van de classificatie van computersoftware in de lidstaten, het Verenigd Koninkrijk en andere rechtsstelsels bijvoorbeeld Clark, R., „The Legal Status of Software: Part 1”, *Commercial Law Practitioner*, deel 23, 2016, blz. 48-56; Clark, R., „The Legal Status of Software: Part 2”, *Commercial Law Practitioner*, deel 23, 2016, blz. 78-86; von Bar, C., en Clive, E., (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, volledige uitgave, deel 2, Sellier, 2009, blz. 1217 en 1218.

<sup>28</sup> Zie bijvoorbeeld Moon, K., „The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?”, *European Intellectual Property Review*, deel 31, 2009, blz. 396-407, alsmede Saidov, D., en Green, S., „Software as goods”, *Journal of Business Law*, 2007, blz. 161-181.

<sup>29</sup> Zo is er bijvoorbeeld gesproken over de mogelijke herziening van het begrip „product” in artikel 2 van richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (PB 1985, L 210, blz. 29) in het licht van nieuwe technologieën. Zie in dat verband Commissie, Verslag over de gevolgen van kunstmatige intelligentie, het internet der dingen en robotica op het gebied van veiligheid en aansprakelijkheid, COM(2020) 64 final, 19 februari 2020, blz. 13 en 14.

<sup>30</sup> Zie de punten 70-72 infra.

41. In dat verband stel ik vast dat het Hof zich nog niet eerder heeft gebogen over de vragen die in de onderhavige zaak aan de orde zijn gesteld.<sup>31</sup> Om deze vragen te kunnen beantwoorden, moeten eerst enkele inleidende opmerkingen worden gemaakt over richtlijn 86/653 en de definitie van handelsagent, alsmede over het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*<sup>32</sup> (deel A). Vervolgens zal ik me buigen over de uitlegging van het begrip „goederen” in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, zoals vermeld in de eerste vraag (deel B). Ten slotte zal ik ingaan op de in de tweede vraag verzochte uitlegging van het begrip „verkoop” in die bepaling (deel C).<sup>33</sup>

42. Op basis van deze analyse ben ik tot de conclusie gekomen dat elektronisch verstrekte computersoftware met een permanente licentie, als hier aan de orde, kan worden aangemerkt als de „verkoop” van „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, en dat deze richtlijn derhalve van toepassing is op de situatie in het hoofdgeding.

## A. *Opmerkingen vooraf*

### 1. *Richtlijn 86/653 en de definitie van handelsagent*

43. Er zij in herinnering gebracht dat richtlijn 86/653 een essentieel wettelijk instrument is dat de handelsagentuur in de Europese Unie beheerst.<sup>34</sup> Zoals het Hof heeft erkend, heeft die richtlijn tot doel handelsagenten in hun betrekkingen met hun principalen te beschermen, de zekerheid in het handelsverkeer te bevorderen en het goederenverkeer tussen de lidstaten te vergemakkelijken door hun rechtsstelsels op het gebied van de handelsvertegenwoordiging onderling aan te passen (zie de tweede en de derde overweging).<sup>35</sup> Daartoe worden in richtlijn 86/653 geharmoniseerde regels vastgesteld inzake de rechten en verplichtingen van handelsagenten en hun principalen, de beloning van handelsagenten en de sluiting en beëindiging van handelsagentuurovereenkomsten, met inbegrip van met name de aan handelsagenten verschuldigde vergoeding of compensatie in geval van contractbeëindiging, een regeling die dwingend is.<sup>36</sup>

44. Artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 is de bepaling op grond waarvan handelsagenten in aanmerking komen voor de bescherming die deze richtlijn hun biedt, aangezien de daarin vervatte definitie van handelsagent de voorwaarden vaststelt waaraan een persoon moet voldoen om binnen de werkingssfeer van deze richtlijn te vallen. Zoals het Hof heeft geoordeeld, stelt artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 drie noodzakelijke en toereikende voorwaarden voor de kwalificatie van een persoon als handelsagent in de zin van deze richtlijn: ten eerste moet deze persoon een zelfstandige tussenpersoon zijn; ten tweede moet de contractuele relatie een permanent karakter hebben, en ten derde moet deze persoon een activiteit uitoefenen die bestaat

<sup>31</sup> Zie punt 45 infra.

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

<sup>33</sup> In dit verband lijkt het mij dat een zekere overlap weliswaar onvermijdelijk is, maar dat de twee vragen afzonderlijk moeten worden behandeld, met name vanwege de verschillende argumenten die ten aanzien van elk van beide vragen worden aangevoerd, en dat er geen reden is om af te wijken van de door de verwijzende rechter vastgestelde volgorde.

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld het werkdocument van de diensten van de Commissie over de evaluatie van richtlijn 86/653 (Refit-evaluatie), SWD(2015) 146 final, 16 juli 2015. Zie voor een gedetailleerde bespreking bijvoorbeeld Saintier, S., „Commercial agency in European Union private law”, in Twigg-Flesner, C., (red.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, blz. 273-285; zie bijvoorbeeld ook, met nadruk op de context van het Verenigd Koninkrijk, Randolph, F., en Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, 3e druk, Hart, 2010, alsmede Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, 5e druk, Bloomsbury Professional, 2020.

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 4 juni 2020, *Trendsetteuse* (C-828/18, EU:C:2020:438, punt 36).

<sup>36</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 19 april 2018, *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262, punt 34).

uit het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen voor de principaal, of uit het tot stand brengen en afsluiten van dergelijke handelingen voor rekening en in naam van de principaal<sup>37</sup>, zoals in casu aan de orde is.

45. Wat deze derde voorwaarde betreft, heeft het Hof artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 in het bijzonder zo uitgelegd dat handelsagenten die betrokken zijn bij de verkoop of aankoop van diensten in plaats van goederen, daar niet onder vallen.<sup>38</sup> Tot nu toe is het Hof echter niet verzocht de begrippen „verkoop” en „goederen” uit hoofde van deze bepaling te verduidelijken. Dit kan ten dele worden verklaard door het feit dat verschillende zaken betrekking hadden op nationale wetgeving die een ruime definitie van handelsagenten bevatte<sup>39</sup>, waardoor het niet nodig was om dit onderwerp uitvoerig te behandelen.<sup>40</sup>

## 2. Arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*

46. Er zij ook op gewezen dat het arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft*<sup>41</sup>, relevant is voor de onderhavige zaak, ook al situeert het zich in een andere context. Het was gebaseerd op een verzoek om een prejudiciële beslissing van een Duitse rechterlijke instantie over de uitlegging van artikel 4, lid 2, en artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's<sup>42</sup>. Een van de belangrijkste vragen die in die zaak waren gerezen, was of de verstrekking van een kopie van een computerprogramma door middel van downloaden op grond van een permanente licentie als „eerste verkoop of andere eigendomsovergang” kon worden aangemerkt, waardoor het recht om die kopie te verspreiden krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 was uitgeput.<sup>43</sup>

47. In dat arrest oordeelde het Hof dat het begrip „verkoop” in die bepaling moet worden beschouwd als een autonoom Unierechtelijk begrip, en volgens een algemeen aanvaarde definitie een overeenkomst is waarbij een persoon tegen betaling van een prijs zijn eigendomsrechten op een hem toebehorende lichamelijke of onlichamelijke zaak aan een ander overdraagt.<sup>44</sup> Op grond daarvan oordeelde het Hof dat met de beschikbaarstelling van een kopie van een computerprogramma en de verstrekking van een permanente licentie de eigendom van die kopie

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 21 november 2018, *Zako* (C-452/17, EU:C:2018:935, punt 23). Zoals het Hof in punt 24 van dat arrest heeft geoordeeld, volstaat het dan ook dat een persoon aan deze drie voorwaarden voldoet om als handelsagent in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 te kunnen worden aangemerkt, ongeacht op welke wijze hij zijn activiteit uitoefent en mits hij niet valt onder de uitzonderingen waarin artikel 1, lid 3, en artikel 2, lid 1, van deze richtlijn voorzien.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld beschikking van 6 maart 2003, *Abbey Life Assurance* (C-449/01, niet gepubliceerd, EU:C:2003:133) (betreffende een agent die betrokken is bij het sluiten van overeenkomsten voor levensverzekeringen, lijfrenten en sparen); zie ook de vindplaatsen in de volgende voetnoot.

<sup>39</sup> Hoewel nationale wetgeving inzake handelsagenten die andere activiteiten dan de verkoop of aankoop van goederen verrichten, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 86/653 valt, heeft het Hof geoordeeld dat het bevoegd is om in dergelijke gevallen uitspraak te doen: zie arresten van 16 maart 2006, *Poseidon Chartering* (C-3/04, EU:C:2006:176, punten 7, 11-19) (charterovereenkomst voor een schip); 28 oktober 2010, *Volvo Car Germany* (C-203/09, EU:C:2010:647, punten 23-28) (dealerovereenkomst); 17 oktober 2013, *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:663, punten 30 en 31) (overeenkomst inzake de exploitatie van een maritieme vervoersdienst); 3 december 2015, *Quenon K.* (C-338/14, EU:C:2015:795, punten 16-19) (overeenkomst inzake de verkoop van bank- en verzekeringsdiensten), en 17 mei 2017, *ERGO Poist'ovna* (C-48/16, EU:C:2017:377, punten 26-32) (overeenkomst inzake de verkoop van verzekeringsdiensten); zie verder de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:301, punt 48, voetnoot 26).

<sup>40</sup> Het Hof (of de advocaat-generaal) heeft bijvoorbeeld in de arresten van 23 maart 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199) (betreffende een agent die bedrijfsinformatiediensten bevordert), en 19 april 2018, *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262) (betreffende een agent die de verkoop van eengezinswoningen bevordert), de definitie van handelsagent niet besproken.

<sup>41</sup> C-128/11, EU:C:2012:407. Zie voor een gedetailleerde bespreking bijvoorbeeld Charleton, P., en Kelly, S., „The Oracle Speaks. C-128/11”, *The Bar Review*, deel 18, 2013, blz. 33-44; zie voor een kritisch perspectief bijvoorbeeld ook Moon, K., „Revisiting *UsedSoft v. Oracle*. Is Software Property and Can It Be Sold?”, *Computer Law Review International*, 2017, blz. 113-119.

<sup>42</sup> PB 2009, L 111, blz. 16.

<sup>43</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punten 20-35).

<sup>44</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punten 40 en 42).

wordt overgedragen, en dat dit een „verkoop” in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 vormt.<sup>45</sup> Deze conclusie heeft het Hof gegrond op de vaststelling dat het irrelevant is of de kopie van het computerprogramma aan de klant beschikbaar werd gesteld als download of op een materiële drager.<sup>46</sup> Het heeft ook overwogen dat er, indien het begrip „verkoop” niet ruim werd uitgelegd, in die zin dat daaronder alle vormen van verhandeling van een product vallen die worden gekenmerkt door de verlening van een in de tijd onbeperkt gebruiksrecht voor een kopie van een computerprogramma tegen betaling van een prijs die voor de houder van het auteursrecht een vergoeding moet vormen die overeenstemt met de economische waarde van de kopie van het hem toebehorende werk, afbreuk zou worden gedaan aan het nuttig effect van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24, daar de leveranciers de overeenkomst slechts zouden hoeven aan te duiden als „licentie” en niet als „verkoop” om de uitputtingsregel te omzeilen.<sup>47</sup>

48. Het Hof heeft voorts overwogen dat de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 bedoelde uitputting van het distributierecht gold voor zowel materiële als immateriële kopieën van een computerprogramma.<sup>48</sup> Het merkte in het bijzonder op dat de formulering van die bepaling in dat opzicht geen onderscheid maakte.<sup>49</sup> Het heeft ook geoordeeld dat economisch gezien de verkoop van een computerprogramma op een materiële drager en als download vergelijkbaar waren, omdat de overdracht online functioneel gelijkwaardig was aan de overhandiging van een materiële drager. Uitlegging van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2009/24 aan de hand van het beginsel van gelijke behandeling rechtvaardigde dus een gelijke behandeling van deze methoden.<sup>50</sup>

49. De benadering van het Hof in het arrest UsedSoft is in latere rechtspraak herhaald.<sup>51</sup> Zoals blijkt uit het arrest van 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers<sup>52</sup>, benadrukt het feit dat het Hof een onderscheid heeft gemaakt tussen zijn bevindingen in het arrest UsedSoft en omstandigheden die zich in andere situaties voordoen, het bijzondere karakter van computerprogramma’s, met name wat betreft de gelijkstelling van materiële en immateriële vormen van verstrekking, in vergelijking met andere digitale producten.

50. Uit het arrest UsedSoft volgt dan ook dat de elektronische levering van computersoftware met een permanente licentie uit functioneel en economisch oogpunt het voorwerp kan zijn van een „verkoop” en dat de methoden van overdracht op een materiële drager en langs immateriële weg soortgelijke gevolgen kunnen hebben. Dit arrest ondersteunt derhalve het standpunt dat de levering van de software in de omstandigheden van het onderhavige geval kan worden aangemerkt als „verkoop” van „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653. Ik zal later in mijn analyse op dit arrest terugkomen (zie de punten 74, 85 en 87 van deze conclusie).

<sup>45</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punten 44-46 en 48).

<sup>46</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 47).

<sup>47</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 49).

<sup>48</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 59).

<sup>49</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 55).

<sup>50</sup> Zie arrest van 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punt 61).

<sup>51</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 23 januari 2014, Nintendo e.a. (C-355/12, EU:C:2014:25, punt 23), en 12 oktober 2016, Ranks en Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762, punten 28, 30, 35, 36, 49, 50 en 53-55); zie ook de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in laatstgenoemde zaak (EU:C:2016:384, punten 69-80).

<sup>52</sup> C-263/18, EU:C:2019:1111, punten 53-58. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in die zaak (EU:C:2019:697, punten 52-67).

## B. Eerste vraag

51. Zoals vermeld in punt 38 van deze conclusie is de eerste vraag die aan het Hof wordt gesteld of elektronisch verstrekte computersoftware, als hier aan de orde, onder het begrip „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt.

52. Volgens de argumenten van Computer Associates vallen alleen materiële goederen onder het begrip „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, zodat computersoftware die langs immateriële weg wordt verstrekt, zoals in casu, daar niet onder valt. The Software Incubator, de Duitse regering en de Commissie zijn het daar niet mee eens.

53. Zoals blijkt uit punt 4 van deze conclusie wordt in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 niet verwezen naar het nationale recht. Volgens vaste rechtspraak<sup>53</sup> moeten de begrippen in die bepaling, en met name het begrip „goederen”, dus autonoom en uniform worden uitgelegd in de gehele Europese Unie, onafhankelijk van de nationale wetgeving.<sup>54</sup> Bij deze uitlegging moet rekening worden gehouden met de bewoordingen en de context van die bepaling en met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt.<sup>55</sup> Ook de ontstaansgeschiedenis kan relevante gegevens voor de uitlegging van die bepaling bevatten.<sup>56</sup>

54. Op grond daarvan ben ik tot de conclusie gekomen dat elektronisch verstrekte computersoftware als hier aan de orde, onder het begrip „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt. Mijn redenen voor deze conclusie zijn de volgende.

55. Wat de bewoordingen van richtlijn 86/653 betreft, wordt het begrip „goederen” niet alleen in artikel 1, lid 2, van deze richtlijn gebruikt, maar ook in artikel 4, lid 2, onder a), artikel 6, lid 1, en artikel 20, lid 2, onder b), van deze richtlijn. In geen van deze bepalingen wordt echter de betekenis of de strekking van dit begrip nader bepaald. Wat de door Computer Associates aangevoerde argumenten betreft, lijken de in andere taalversies van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 gebruikte bewoordingen niet te pleiten voor een uitlegging van deze bepaling die zich beperkt tot materiële zaken.<sup>57</sup> Zo zou bijvoorbeeld volgens de Duitse regering de Duitse taalversie steun bieden voor een uitlegging van „goederen” die ook immateriële goederen omvat (zie punt 32 van deze conclusie). Bovendien bieden deze taalversies geen aanwijzingen dat onder het begrip „goederen” noodzakelijkerwijs alleen materiële zaken vallen.

56. In dit verband moet worden opgemerkt dat de omstandigheden van deze zaak verschillen van de omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot de beschikking van 10 februari 2004, Mavrona.<sup>58</sup> In deze beschikking verwierp het Hof de mogelijkheid om de werkingssfeer van richtlijn 86/653 uit te breiden tot handelsagenten die voor rekening van de principaal maar in eigen naam handelden, onder meer omdat dit in strijd was met de uitdrukkelijke bewoordingen van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653. In deze zaak is het daarentegen niet de bedoeling verder

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 4 juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, punt 25).

<sup>54</sup> Dit is erkend in eerdere rechtspraak van het Verenigd Koninkrijk (zie bijvoorbeeld *Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch), met name de punten 74, 86 en 93) en in overheidsdocumenten (zie Department of Trade and Industry, Guidance Notes on the Commercial Agents [Council Directive] Regulations 1993, 1994, regeling 2, „Uitlegging”, vierde alinea). Zie in dat verband verder Tosato, A., „An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, blz. 544-565.

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 8 september 2020, Recorded Artists Actors Performers (C-265/19, EU:C:2020:677, punt 46).

<sup>56</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 1 oktober 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, punt 48).

<sup>57</sup> Zie voetnoot 15 supra.

<sup>58</sup> C-85/03, EU:C:2004:83, punten 15-21.

te gaan dan de in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 vastgestelde harmonisatie, maar gaat het erom dat het Hof de in deze bepaling vervatte begrippen, zoals „goederen”, uitlegt wanneer in de tekst zelf geen duidelijke betekenis is gegeven.

57. Bijgevolg geven de bewoordingen van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 geen eenduidig antwoord op de vraag of elektronisch verstrekte computersoftware, als hier aan de orde, onder het begrip „goederen” in de zin van deze bepaling valt. Deze bepaling maakt echter geen onderscheid naar de materiële of immateriële aard van de betrokken goederen. Zij maakt dus een ruime uitlegging van het begrip „goederen” mogelijk die alle materiële en immateriële goederen omvat die het voorwerp kunnen zijn van handelstransacties.

58. De ontstaansgeschiedenis van richtlijn 86/653 biedt steun voor een dergelijke uitlegging. In het voorstel van de Commissie<sup>59</sup> wordt in de bepaling met de definitie van handelsagent verwezen naar „een onbepaald aantal handelstransacties”, waardoor zowel goederen als diensten daaronder vallen.<sup>60</sup> Anders dan een andere bepaling in dat voorstel, die betrekking had op „roerende voorwerpen en andere waarden” die aan de principaal toebehoren en waarop de handelsagent bij het einde van de agentuurovereenkomst een retentierecht had, is het begrip „goederen” niet nauwkeurig omschreven.<sup>61</sup> Deze bepalingen zijn in het gewijzigde voorstel van de Commissie<sup>62</sup>, na de eerste lezing van het Europees Parlement<sup>63</sup> en het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité<sup>64</sup>, met enige redactionele toevoeging gehandhaafd.

59. Tijdens de eerste zitting van de Raad over het gewijzigde voorstel<sup>65</sup> was de Deense delegatie echter van mening dat dit voorstel „beperkt zou moeten blijven tot handelstransacties die betrekking hebben op de verkoop van goederen”, hetgeen door de Ierse delegatie en de delegatie van het Verenigd Koninkrijk werd gesteund. Dit kwam tot uiting in de opmerkingen van deze delegaties over de definitie van handelsagent, waarin zij verzochten om „handelstransacties” te definiëren als „overeenkomsten voor de verkoop van producten”.<sup>66</sup>

60. Bijgevolg heeft de Commissie een werkdokument uitgebracht over de werkingssfeer van het voorstel voor een richtlijn<sup>67</sup>, waarin zij een standpunt heeft ingenomen over mogelijke manieren om de werkingssfeer te begrenzen. Zij merkte met name op dat diensten zouden kunnen worden uitgesloten, aangezien het richtlijnvoorstel maar op een beperkt aantal soorten diensten van toepassing zou zijn. Toch was het volgens haar van essentieel belang dat de voorgestelde richtlijn ook van toepassing zou zijn op handelsagenten die werkzaam zijn in sectoren die van bijzonder economisch belang zijn, namelijk de aan- en verkoop van goederen. Zij gaf aan dat de voorgestelde richtlijn alleen van toepassing zou kunnen zijn op agenten die industriële producten

<sup>59</sup> Zie het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad ter coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake de (zelfstandige) handelsagenten, COM(76) 670 def., 13 december 1976, (hierna: „voorstel”), ontwerpartikel 2.

<sup>60</sup> Zie in dat verband het in voetnoot 59 supra aangehaalde voorstel, ontwerpartikel 7, leden 1 en 2, ontwerpartikel 8, lid 1, ontwerpartikel 9, lid 2, ontwerpartikel 10, lid 2, onder a), ontwerpartikel 11, lid 2, ontwerpartikel 21, lid 1, en ontwerpartikel 32, lid 2.

<sup>61</sup> Zie het in voetnoot 59 supra aangehaalde voorstel, ontwerpartikel 29, lid 2.

<sup>62</sup> Zie de wijziging van het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad ter coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake de (zelfstandige) handelsagenten, COM(78) 773 def., 22 januari 1979 (hierna: „gewijzigd voorstel”), ontwerpartikelen 2 en 29.

<sup>63</sup> Zie de resolutie houdende advies van het Europese Parlement inzake het voorstel, 12 september 1978 (PB 1978, C 239, blz. 18), in het bijzonder de ontwerpartikelen 2 en 29.

<sup>64</sup> Zie het advies van het Economisch en Sociaal Comité inzake het voorstel, 24 november 1977 (PB 1978, C 59, blz. 31), in het bijzonder de punten 2.3.1, 2.8.7 en 2.8.8.

<sup>65</sup> Zie Doc 8278/79, 18 juli 1979, blz. 2 en 3.

<sup>66</sup> Zie Doc 8278/79, aangehaald in voetnoot 65 supra, blz. 6 en 7.

<sup>67</sup> Zie Doc 8664/79, 22 augustus 1979.

kopen of verkopen en niet op diensten of grondstoffen, aangezien bepaalde soorten goederen, zoals grondstoffen en landbouwproducten, zelden door handelsagenten worden gekocht of verkocht.

61. In zijn volgende zitting<sup>68</sup> heeft de Raad, rekening houdend met dat werkdocument, zijn voorkeur uitgesproken voor de oplossing waarbij het voorstel voor een richtlijn „ten minste betrekking zou hebben op activiteiten die verband houden met de verkoop en aankoop van goederen”. In dat verband spraken verscheidene delegaties zich uit voor een aanpak waarbij diensten werden uitgesloten, en de Deense en de Ierse delegatie en de delegatie van het Verenigd Koninkrijk maakten een voorbehoud bij een oplossing waarbij meer dan alleen de verkoop van goederen werd geregeld. Zo blijkt uit de notulen van die vergadering dat „aangezien het niet mogelijk was deze kwestie of de vraag of de richtlijn van toepassing moet zijn op goederen, producten of lichamelijke zaken, te regelen, *de werkgroep* voor haar besprekingen is uitgegaan van de *veronderstelling* dat de richtlijn van toepassing zou zijn op *handelsagenten die zich bezighouden met de verkoop of aankoop van goederen*”.<sup>69</sup> Dit heeft ingang gevonden in de definitie van het begrip handelsagent, die betrekking had op de verkoop of aankoop van goederen.<sup>70</sup>

62. Deze benadering is gehandhaafd in de tekst van richtlijn 86/653 zoals die is vastgesteld.<sup>71</sup> De ontwerpbevestiging betreffende het retentierecht van de handelsagent op „roerende voorwerpen en andere waarden” van de principaal werd gewijzigd en vervolgens in de loop van het besluitvormingsproces geschrapt.<sup>72</sup>

63. Bijgevolg kan uit het overeengekomen gebruik van het begrip „goederen”, in plaats van „producten”, „materiële goederen” of „roerende goederen”, worden afgeleid dat het de bedoeling was dat het begrip in ruime zin betrekking had op het voorwerp van transacties die de hoofdactiviteiten van handelsagenten vertegenwoordigden<sup>73</sup>, en dat dit begrip niet noodzakelijkerwijs beperkt was tot materiële en roerende goederen. Deze uitlegging is ook in overeenstemming met de historische context van richtlijn 86/653, waarin een internationaal verdrag inzake de vertegenwoordiging bij internationale koop van roerende zaken<sup>74</sup> is vastgesteld dat, overeenkomstig de toenmalige hoofdactiviteiten van handelsagenten in de internationale handel, beperkt was tot de verkoop van goederen.<sup>75</sup> Anders dan Computer Associates stelt, zijn er in de bovengenoemde documenten aanwijzingen dat de mogelijke toepassing van deze richtlijn op „producten” misschien niet zozeer bedoeld was om ruimer te zijn dan „goederen”,

<sup>68</sup> Zie Doc 11507/79, 11 december 1979, blz. 2.

<sup>69</sup> Zie Doc 11507/79, aangehaald in voetnoot 68 supra, blz. 2.

<sup>70</sup> Zie Doc 11507/79, aangehaald in voetnoot 68 supra, blz. 3 en 9.

<sup>71</sup> Zie bijvoorbeeld Doc 7379/86, 4 juni 1986, blz. 3, en Doc 8543/86, 18 juli 1986, blz. 3. In dat verband werd het voorstel van de delegatie van het Verenigd Koninkrijk om „of de aankoop” uit de definitie van handelsagent te schrappen (zie bijvoorbeeld Doc 6877/80 van 6 mei 1980, blz. 22) verworpen.

<sup>72</sup> Zie bijvoorbeeld Doc 4737/81, 10 februari 1981, blz. 8 en 9; Doc 10292/81, 28 oktober 1981, blz. 8-10; Doc 4347/82, 21 januari 1982, blz. 23, en Doc 7381/83, 9 juni 1983, blz. 19.

<sup>73</sup> Dit blijkt uit bepaalde publicaties die als bijlage bij de opmerkingen van Computer Associates zijn gevoegd en die destijds zijn verschenen: zie Lando, O., „The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, deel 44, 1980, blz. 1-16, met name blz. 2 en 5; United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, nr. 84, 1977, met name artikel 2, onder a) tot en met c), blz. 15.

<sup>74</sup> Verdrag inzake de vertegenwoordiging bij internationale koop van roerende zaken, ondertekend te Genève op 17 februari 1983, te raadplegen via <http://www.unidroit.org>; dit verdrag is niet in werking getreden vanwege een onvoldoende aantal ratificaties. Zie verder bijvoorbeeld Jansen, N., en Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, blz. 592 en 593.

<sup>75</sup> Zie in dat verband Maskow, D., „Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods”, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, deel os-17, 1, 1989, blz. 61-187, op blz. 99-101.

maar om, met name in het licht van de verwijzing naar „industriële producten”, specifieke soorten goederen in de handel aan te duiden die een belangrijk onderdeel vormden van het werk van handelsagenten.

64. De context van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 bevestigt voorts het standpunt dat het begrip „goederen” in deze bepaling zo kan worden uitgelegd dat het betrekking heeft op zowel materiële als immateriële goederen. In het bijzonder beperkt een dergelijke uitlegging een handelsagent niet in de uitoefening van zijn belangrijkste werkzaamheden uit hoofde van richtlijn 86/653, die bestaan in het werven van nieuwe klanten voor de principaal en het uitbreiden van de zakelijke betrekkingen met bestaande klanten, zoals blijkt uit de artikelen 3, 4 en 17 daarvan.<sup>76</sup>

65. Een dergelijke uitlegging staat ook niet in de weg aan de werking van de andere bepalingen van richtlijn 86/653 waarin het begrip „goederen” wordt genoemd. In dat verband kunnen worden genoemd: de omschrijving van de door de principaal te leveren goederen krachtens artikel 4, lid 2, onder a), van richtlijn 86/653, de passende beloning voor een handelsagent op basis van wat krachtens artikel 6, lid 1, van deze richtlijn aan de betrokken handelsagenten die zich met goederen bezighouden wordt gegeven, en het vereiste dat een aan de handelsagent opgelegd concurrentiebeding slechts geldig is indien het betrekking heeft op het soort goederen waarop de agentuurovereenkomst krachtens artikel 20, lid 2, onder b), van deze richtlijn betrekking heeft, ongeacht of de goederen materieel of immaterieel zijn.

66. Dit wordt geïllustreerd door de omstandigheden van het onderhavige geval. Zoals in punt 9 van deze conclusie is opgemerkt, werd de software in de overeenkomst behandeld als een verhandelbaar „product” dat The Software Incubator moest promoten, verhandelen en verkopen. Bovendien gold ingevolge die overeenkomst dat 1) The Software Incubator met betrekking tot de software aanzienlijke tijd en moeite moest besteden aan de ontwikkeling van de verkoop en het opbouwen van klantenrelaties voor Computer Associates; 2) de berekening van de commissie van The Software Incubator was gebaseerd op de verkoop van de software, en 3) er een beperkend concurrentiebeding was dat The Software Incubator verbood activiteiten te ontplooiën die met de software concurreerden. Op grond daarvan moet worden opgemerkt dat het feit dat de software langs immateriële weg werd verstrekt, The Software Incubator of Computer Associates niet leek te beletten hun verantwoordelijkheden uit hoofde van de overeenkomst waar te nemen.

67. Anders dan Computer Associates betoogt, is artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 wel een centrale bepaling voor de afbakening van de werkingsfeer van deze richtlijn, maar uit die bepaling volgt niet dat het begrip „goederen” uitsluitend moet worden opgevat als een verwijzing naar materiële zaken. Op basis van de rechtspraak van het Hof (zie punt 44 van deze conclusie) is de definitie van handelsagent in deze bepaling een omvattende definitie, in die zin dat alle personen die aan de daarin gestelde voorwaarden voldoen, worden geacht handelsagenten te zijn, mits zij niet onder de uitzonderingen van artikel 1, lid 3, en artikel 2, lid 1, van de richtlijn vallen. Deze uitzonderingen hebben in het algemeen betrekking op het beroep en de werkzaamheden van bepaalde categorieën personen, en niet op het soort goederen dat wordt verhandeld.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Zie in dat verband arresten van 12 december 1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, punt 26), en 4 juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, punt 33).

<sup>77</sup> In het algemeen sluit artikel 1, lid 3, van richtlijn 86/653 personen die werkzaam zijn in vennootschappen, maatschappen of die betrokken zijn bij een faillissement uit, terwijl artikel 2, lid 1, van die richtlijn handelsagenten uitsluit wier werkzaamheden niet worden beloofd of die werkzaam zijn op grondstoffenmarkten, alsmede een specifieke instantie in het Verenigd Koninkrijk.

68. Bovendien doet de uitlegging van het begrip „goederen” op andere gebieden van het Unierecht geen afbreuk aan mijn analyse. Met name in het kader van Uniemaatregelen inzake douane<sup>78</sup> en btw<sup>79</sup>, waar het begrip „goederen” beperkt is tot „materiële goederen”, valt computersoftware die langs immateriële weg wordt verstrekt, niet onder „goederen”, terwijl in het kader van Uniemaatregelen inzake merken<sup>80</sup> en medische hulpmiddelen<sup>81</sup> computersoftware als een soort „goederen” wordt aangemerkt. Deze voorbeelden verschillen van de context van het onderhavige geval, waarin het begrip „goederen” in de zin van richtlijn 86/653 niet uitdrukkelijk tot materiële zaken is beperkt en computersoftware niet wordt genoemd.

69. Evenzo heeft het Hof „goederen” in het kader van het vrije verkeer van goederen steeds in ruime zin aangemerkt als „in geld waardeerbare en als zodanig verhandelbare producten”.<sup>82</sup> Zo vallen bijvoorbeeld elektronische spelen, met inbegrip van computerspellen<sup>83</sup>, en elektriciteit<sup>84</sup> onder die definitie, hoewel zij van immateriële aard zijn. Aangezien de software, zoals duidelijk blijkt uit de omstandigheden van dit geval, een product is dat in geld is gewaardeerd en dat het voorwerp is geweest van handelstransacties, lijkt het volledig binnen die definitie te vallen. Anders dan Computer Associates stelt, hebben de uitspraken van het Hof in het arrest Sacchi<sup>85</sup> dat de uitzending van televisieberichten een dienst is, terwijl de voor de uitzending van televisieberichten gebruikte producten goederen zijn, en in het arrest Jägerskiöld<sup>86</sup> dat visrechten en visvergunningen eerder diensten dan goederen zijn, mijns inziens betrekking op de specifieke omstandigheden van die gevallen en wijzen deze uitspraken in die context niet op een algemene beperking van „goederen” tot materiële goederen.

70. De richtlijnen 2011/83, 2019/770 en 2019/771 bieden naar mijn mening ook geen steun voor een uitlegging van „goederen” in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 die zich beperkt tot materiële zaken. Kort gezegd zijn deze richtlijnen belangrijke rechtsinstrumenten in het Unierecht inzake consumentenovereenkomsten.<sup>87</sup> Richtlijn 2011/83 heeft betrekking op consumentenovereenkomsten voor de verstrekking van digitale inhoud, ongeacht de wijze

<sup>78</sup> In het kader van Uniemaatregelen betreffende het gemeenschappelijke douanestelsel is het begrip „goederen” zodanig uitgelegd dat dit in het licht van de aard van dat stelsel slechts betrekking heeft op „materiële goederen”, waardoor er vragen zijn gerezen met betrekking tot computersoftware als immaterieel goed dat voor de bepaling van de douanewaarde deel uitmaakt van een materieel goed. Zie bijvoorbeeld arresten van 14 juli 1977, Bosch (1/77, EU:C:1977:130, punt 4); 18 april 1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153, punt 21); 16 november 2006, Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716, punten 30, 31 en 37), en 10 september 2020, BMW (C-509/19, EU:C:2020:694, punten 13-23); zie ook de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68, punten 50-58).

<sup>79</sup> In het kader van Uniemaatregelen inzake de btw-regeling is het begrip „levering van goederen” uitdrukkelijk beperkt tot „materiële goederen”, zodat digitale producten, met inbegrip van computersoftware, die langs immateriële weg worden verstrekt, als een levering van „diensten” worden geclassificeerd, terwijl dergelijke producten die op een materiële drager worden verstrekt, als een levering van „goederen” worden aangemerkt. Zie bijvoorbeeld arresten van 5 maart 2015, Commissie/Frankrijk (C-479/13, EU:C:2015:141, punt 35); 5 maart 2015, Commissie/Luxemburg (C-502/13, EU:C:2015:143, punt 42), en 7 maart 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, punten 43-72, met name punt 50). Zie ook, in de context van op de behoeften van de klant afgestemde computersoftware, arrest van 27 oktober 2005, Levob Verzekeringen en OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649, punten 17-30), en de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Levob Verzekeringen en OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292, punten 28-60).

<sup>80</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 29 januari 2020, Sky e.a. (C-371/18, EU:C:2020:45, met name de punten 30, 47 en 54).

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 22 november 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, met name de punten 16-19).

<sup>82</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 10 december 1968, Commissie/Italië (7/68, EU:C:1968:51, blz. 598), en 23 januari 2018, Buhagiar e.a. (C-267/16, EU:C:2018:26, punt 67).

<sup>83</sup> Zie arrest van 26 oktober 2006, Commissie/Griekenland (C-65/05, EU:C:2006:673, punten 23 en 24).

<sup>84</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 6 december 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, punt 34), en de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak FENS (C-305/17, EU:C:2018:536, punten 19-21).

<sup>85</sup> Zie arrest van 30 april 1974 (155/73, EU:C:1974:40, punten 6 en 7).

<sup>86</sup> Zie arrest van 21 oktober 1999 (C-97/98, EU:C:1999:515, punten 30-39).

<sup>87</sup> Zie voor een bespreking van deze richtlijnen en hun bredere context bijvoorbeeld Helberger, N., e.a., „Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, deel 36, 2013, blz. 37-57; Jansen en Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, aangehaald in voetnoot 74 van deze conclusie, blz. 1-18; Staudenmayer, D., „The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy”, *European Review of Private Law*, deel 28, 2020, blz. 219-250.

waarop deze wordt overgedragen, en terwijl digitale inhoud die op een materiële drager wordt verstrekt onder „goederen” valt, wordt digitale inhoud die langs immateriële weg wordt verstrekt niet geacht het voorwerp te zijn van een verkoopovereenkomst of een dienstenovereenkomst maar worden daarvoor specifieke regels vastgesteld.<sup>88</sup> Deze richtlijn biedt dus geen oplossing voor de indeling van dergelijke digitale inhoud<sup>89</sup> en stelt voor deze inhoud een categorie sui generis vast, naast die van „goederen” die als „roerende lichamelijke zaken” worden gedefinieerd.<sup>90</sup>

71. Richtlijnen 2019/770 en 2019/771 zijn op dezelfde manier opgebouwd. Richtlijn 2019/770 is van toepassing op consumentenovereenkomsten voor de levering van digitale inhoud of digitale diensten, ongeacht het medium, materieel of immaterieel, dat voor de overdracht wordt gebruikt, en heeft zelfs betrekking op de materiële drager zelf die uitsluitend als drager van digitale inhoud dient.<sup>91</sup> De kwestie van de juridische aard van dergelijke overeenkomsten wordt echter overgelaten aan het nationale recht.<sup>92</sup> In aanvulling hierop stelt richtlijn 2019/770 geharmoniseerde regels vast voor consumentenovereenkomsten die betrekking hebben op de verkoop van goederen, waaronder „goederen met digitale elementen”, zijnde alle „roerende lichamelijke zaken” waarin digitale inhoud of een digitale dienst zijn verwerkt of die daarmee onderling verbonden zijn voor het functioneren ervan.<sup>93</sup> Die richtlijn beperkt „goederen” dus tot „roerende lichamelijke zaken”, terwijl er specifieke regels voor digitale goederen aan worden toegevoegd.

72. Op basis daarvan moet met name worden opgemerkt dat deze drie richtlijnen het voornemen van de Uniewetgever weergeven om speciale regels uit te werken teneinde digitale inhoud, met inbegrip van computersoftware, in consumentenovereenkomsten in aanmerking te nemen zonder het traditionele begrip „goederen” te verstoren, dat, anders dan in richtlijn 86/653, uitdrukkelijk aan tastbare zaken is gebonden. Bovendien worden in richtlijn 2019/770 materiële en immateriële methoden voor de levering van digitale inhoud gelijkgesteld, wat ervoor pleit het begrip „goederen” in richtlijn 86/653 zo uit te leggen dat beide categorieën goederen eronder vallen.

73. Ten slotte deel ik de mening van The Software Incubator, de Duitse regering en de Commissie dat een uitlegging van het begrip „goederen” in die zin dat daaronder zowel materiële als immateriële goederen vallen, in overeenstemming is met de doelstellingen van richtlijn 86/653. Er zij met name op gewezen dat de beperking van het begrip „goederen” tot materiële goederen tot gevolg zou hebben dat handelsagenten die onderhandelen over de verkoop van hetzelfde artikel dat langs immateriële weg wordt geleverd, niet worden beschermd. Dit zou de reikwijdte van de bescherming die aan handelsagenten wordt geboden in hun betrekkingen met hun principalen krachtens richtlijn 86/653 beperken, terwijl die bescherming een van de doelstellingen van die richtlijn is (zie punt 43 van deze conclusie).

74. In dat verband heeft het Hof, zoals vermeld in de punten 46 tot en met 50 van deze conclusie, in het arrest UsedSoft erkend dat de verstrekking van een computerprogramma op een materiële drager het functionele equivalent is van overdracht door middel van downloaden. Uit dit arrest

<sup>88</sup> Zie richtlijn 2011/83, met name artikel 1, artikel 5, lid 2, artikel 6, lid 2, artikel 9, lid 2, onder c), artikel 14, lid 4, onder b), artikel 16, onder m) en artikel 17, lid 1, alsmede overweging 19. Zie bijvoorbeeld ook het verslag van de Commissie over de toepassing van richtlijn 2011/83, COM(2017) 259 final, 23 mei 2017, punt 5.

<sup>89</sup> Zie in dat verband Helberger e.a., aangehaald in voetnoot 87 supra, blz. 44.

<sup>90</sup> Zie richtlijn 2011/83, artikel 2, lid 3.

<sup>91</sup> Zie richtlijn 2019/770, met name artikel 1 en artikel 3, leden 1 en 3, en overwegingen 19 en 20.

<sup>92</sup> Zie richtlijn 2019/770, met name overweging 12.

<sup>93</sup> Zie richtlijn 2019/771, met name artikel 1, artikel 2, lid 5, en artikel 3, leden 3 en 4, en overwegingen 12-16. Zie ook richtlijn 2019/770, artikel 2, lid 3, en artikel 3, lid 4, en overwegingen 21 en 22.

volgt dus dat een uitlegging van het begrip „goederen” in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 in die zin dat daaronder zowel materiële als immateriële goederen vallen, ervoor zorgt dat alle handelsagenten die verkooptransacties voor computersoftware tot stand brengen, dezelfde bescherming genieten, ongeacht de wijze waarop deze software wordt verstrekt.

75. Daarentegen zou een uitlegging van het begrip „goederen” in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 die zich beperkt tot materiële zaken, een principaal in staat stellen de dwingende bepalingen van richtlijn 86/653 te omzeilen, met inbegrip van de bepalingen betreffende de aan handelsagenten bij beëindiging van de agentuurovereenkomst verschuldigde vergoeding of compensatie (zie punt 43 van deze conclusie), door er eenvoudigweg voor te zorgen dat de goederen langs immateriële weg worden verstrekt. Dit zou de door die richtlijn nagestreefde doelstellingen om handelsagenten te beschermen en de veiligheid van handelstransacties te bevorderen, ondermijnen. Zoals The Software Incubator en de Commissie hebben opgemerkt, mag een handelsagent immers geen bescherming uit hoofde van die richtlijn worden onthouden op grond van een beslissing van een principaal, of, in voorkomend geval, een klant, over de wijze van levering, die kan worden genomen nadat die agent zijn taak om de verkooptransactie tot stand te brengen, heeft uitgevoerd.

76. Bovendien wijst niets erop, anders dan Computer Associates betoogt, dat de verwijzing naar „handel in goederen” in de derde overweging van richtlijn 86/653, gelezen in samenhang met de artikelen 1 en 2 van deze richtlijn, een uitlegging van het begrip „goederen” ondersteunt die zich beperkt tot materiële zaken. Deze verwijzing heeft betrekking op het doel van richtlijn 86/653, namelijk de harmonisatie van de regels van de lidstaten inzake handelsagentuur met het oog op de totstandbrenging van een interne markt, en is niet van belang voor de betekenis van „goederen” als bedoeld in artikel 1, lid 2, van deze richtlijn. Dit blijkt uit het feit dat een dergelijke verwijzing in identieke vorm is opgenomen in het voorstel van de Commissie voor richtlijn 86/653, dat een ruimere definitie van handelsagent bevatte die betrekking had op goederen en diensten (zie punt 58 van deze conclusie).<sup>94</sup>

77. Voorts moet rekening worden gehouden met de noodzaak van een dynamische of voortschrijdende uitlegging van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, waarbij rekening wordt gehouden met technologische ontwikkelingen, hetgeen in overeenstemming is met de door die richtlijn nagestreefde doelstellingen<sup>95</sup>: het aanbieden van computersoftware als download was ten tijde van de vaststelling van richtlijn 86/653 weliswaar niet te voorzien, maar tegenwoordig is het wijdverbreid. In die omstandigheden zou de doeltreffendheid van de in richtlijn 86/653 neergelegde regels inzake handelsagenten mijns inziens worden ondermijnd indien dergelijke technologische ontwikkelingen buiten beschouwing werden gelaten.

78. Ik concludeer derhalve dat computersoftware die elektronisch aan de klanten van een principaal wordt verstrekt, als hier aan de orde, onder het begrip „goederen” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt.

<sup>94</sup> Zie het voorstel, aangehaald in voetnoot 59 van deze conclusie, derde overweging. Zie ook het gewijzigde voorstel, aangehaald in voetnoot 62 van deze conclusie, derde overweging.

<sup>95</sup> Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459, punten 24-40), en de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, punten 69-84).

### *C. Tweede vraag*

79. Zoals vermeld in punt 38 van deze conclusie is de tweede vraag die aan het Hof is gesteld of een kopie van computersoftware die aan de klanten van een principaal wordt verstrekt op grond van een permanente licentie, als hier aan de orde, als een „verkoop” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 kan worden aangemerkt.

80. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing en de aan het Hof verstrekte informatie geeft de door Computer Associates aan haar klanten verleende licentie de klant in de omstandigheden van het onderhavige geval het recht om voor onbepaalde duur een kopie van de software te gebruiken tegen betaling van een vergoeding die overeenkomt met de economische waarde van die kopie (zie de punten 11 en 12 van deze conclusie).

81. Volgens de door Computer Associates aangevoerde argumenten kan een dergelijke licentie niet als een „verkoop” worden beschouwd omdat er geen sprake is van een eigendomsoverdracht van de software. The Software Incubator, de Duitse regering en de Commissie nemen een ander standpunt in.

82. Zoals in punt 53 van deze conclusie is opgemerkt, verwijzen de bewoordingen in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653, waaronder het begrip „verkoop”, niet naar het nationale recht. Dit begrip moet derhalve worden beschouwd als een autonoom Unierechtelijk begrip, dat onafhankelijk van de nationale wetgeving in de gehele Europese Unie op uniforme wijze moet worden uitgelegd, met name onder verwijzing naar de bewoordingen, de context en de doelstellingen van richtlijn 86/653.

83. Op grond daarvan ben ik tot de conclusie gekomen dat computersoftware die aan de klanten van een principaal wordt geleverd op grond van een permanente licentie, als hier aan de orde, en die de klant het recht verleent om voor onbepaalde tijd een kopie van de software te gebruiken tegen betaling van een vergoeding die overeenkomt met de economische waarde van die kopie, onder het begrip „verkoop” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt. Ik kom om de volgende redenen tot deze conclusie.

84. De bewoordingen van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 bieden geen enkele aanwijzing over de wijze waarop het begrip „verkoop” moet worden uitgelegd. Wat de door Computer Associates aangevoerde argumenten betreft, lijken de in de verschillende taalversies van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 gebruikte bewoordingen er niet op te wijzen dat het begrip „verkoop” noodzakelijkerwijs op een bepaalde manier moet worden uitgelegd.<sup>96</sup>

85. Evenwel zij erop gewezen dat het gebruik van het begrip „verkoop” zonder enig voorbehoud in deze bepaling een uitlegging mogelijk maakt die betrekking heeft op alle handelingen die een eigendomsoverdracht van goederen met zich brengen. In dit verband heeft het Hof, zoals vermeld in de punten 46 tot en met 50 van deze conclusie, in het arrest UsedSoft een ruime uitlegging van het begrip „verkoop” aanvaard, die alle vormen van verhandeling van producten omvat die worden gekenmerkt door de verlening van een recht om een kopie van een computerprogramma voor onbepaalde duur te gebruiken tegen betaling van een vergoeding die overeenkomt met de economische waarde van die kopie. Ik zie niet in waarom de benadering van

<sup>96</sup> Zie voetnoot 15 supra.

het Hof in dat arrest in de onderhavige zaak niet zou moeten worden gevolgd. De context en de doelstellingen van richtlijn 86/653 lijken mij namelijk te pleiten voor een ruime uitlegging van het begrip „verkoop” in die zin.

86. Wat de context van richtlijn 86/653 betreft, moet erop worden gewezen dat deze uitlegging in overeenstemming is met de belangrijkste werkzaamheden van een handelsagent, die bestaan in het werven van nieuwe klanten voor de principaal en het uitbreiden van de zakelijke transacties met bestaande klanten, zoals in punt 64 van deze conclusie wordt opgemerkt en zoals blijkt uit de artikelen 3, 4 en 17 van die richtlijn. Dit blijkt uit de overeenkomst in de onderhavige zaak, die verwijst naar de „verkoop” van de software in verband met de door The Software Incubator uit te voeren taken, zoals hierboven vermeld (zie punt 66 van deze conclusie).

87. Deze uitlegging is ook in overeenstemming met de doelstellingen van richtlijn 86/653. Uit het arrest UsedSoft blijkt met name dat een ruime uitlegging van het begrip „verkoop” in artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 in overeenstemming is met de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling om handelsagenten in hun betrekkingen met hun principalen te beschermen (zie punt 43 van deze conclusie). Elke andere benadering zou deze doelstelling ondermijnen door het een principaal mogelijk te maken zich te onttrekken aan de dwingende bepalingen van richtlijn 86/653 door de overeenkomst met zijn klant simpelweg een „licentie” te noemen in plaats van een „verkoop”. Aangezien computersoftware over het algemeen op basis van licenties wordt aangeboden, zou dit bovendien een groot aantal handelsagenten de door richtlijn 86/653 geboden bescherming kunnen ontnemen.

88. Daaraan moet worden toegevoegd dat de ontstaansgeschiedenis van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 weliswaar heel weinig zegt over de betekenis van „verkoop”, maar dat het begrip „verkoop” in die bepaling in het licht van de toenmalige handelspraktijk (zie de punten 58-63 van deze conclusie) betrekking had op de hoofdactiviteiten van handelsagenten en niet bedoeld was om de toepassing van richtlijn 86/653 op toekomstige technologische ontwikkelingen die van invloed zijn op die activiteiten, uit te sluiten.

89. Ik concludeer derhalve dat een kopie van computersoftware die aan de klanten van een principaal wordt verstrekt onder een permanente licentie, zoals de licentie in deze zaak, die de klant tegen betaling van een vergoeding die overeenkomt met de economische waarde van die kopie het recht geeft om de software voor onbepaalde duur te gebruiken, onder het begrip „verkoop” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653 valt.

## VII. Conclusie

90. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Supreme Court of the United Kingdom te beantwoorden als volgt:

„1) Een kopie van computersoftware, als hier aan de orde, die elektronisch en niet op een materiële drager aan de klanten van de principaal wordt verstrekt, valt onder het begrip ‚goederen’ in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten.

- 2) Computersoftware die aan de klanten van een principaal wordt verstrekt onder een permanente licentie, zoals de licentie in deze zaak, die de klant tegen betaling van een vergoeding die overeenkomt met de economische waarde van die kopie, het recht geeft om de software voor onbepaalde duur te gebruiken, valt onder het begrip ‚verkoop’ in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 86/653.”