



# Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
EVGENIEGO TANCHEVA  
przedstawiona w dniu 17 grudnia 2020 r.<sup>1</sup>

**Sprawa C-410/19**

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa)]

Odesłanie prejudycjalne – Przedstawiciele handlowi działający na własny rachunek – Dyrektywa 86/653/EWG – Artykuł 1 ust. 2 – Definicja przedstawiciela handlowego – Pojęcia „sprzedaży” i „towarów” – Wiążące się z udzieleniem bezterminowej licencji dostarczanie drogą elektroniczną oprogramowania komputerowego na rzecz klientów zleceniodawcy

## I. Wprowadzenie

1. Rozpatrywany wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa), dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 dyrektywy Rady 86/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek<sup>2</sup>.

2. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 definiuje przedstawiciela handlowego jako pośrednika pracującego na własny rachunek, którego działalność obejmuje w szczególności stałe pośredniczenie przy sprzedaży lub kupnie towarów na rzecz innej osoby, zwanej zleceniodawcą. W niniejszej sprawie należy przede wszystkim ustalić, czy wiążącą się z udzieleniem bezterminowej licencji dostawę drogą elektroniczną oprogramowania komputerowego na rzecz klientów zleceniodawcy można uznać za „sprzedaż towarów” w rozumieniu tego przepisu.

3. W konsekwencji niniejsza sprawa stanowi dla Trybunału pierwszą okazję wydania orzeczenia dotyczącego wykładni pojęć „sprzedaży” i „towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653. W postępowaniu głównym jest to konieczne w celu ustalenia, czy dyrektywa 86/653 znajduje zastosowanie do przedstawiciela zaangażowanego w promocję danego oprogramowania komputerowego, tak aby podnoszone przez niego roszczenie odszkodowawcze oparte na tej dyrektywie mogło zostać zaspokojone.

<sup>1</sup> Język oryginału: angielski.

<sup>2</sup> Dz.U. 1986, L 382, s. 17.

## II. Ramy prawne

### A. Prawo Unii

4. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy »przedstawiciel handlowy« oznacza pośrednika pracującego na własny rachunek, któremu powierzono stałe pośredniczenie przy sprzedaży lub kupnie towarów na rzecz innej osoby, zwanej dalej »zleceniodawcą«, lub zawarcie transakcji w imieniu i na rachunek zleceniodawcy”.

### B. Prawo Zjednoczonego Królestwa

5. Dyrektywa 86/653 została transponowana do krajowego porządku prawnego Zjednoczonego Królestwa przez Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 [rozporządzenie z 1993 r. wykonujące dyrektywę Rady w sprawie przedstawicieli handlowych (Instrumenty ustawowe 1993/3053) ze zmianami, zwane dalej „rozporządzeniem z 1993 r.”]<sup>3</sup>. Artykuł 2 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi:

„W rozumieniu niniejszego rozporządzenia:

»przedstawiciel handlowy« oznacza pośrednika pracującego na własny rachunek, który posiada stałe umocowanie do negocjowania sprzedaży lub kupna towarów na rzecz innej osoby (»zleceniodawcy«) lub negocjowania i dokonywania sprzedaży lub kupna towarów na rzecz i w imieniu zleceniodawcy [...]”.

## III. Okoliczności faktyczne, postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

6. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym Computer Associates UK Ltd (zwana dalej „Computer Associates”) jest spółką wprowadzającą do obrotu rodzaj oprogramowania komputerowego, znanego jako oprogramowanie do automatyzacji wydawania aplikacji (zwanego dalej „oprogramowaniem”). Oprogramowanie jest złożone, drogie i nie jest tworzone na zamówienie, co oznacza, że nie jest dostosowywane do potrzeb konkretnego klienta. Zadaniem oprogramowania jest automatyczne koordynowanie i realizowanie procesu wdrażania innych aplikacji i wprowadzania ich nowych wersji w różnych środowiskach operacyjnych w obrębie dużych organizacji, na przykład banków lub zakładów ubezpieczeń, tak aby aplikacje bazowe były w pełni zintegrowane ze środowiskiem operacyjnym oprogramowania.

7. The Software Incubator Ltd (zwana dalej „The Software Incubator”) jest spółką należącą do Scotta Dainty’ego.

8. W dniu 25 marca 2013 r. Computer Associates i The Software Incubator zawarły pisemną umowę (zwaną dalej „umową”).

<sup>3</sup> Istnieją odrębne przepisy dokonujące transpozycji dyrektywy w odniesieniu do Irlandii Północnej [Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland), 1993 (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483)], które nie mają zastosowania w niniejszym postępowaniu.

9. Na mocy art. 2.1 umowy The Software Incubator, za pośrednictwem S. Dainty’ego, zgodziła się działać na rachunek Computer Associates przy pozyskiwaniu potencjalnych klientów na terytorium Irlandii i Zjednoczonego Królestwa w celu „promowania, wprowadzania do obrotu i sprzedawania Produktu”. „Produkt” oznaczał oprogramowanie, jak wskazano w pierwszym motywie umowy. W związku z tym, dla celów umowy, Computer Associates była zleceniodawcą, a The Software Incubator – przedstawicielem.

10. Jak wskazano w postanowieniu odsyłającym, główne cechy dostawy oprogramowania w postępowaniu głównym były następujące: po pierwsze, Computer Associates dostarczała klientom oprogramowanie drogą elektroniczną, za pośrednictwem e-maila zawierającego link do portalu internetowego, z którego klienci je pobierali. Chociaż możliwość dostarczania oprogramowania na materialnym nośniku istniała, nie była ona stosowana w praktyce.

11. Co więcej, na mocy art. 4.1 umowy Computer Associates przysługiwało wyłączne prawo określenia warunków związanych z udzielaniem klientom licencji na oprogramowanie i zgodnie z art. 6.1 wskazano, że Computer Associates naliczała i pobierała wszelkie opłaty należne od klientów z tytułu korzystania z oprogramowania. Wykonywanie przez The Software Incubator funkcji przedstawiciela polegało zatem na promowaniu udzielania przez Computer Associates jej klientom licencji na korzystanie z oprogramowania. The Software Incubator nie była uprawniona do przenoszenia tytułu prawnego ani prawa własności do oprogramowania.

12. W tym względzie, zgodnie z porozumieniami między Computer Associates i jej klientami<sup>4</sup>, klient otrzymywał licencję na korzystanie z oprogramowania, która w większości przypadków była bezterminowa, co oznacza, że była przyznawana na czas nieokreślony. Licencja pozwalała klientowi, między innymi, na instalowanie i wdrażanie oprogramowania na określonym obszarze dla zatwierdzonej liczby użytkowników końcowych oraz na zapewnianie zatwierdzonym użytkownikom końcowym dostępu do oprogramowania. Było to także uzależnione od spełnienia przez klienta pewnych wymogów, w szczególności nieuzyskiwania dostępu do części oprogramowania oraz niekorzystania z części oprogramowania, do korzystania z której klient nie był uprawniony, powstrzymania się od dekompilacji, wprowadzania zmian lub poddawania inżynierii odwrotnej, a także od wypożyczania oprogramowania, dokonywania jego cesji, przenoszenia praw do oprogramowania lub udzielania na nie sublicencji. Computer Associates i jednostki z nią powiązane zachowywały w odniesieniu do oprogramowania wszelkie prawa, tytuły prawne, prawa autorskie, prawa ochronne z patentów i znaków towarowych, uprawnienia wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wszelkie inne interesy majątkowe. Każda ze stron mogła rozwiązać umowę w przypadku istotnego naruszenia umowy lub niewypłacalności drugiej strony, co skutkowało cofnięciem licencji i koniecznością zwrotu lub zniszczenia przez klienta kopii oprogramowania.

13. Listem z dnia 9 października 2013 r. Computer Associates rozwiązała umowę zawartą z The Software Incubator.

14. The Software Incubator wytoczyła powództwo przeciwko Computer Associates przed High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division [wysoki trybunał (Anglia i Walia), wydział Queen’s Bench (Zjednoczone Królestwo)], żądając w szczególności odszkodowania

<sup>4</sup> Jak wskazano w postanowieniu odsyłającym, licencja na używanie oprogramowania była przyznawana przez powiązaną jednostkę, CA Europe SARL, zgodnie z odpowiednim porozumieniem między Computer Associates a klientem. Warunki licencji były określone w dodatku dotyczącym oprogramowania, zgodnie z umową bazową (w przypadku nowych klientów) lub zgodnie z umową ramową (w przypadku dotychczasowych klientów), przy czym treść tych warunków była podobna. Zgodnie z tymi umowami, dołączonymi do uwag przedstawionych przez Computer Associates, klient był zobowiązany do zapłaty ceny oprogramowania z ciągu 30 dni od otrzymania faktury od Computer Associates. Klienci wypełniali także formularz zamówienia na zakup oprogramowania.

zgodnie z przepisami rozporządzenia z 1993 r. wykonującymi art. 17 dyrektywy 86/653. Computer Associates odmówiła uznania jakiegokolwiek odpowiedzialności ze względu na to, że – między innymi – rozporządzenie z 1993 r. nie znajduje zastosowania, ponieważ dostawa oprogramowania promowanego przez The Software Incubator nie stanowiła „sprzedaży towarów” dla celów definicji przedstawiciela handlowego zawartej w art. 2 ust. 1 rozporządzenia z 1993 r., dokonującym transpozycji art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

15. Wyrokiem z dnia 1 lipca 2016 r.<sup>5</sup>, High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division [wysoki trybunał (Anglia i Walia), wydział Queen’s Bench] orzekł, że wiążąca się z udzieleniem bezterminowej licencji dostawa drogą elektroniczną oprogramowania stanowi „sprzedaż towarów” w rozumieniu art. 2 ust. 1 rozporządzenia z 1993 r., i zasądził na rzecz The Software Incubator, między innymi, kwotę 475 000 funtów sterlingów (GBP) (około 531 100 EUR) tytułem odszkodowania na podstawie tego rozporządzenia. Zdaniem tego sądu „sprzedaż towarów” powinna mieć autonomiczną definicję dla celów rozporządzenia z 1993 r., co nie wyklucza dostawy oprogramowania jako „towaru” z tego powodu, że nie jest on materialny, lub w ramach „sprzedaży” z tego powodu, że własność praw własności aktualnej zazwyczaj nie może być przeniesiona w sposób całkowity.

16. Computer Associates wniosła apelację od tego wyroku do Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [sądu apelacyjnego (Anglia i Walia), wydział cywilny, Zjednoczone Królestwo].

17. Wyrokiem z dnia 19 marca 2018 r.<sup>6</sup> Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [sąd apelacyjny (Anglia i Walia), wydział cywilny] orzekł, że dostawa oprogramowania drogą elektroniczną, a nie na jakimkolwiek materialnym nośniku, nie stanowi „towaru” w rozumieniu art. 2 ust. 1 rozporządzenia z 1993 r. Zdaniem tego sądu ustalenie to, pomimo obaw, że może ono wydać się przestarzałe w świetle postępu technologicznego, wynikało z dotychczasowego orzecznictwa, a zatem nie przystąpił on do zbadania, czy przyznanie licencji na oprogramowanie klientom Computer Associates kwalifikuje się jako „sprzedaż” w rozumieniu tego przepisu. W rezultacie sąd apelacyjny uznał, że The Software Incubator nie była przedstawicielem handlowym w rozumieniu rozporządzenia z 1993 r., i oddalił powództwo odszkodowawcze wytoczone przez nią na podstawie przepisów tego rozporządzenia.

18. Postanowieniem z dnia 28 marca 2019 r. Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) udzielił The Software Incubator zezwolenia na wniesienie odwołania od decyzji Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [sądu apelacyjnego (Anglia i Walia), wydział cywilny]).

19. Sąd odsyłający wskazał, iż nie jest jasne, czy definicja przedstawiciela handlowego zawarta w art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, która ogranicza się do „sprzedaży towarów”, ma zastosowanie w sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego.

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

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

20. W tych okolicznościach Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) postanowił zawiesić postępowanie główne i skierować do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy kopia oprogramowania komputerowego, która jest dostarczana klientom zleceniodawcy drogą elektroniczną, a nie na trwałym [materialnym] nośniku, stanowi „towary” w znaczeniu, w jakim ów termin występuje w definicji przedstawiciela handlowego zawartej w art. 1 ust. 2 dyrektywy Rady 86/653/EWG z dnia [18] grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek?
- 2) Czy w sytuacji, w której oprogramowanie komputerowe jest dostarczane klientom zleceniodawcy w drodze udzielenia klientowi bezterminowej licencji na korzystanie z kopii owego oprogramowania komputerowego, taka czynność stanowi „sprzedaż towarów” w znaczeniu, w jakim to pojęcie występuje w definicji przedstawiciela handlowego zawartej w art. 1 ust. 2 dyrektywy [86/653]?”.

#### **IV. Postępowanie przed Trybunałem**

21. Uwagi na piśmie zostały przedstawione Trybunałowi przez The Software Incubator, Computer Associates, rząd niemiecki i Komisję Europejską. The Software Incubator, Computer Associates oraz Komisja odpowiedzieli także na pytania pisemne skierowane do nich przez Trybunał, zgodnie z art. 62 ust. 1 regulaminu postępowania.

22. W toku postępowania przed Trybunałem Zjednoczone Królestwo opuściło w dniu 31 stycznia 2020 r. Unię Europejską. Stosownie do art. 86 ust. 2 Umowy o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej<sup>7</sup> Trybunał pozostaje właściwy do wydawania orzeczeń w trybie prejudycjalnym dotyczących wniosków sądów Zjednoczonego Królestwa złożonych przed zakończeniem okresu przejściowego, które nastąpi, jak określono w art. 126 tej umowy, zasadniczo w dniu 31 grudnia 2020 r. Dodatkowo, na mocy art. 89 ust. 1 umowy, wyroki i postanowienia Trybunału wydane przed zakończeniem okresu przejściowego, jak również wyroki i postanowienia wydane po zakończeniu okresu przejściowego, mają w całości moc wiążącą w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa i w Zjednoczonym Królestwie.

23. W konsekwencji, mając na uwadze, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w dniu 28 maja 2019 r., Trybunał zachowuje właściwość do orzekania w przedmiocie tego wniosku, a Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) jest związany orzeczeniem, które wyda Trybunał w niniejszym postępowaniu.

<sup>7</sup> Dz.U. 2020, L 29, s. 7. Zgodnie z art. 86 ust. 3 uznaje się, że wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zostały złożone w dniu wpisania do rejestru przez Sekretariat Trybunału dokumentu wszczynającego postępowanie. W niniejszej sprawie wniosek Supreme Court wpłynął do Sekretariatu Trybunału w dniu 28 maja 2019 r.

## V. Streszczenie uwag stron

24. The Software Incubator uważa, iż na pierwsze z zadanych pytań prejudycjalnych należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Jej zdaniem pojęcie „towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 obejmuje oprogramowanie, bez względu na to, czy jest ono dostarczane za pośrednictwem materialnych, czy niematerialnych nośników. Podnosi ona, że w sformułowaniu tego przepisu nie ma rozróżnienia pomiędzy materialnymi i niematerialnymi towarami oraz że, co wynika z genezy tego przepisu, prawodawca Unii miał na celu wyłączenie z zakresu zastosowania dyrektywy jedynie „usług”, a nie niematerialnych towarów.

25. The Software Incubator twierdzi, iż pojęcie „towarów” z innych dziedzin prawa Unii jest pomocne w niewielkim stopniu, ponieważ zależy od kontekstu oraz celów rozpatrywanych przepisów prawa Unii. Dalej wskazuje ona, że oprogramowanie komputerowe jest traktowane jako „towar” w przepisach unijnych dotyczących, przykładowo, znaków towarowych<sup>8</sup> i wyrobów medycznych<sup>9</sup>, a także że oprogramowanie jest objęte zakresem definicji „towarów” wywodzonej z orzecznictwa Trybunału dotyczącego swobodnego przepływu towarów<sup>10</sup>, jak to miało miejsce w przypadku energii elektrycznej. Jest jej zdaniem bez znaczenia, że przyjęte ostatnio przepisy unijne dotyczące konsumenta, łącznie z dyrektywą 2011/83<sup>11</sup> i dyrektywą 2019/770<sup>12</sup>, wprowadzają rozróżnienie między umowami o sprzedaż towarów oraz umowami o dostarczanie treści cyfrowych, takich jak oprogramowanie komputerowe, ponieważ odzwierciedla to specyficzne cele tych dyrektyw, a w każdym razie dyrektywa 2019/770 zapewnia konsumentom taką samą ochronę bez względu na to, czy treści cyfrowe są dostarczane na materialnym, czy niematerialnym nośniku.

26. The Software Incubator podnosi, że jej stanowisko jest zgodne z celami realizowanymi przez dyrektywę 86/653, ponieważ przedstawiciel handlowy, który sprzedaje oprogramowanie komputerowe dostarczane drogą elektroniczną, zasługuje na taką samą ochronę jak ten, który sprzedaje je za pośrednictwem materialnego nośnika, i ponieważ jest to w istocie ta sama „działalność pośredników w handlu”, o których mowa w pierwszych dwóch motywach dyrektywy 86/653. Jako że oprogramowanie komputerowe może działać w trwałym środowisku jedynie przez wgranie go na dysk komputera, sztuczne jest, zdaniem The Software Incubator, klasyfikowanie go jako „towaru”, gdy jest dostarczane na płycie, a odmawianie mu tego przymiotu, gdy jest ono pobierane. Takie rozróżnienie prowadzi także do zakłóceń konkurencji na rynku wewnętrznym, ponieważ zleceniodawca mógłby uchylić się od obowiązków wynikających z dyrektywy 86/653 poprzez dostarczanie swoich produktów w formie elektronicznej. The Software Incubator twierdzi również, że skoro rolą przedstawiciela handlowego jest negocjowanie transakcji,

<sup>8</sup> The Software Incubator odwołuje się w szczególności do Porozumienia nicejskiego dotyczącego międzynarodowej klasyfikacji towarów i usług dla celów rejestracji znaków, podpisanego w trakcie konferencji dyplomatycznej w Nicei w dniu 15 czerwca 1957 r., ostatnio zrewidowanego w dniu 13 maja 1977 r. w Genewie i zmienionego w dniu 28 września 1979 r. (*United Nations Treaty Series*, vol. 1154, nr I-18200, s. 89).

<sup>9</sup> The Software Incubator odnosi się w szczególności do wyroku z dnia 22 listopada 2012 r., *Brain Products* (C-219/11, EU:C:2012:742).

<sup>10</sup> The Software Incubator odnosi się w szczególności do wyroku z dnia 10 grudnia 1968 r., *Komisja/Włochy* (7/68, EU:C:1968:51); wyroku z dnia 21 października 1999 r., *Jägerskiöld* (C-97/98, EU:C:1999:515); oraz wyroku z dnia 26 października 2006 r., *Komisja/Grecja* (C-65/05, EU:C:2006:673).

<sup>11</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EEG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EEG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. 2011, L 304, s. 64).

<sup>12</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.U. 2019, L 136, s. 1). Stosownie do art. 24 tej dyrektywy państwa członkowskie mają przyjmując przepisy dokonujące transpozycji tej dyrektywy do dnia 1 lipca 2021 r. i stosować je począwszy od dnia 1 stycznia 2022 r.

a sposób dostawy oprogramowania komputerowego może nie być określony na etapie negocjacji, to zastosowanie dyrektywy 86/653 nie powinno zależeć od tego, co zdecyduje zrobić zleceniodawca po tym, jak przedstawiciel handlowy wykona swoją rolę.

27. The Software Incubator podnosi, że odpowiedź na drugie pytanie również powinna być twierdząca, ponieważ pojęcie „sprzedaży towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 obejmuje dostawę oprogramowania na podstawie bezterminowej licencji. Twierdzi ona, że zgodnie z postanowieniem z dnia 10 lutego 2004 r., Mavrona<sup>13</sup> dokonującym wykładni tego przepisu nacisk kładzie się na treść relacji umownej pomiędzy przedstawicielem handlowym a zleceniodawcą, czynności wykonywane przez przedstawiciela, jego interesy oraz potrzebę ochrony, które są takie same bez względu na to, czy oprogramowanie jest dostarczane za pomocą materialnego, czy niematerialnego nośnika, na podstawie umowy sprzedaży, czy bezterminowej licencji. The Software Incubator podkreśla, że ograniczenia w korzystaniu z oprogramowania związane z prawami własności intelektualnej są bez znaczenia, ponieważ nie różnią się one w swojej istocie od ograniczeń nakładanych przez właścicieli praw własności intelektualnej na produkty sprzedawane w ramach umowy sprzedaży. Utrzymuje ona także, iż jej stanowisko jest poparte wyrokiem z dnia 3 lipca 2012 r., UsedSoft<sup>14</sup>, w którym Trybunał uznał dostawę programu komputerowego na podstawie bezterminowej licencji za „sprzedaż” w sytuacji podobnej do niniejszej sprawy, w której klient uiszczył na rzecz Computer Associates opłatę i otrzymał oprogramowanie, którego może używać bezterminowo bez żadnej dodatkowej opłaty, ale z poszanowaniem ograniczeń w korzystaniu związanych z prawami własności intelektualnej do tego oprogramowania.

28. Computer Associates uważa, że na pytanie pierwsze powinna zostać udzielona odpowiedź przecząca, ponieważ dostarczane drogą elektroniczną oprogramowanie nie stanowi „towaru” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653. Jej zdaniem zwykłe znaczenie pojęcia „towaru” zawarte w tym przepisie odwołuje się wyłącznie do materialnych i ruchomych przedmiotów, jak to wskazano w innych wersjach językowych<sup>15</sup>, a zatem nie ma zastosowania do przedmiotów niematerialnych, takich jak oprogramowanie dostarczane za pośrednictwem niematerialnych nośników. Twierdzi ona, że gdy wprowadzono dyrektywę 86/653, Internet, oprogramowanie komputerowe oraz pobieranie plików nie istniały w ich obecnej formie, więc pojęcie „towarów” nie mogło być rozumiane jako mające zastosowanie do przedmiotów niematerialnych i pozostało od tego czasu niezmienione. Stwierdza ona także, że jeśli chodzi o genezę dyrektywy 86/653, prawodawca Unii świadomie ograniczył zakres stosowania tej dyrektywy do „towarów”, a możliwe zastosowanie do szerszej kategorii podmiotów, w tym do „produktów”, nie było brane pod uwagę.

29. Computer Associates twierdzi, iż skutek oraz umiejscowienie art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 dostarcza kontekstowego wsparcia dla jej stanowiska, gdyż jest to główny przepis, który wyznacza zakres stosowania tej dyrektywy. Podkreśla ona, w oparciu o postanowienie z dnia 10 lutego 2004 r., Mavrona<sup>16</sup>, że Trybunał nadaje znaczenie sformułowaniu użytemu w art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 i nawet jeśli pożądana byłaby dalsza harmonizacja, nie może ona nastąpić w drodze orzeczenia sądu. Utrzymuje ona, że pojęcie „towaru” w świetle innych dziedzin prawa

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

<sup>14</sup> C-128/11, EU:C:2012:407, zwanym dalej „wyrokiem UsedSoft”.

<sup>15</sup> Computer Associates odwołuje się w tym względzie do duńskiej („salg eller køb af varer”), niderlandzkiej („de verkoop of de aankoop van goederen”), francuskiej („la vente ou l'achat de marchandises”), niemieckiej („den Verkauf oder den Ankauf von Waren”), greckiej („εμπορευμάτων”), włoskiej („la vendita o l'acquisto di merci”), portugalskiej („a venda ou a compra de mercadorias”) i hiszpańskiej („la venta o la compra de mercancías”) wersji językowej art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

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

Unii, w tym swobody przepływu towarów<sup>17</sup>, ceł<sup>18</sup> i podatku od wartości dodanej (VAT)<sup>19</sup>, dotyczy wyłącznie materialnych elementów oraz że nie istnieje konieczne powiązanie między pojęciem „towaru” w dyrektywie 86/653 oraz w systemie kwalifikacji dla celów rejestracji znaków towarowych. Podkreśla także, że ostatnio przyjęte przepisy unijne dotyczące konsumenta, w tym dyrektywy 2011/83 i 2019/770 wraz z dyrektywą 2019/771<sup>20</sup>, są istotne, ponieważ wykazują, że tam, gdzie prawodawca Unii chciał, aby dane rozwiązanie miało zastosowanie do oprogramowania komputerowego pozbawionego materialnego nośnika, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, wyraził on swój zamiar wyraźnie, a nie poprzez zastosowanie terminu „towary”.

30. Według Computer Associates jej stanowisko jest zgodne z celami dyrektywy 86/653, ponieważ dyrektywa ta, jak wynika z jej motywu drugiego, ma na celu osiągnięcie warunków jednolitego rynku dla „obrotu towarowego”, zaś zgodnie z jej art. 1 i 2, cel harmonizacji jest z konieczności ograniczony do „obrotu towarowego”. Computer Associates podkreśla, że okoliczność, iż oprogramowanie komputerowe dostarczone na materialnym nośniku stanowi „towar” w rozumieniu dyrektywy 86/653, ale nie jest nim, gdy jest dostarczone za pośrednictwem niematerialnego nośnika, nie jest wynikiem dowolnej interpretacji, zwłaszcza że wynika to z zakresu stosowania tej dyrektywy i jak pokazują dyrektywy 2011/83, 2019/770 oraz 2019/771, odzwierciedla różnicę między towarami i treściami cyfrowymi.

31. Computer Associates podnosi, iż jeżeli na pierwsze pytanie udzielona zostanie odpowiedź przecząca, nie będzie potrzeby zajmowania się pytaniem drugim, zaś tytułem ewentualnym wskazuje, że pojęcie sprzedaży towarów nie obejmuje przyznania licencji na korzystanie z oprogramowania. Twierdzi ona, że zwykłe znaczenie słów „sprzeda[ż] lub kupn[o] towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 oznacza przeniesienie własności lub prawa do towaru ze sprzedawcy na nabywcę, jak wynika z innych wersji językowych<sup>21</sup>. Jednakże, jej zdaniem, przyznanie bezterminowej licencji w okolicznościach niniejszej sprawy nie pociąga za sobą przeniesienia własności lub prawa do oprogramowania. W istocie porozumienia zawierane przez Computer Associates z jej klientami wykluczały takie przeniesienie, ponieważ prawo do oprogramowania zachowywała Computer Associates i powiązane z nią jednostki, a żadne inne prawa własności oprogramowania nie były przenoszone na klientów. Taka licencja jest zatem nie „sprzedażą towarów” w konwencjonalnym znaczeniu, a tymczasowym pozwoleniem na korzystanie z oprogramowania, które może zostać odebrane w przypadku naruszenia lub niewypłacalności. Twierdzi ona też, że wyrok UsedSoft<sup>22</sup> nie ma znaczenia z powodu specyficznego sformułowania i kontekstu rozpatrywanych przepisów unijnych, co znalazło potwierdzenie w niedawnym orzecznictwie<sup>23</sup>. W każdym wypadku rozstrzygnięcie zawarte w tym

<sup>17</sup> Computer Associates odnosi się w szczególności do wyroku z dnia 30 kwietnia 1974 r., Sacchi (155/73, EU:C:1974:40) i wyroku z dnia 21 października 1999 r., Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515).

<sup>18</sup> Computer Associates odnosi się w szczególności do wyroku z dnia 18 kwietnia 1991 r., Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153).

<sup>19</sup> Computer Associates odnosi się w tym względzie do wyroku z dnia 27 października 2005 r., Leob Verzekeringen i OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649) i wyroku z dnia 5 marca 2015 r. Komisja/Luksemburg (C-502/13, EU:C:2015:143).

<sup>20</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/771 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz.U. 2019, L 136, s. 28). Stosownie do art. 24 tej dyrektywy państwa członkowskie mają przyjąć przepisy dokonujące transpozycji tej dyrektywy do dnia 1 lipca 2021 r. i stosować je począwszy od dnia 1 stycznia 2022 r.

<sup>21</sup> Computer Associates odnosi się w tym względzie do wersji językowych art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 wymienionych w przypisie 15 powyżej.

<sup>22</sup> Wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>23</sup> Computer Associates odnosi się w tym względzie do wyroku z dnia 19 grudnia 2019 r., Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).



wyroku, w myśl którego „sprzedaż” oznacza przeniesienie własności, przemawia przeciwko rozumieniu „sprzedaży towarów” w ramach dyrektywy 86/653 jako mającej zastosowanie do przyznania licencji na korzystanie z oprogramowania.

32. Rząd niemiecki podnosi, że na dwa zadane pytania należy odpowiedzieć łącznie w ten sposób, że „sprzedaż towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 ma miejsce, gdy bezterminowa licencja na korzystanie z kopii oprogramowania komputerowego jest dostarczana klientowi zleceniodawcy wyłącznie drogą elektroniczną, a nie za pośrednictwem materialnego nośnika informacji. Wskazuje on, że niemiecka wersja językowa art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 przemawia przeciwko ograniczaniu zakresu stosowania dyrektywy do przedmiotów materialnych, ponieważ zwykłe znaczenie słowa „Ware” (towary) obejmuje także przedmioty niematerialne.

33. Rząd niemiecki utrzymuje, że Trybunał nie powinien polegać na dokonany w prawie pierwotnym Unii rozróżnieniu dotyczącym swobodnego przepływu towarów i usług, ponieważ przedmiotem dyrektywy 86/653 jest harmonizacja działalności przedstawicieli handlowych, a zatem jej zakres stosowania musi być określony w tym kontekście funkcjonalnie, z tym że dokonać należy, o ile to możliwe, wykładni najbardziej korzystnej dla przedstawicieli handlowych. Podkreśla on, że wąska wykładnia pojęcia „sprzedaży towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, jako obejmującego jedynie materialne towary, podważa cel ochrony przedstawicieli handlowych realizowany przez tę dyrektywę, jako że znaczna część tradycyjnego pola działalności przedstawicieli handlowych w Niemczech nie byłaby wtedy objęta zakresem stosowania tej dyrektywy.

34. Według rządu niemieckiego taka wąska interpretacja prowadzi do niesprawiedliwych rezultatów, ponieważ przedstawiciel handlowy jest chroniony przez dyrektywę 86/653, gdy wprowadza do obrotu produkt w zmaterializowanej formie, ale nie jest chroniony, gdy wprowadza do obrotu ten sam produkt w formie cyfrowej. Pozwala to także zleceniodawcy na uchylene się od bezwzględnie obowiązujących przepisów dyrektywy poprzez wybór takiego układu, w którym przedmiotem transakcji nie jest przedmiot materialny. Rząd niemiecki uważa, że o ile wprowadzanie do obrotu oprogramowania komputerowego nie było możliwe do przewidzenia na etapie redagowania przepisów dyrektywy 86/653, o tyle zamiarem prawodawcy Unii nie było uzależnienie ochrony przedstawicieli handlowych od prawdopodobieństwa rozwoju technologicznego.

35. Komisja uważa, że na oba zadane pytania należy odpowiedzieć łącznie w ten sposób, że art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 obejmuje dostawę kopii oprogramowania komputerowego na rzecz klientów zleceniodawcy także drogą elektroniczną, a nie tylko na jakimkolwiek materialnym nośniku. Uważa ona, że „sprzedaż towarów” na gruncie dyrektywy 86/653 stanowi pojęcie autonomiczne prawa Unii i powinna być interpretowana w sposób dynamiczny, z uwzględnieniem rozwoju technologicznego. Proponuje ona także udzielenie odpowiedzi na pytania w odwróconej kolejności.

36. Komisja twierdzi, że wyrok UsedSoft<sup>24</sup> wspiera ustalenie, że przyznanie bezterminowej licencji powinno być kwalifikowane jako „sprzedaż” w rozumieniu dyrektywy 86/653. Podobnie do tamtej sprawy w niniejszej sprawie klient uzyskuje stałe prawo do korzystania z oprogramowania

<sup>24</sup> Wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. (C-128/11, EU:C:2012:407).

w zamian za zapłatę opłaty i dla charakteru transakcji nie ma znaczenia to, czy oprogramowanie jest udostępniane poprzez pobranie, czy na materialnym nośniku, co zostało też powtórzone w późniejszym orzecznictwie<sup>25</sup>.

37. Komisja uważa, że jeśli chodzi o pojęcie „towarów”, orzecznictwo dotyczące innych dziedzin prawa Unii nie jest jednoznaczne, ponieważ zależy od przepisów mających zastosowanie i szczególnych okoliczności. Jej zdaniem oprogramowanie komputerowe wprowadzone do obrotu jako niematerialny przedmiot kwalifikuje się jako „towar” sensu lato w rozumieniu dyrektywy 86/653 i nie miało być wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy, gdy w procesie podejmowania decyzji o jej przyjęciu była ona poprawiana w celu wyłączenia z niej „usług”. Komisja podkreśla, że ustawodawstwo unijne ewoluowało od tradycyjnego akcentu kładzionego na zmaterializowaną własność i dychotomię pomiędzy towarami i usługami w kontekście oprogramowania komputerowego, co ilustrują dyrektywy 2011/83 i 2019/770. Jej zdaniem szerokie podejście jest zgodne z celem dyrektywy 86/653, polegającym na zapewnieniu ochrony przedstawicielom handlowym. W istocie stałoby na przeszkodzie temu celowi, gdyby ten sam przedstawiciel handlowy pracujący dla tego samego zleceniodawcy na tych samych warunkach był pozbawiony ochrony tylko z powodu rozwoju technologicznego lub wyboru klienta odnośnie do sposobu dostarczenia mu oprogramowania komputerowego. Podnosi ona także, że przez analogię do wyroku *UsedSoft*<sup>26</sup> skuteczność dyrektywy 86/653 byłaby podważona, jeśli zleceniodawca mógłby uchylić się od swoich obowiązków wynikających z dyrektywy dzięki dostarczaniu swoich produktów drogą elektroniczną, zwłaszcza że taka forma wprowadzania do obrotu jest powszechna w przypadku oprogramowania komputerowego.

## VI. Analiza

38. Poprzez swoje dwa pytania sąd odsyłający zwraca się do Trybunału zasadniczo o ustalenie, po pierwsze, czy oprogramowanie komputerowe takie jak to będące przedmiotem sporu, które jest dostarczane na rzecz klientów zleceniodawcy drogą elektroniczną, a nie na jakimkolwiek materialnym nośniku, kwalifikuje się jako „towar”, a po drugie, czy dostawa takiego oprogramowania na podstawie bezterminowej licencji przyznającej klientom prawo do korzystania z kopii oprogramowania na czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty kwalifikuje się jako „sprzedaż” na potrzeby definicji przedstawiciela handlowego sformułowanej w art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

39. Te dwa pytania wynikają z okoliczności, że – jak wynika z uwag przedłożonych przez The Software Incubator, Computer Associates i Komisję – w prawie Zjednoczonego Królestwa i innych porządkach prawnych pojęcie „towaru” było tradycyjnie ograniczone do przedmiotów materialnych i ruchomych, inaczej mówiąc – przedmiotów, które na ogół można fizycznie dotknąć i przesunąć, a pojęcie „sprzedaży” było związane z przeniesieniem własności, co oznacza nabycie sprzedawanej rzeczy i prawa do dysponowania nią, przez co dochodziło do nawiązania do powiązanych pojęć własności i posiadania. Jednakże pojęcia te zostały poddane próbie w momencie pojawienia się produktu takiego jak oprogramowanie komputerowe<sup>27</sup>, które

<sup>25</sup> Komisja odnosi się w tym względzie do wyroku z dnia 19 grudnia 2019 r., *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111).

<sup>26</sup> Wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. (C-128/11, EU:C:2012:407).

<sup>27</sup> W kwestii przeglądu różnych podejść do klasyfikacji oprogramowania komputerowego w państwach członkowskich, Zjednoczonym Królestwie i innych porządkach prawnych zob. w szczególności R. Clark, *The Legal Status of Software: Part 1, Commercial Law Practitioner*, vol. 23, 2016, s. 48–56, oraz *The Legal Status of Software: Part 2, Commercial Law Practitioner*, vol. 23, 2016, s. 78–86; C. von Bar, E. Clive (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 2, Sellier, 2009, s. 1217–1218.

zasadniczo oznacza zestaw programów komputerowych, które umożliwiają komputerowi działanie i wykonywanie zadań<sup>28</sup>. Dzieje się tak zwłaszcza obecnie, gdy oprogramowanie komputerowe jest powszechnie dostarczane raczej przez pobranie, a nie na materialnym nośniku, takim jak płyta CD lub DVD, a dostawa ma miejsce razem z przyznaniem licencji, zazwyczaj bezterminowej, umożliwiającej kontrolowanie użycia tego oprogramowania, co ilustruje niniejszy przypadek. W konsekwencji kwalifikacja prawna oprogramowania komputerowego wywołała znaczącą debatę w Unii i innych porządkach prawnych w różnych kontekstach<sup>29</sup>, takich jak omówione poniżej unijne przepisy dotyczące konsumentów<sup>30</sup>.

40. Nie da się zaprzeczyć, że pojęcia „sprzedaży” i „towarów” mogą być rozumiane inaczej w prawie krajowym i prawie Unii. W szczególności są to podstawowe pojęcia w krajowym prawie prywatnym i w wielu dziedzinach pierwotnego i wtórnego prawa Unii. Z tego względu niniejsza sprawa skłania Trybunał do dokonania wykładni tych pojęć w specyficznym kontekście dyrektywy 86/653, a w szczególności w świetle istotnych cech „przedstawiciela handlowego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 tej dyrektywy.

41. W tym względzie zauważam, że kwestie badane w niniejszej sprawie nie były dotąd przedmiotem oceny Trybunału<sup>31</sup>. W celu udzielenia odpowiedzi na zadane pytania konieczne jest przedstawienie w pierwszej kolejności pewnych uwag wstępnych na temat dyrektywy 86/653 oraz definicji „przedstawiciela handlowego”, a także na temat wyroku z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft*<sup>32</sup> (sekcja A). Następnie zajmę się kwestią wykładni pojęcia „towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, o czym wspomniano w pytaniu pierwszym (sekcja B). Na zakończenie zajmę się wykładnią pojęcia „sprzedaży” w rozumieniu tego samego przepisu, stosownie do treści pytania drugiego (sekcja C)<sup>33</sup>.

42. Na podstawie tej analizy doszedłem do wniosku, że dostarczane drogą elektroniczną oprogramowanie komputerowe, które wiąże się z udzieleniem bezterminowej licencji, takie jak będące przedmiotem sporu, kwalifikuje się jako „sprzedaż” „towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 oraz że dyrektywa ta znajduje w konsekwencji zastosowanie do sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego.

<sup>28</sup> Zobacz na przykład K. Moon, *The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?*, *European Intellectual Property Review*, vol. 31, 2009, s. 396–407; D. Saidov, S. Green, *Software as goods*, *Journal of Business Law*, 2007, s. 161–181.

<sup>29</sup> Warto zwrócić uwagę na przykład na dyskusję dotyczącą możliwej rewizji pojęcia „produktu” w art. 2 dyrektywy Rady 85/374/EWG z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (Dz.U. 1985, L 210, s. 29) w świetle nowych technologii: zobacz w tym względzie Sprawozdanie Komisji na temat wpływu sztucznej inteligencji, internetu rzeczy i robotyki na bezpieczeństwo i odpowiedzialność, COM(2020) 64 final, 19 lutego 2020 r., s. 13–14.

<sup>30</sup> Zobacz pkt 70–72 niniejszej opinii.

<sup>31</sup> Zobacz pkt 45 niniejszej opinii.

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

<sup>33</sup> W tym względzie wydaje mi się, że chociaż pewne nakładanie się na siebie tych dwóch pytań jest nieuniknione, to powinny być one rozpatrywane oddzielnie, zwłaszcza ze względu na różne argumenty podniesione w odniesieniu do każdego z pytań, a także ponieważ nie ma powodu, aby odstępować od kolejności pytań ustalonej przez sąd odsyłający.

## A. Uwagi wstępne

### 1. Dyrektywa 86/653 i definicja przedstawiciela handlowego

43. Należy pamiętać, że dyrektywa 86/653 jest kluczowym instrumentem prawnym regulującym przedstawicielstwo handlowe w Unii<sup>34</sup>. Jak stwierdził Trybunał, celami dyrektywy, jak wynika z jej motywów drugiego i trzeciego, jest ochrona przedstawicieli handlowych w stosunkach ze zleceniodawcami, promowanie bezpieczeństwa transakcji gospodarczych i ułatwienie obrotu towarowego między państwami członkowskimi poprzez zbliżenie ich systemów prawnych w zakresie przedstawicielstwa handlowego<sup>35</sup>. W tym celu dyrektywa 86/653 ustanawia zharmonizowane przepisy dotyczące praw i obowiązków przedstawicieli handlowych i ich zleceniodawców, wynagrodzenia przedstawicieli handlowych oraz zawarcia i rozwiązania umowy o przedstawicielstwo handlowe, w tym w szczególności odszkodowania lub rekompensaty należnej przedstawicielom handlowym w przypadku rozwiązania umowy, które mają charakter bezwzględnie obowiązujący<sup>36</sup>.

44. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 stanowi bramę do ochrony, którą dyrektywa zapewnia przedstawicielom handlowym, w zakresie, w jakim dana osoba musi spełnić przesłanki wymienione w zawartej w tym przepisie definicji przedstawiciela handlowego, aby zostać objętą zakresem stosowania dyrektywy. Jak orzekł Trybunał, art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 ustanawia trzy konieczne i wystarczające przesłanki, jakie dana osoba musi spełnić, aby zostać uznana za przedstawiciela handlowego w rozumieniu tej dyrektywy: po pierwsze, osoba ta musi być pośrednikiem pracującym na własny rachunek; po drugie, stosunek umowny musi mieć charakter ciągły; po trzecie, osoba ta musi być zaangażowana w działalność polegającą na negocjowaniu sprzedaży lub zakupu towarów dla zleceniodawcy lub na negocjowaniu i zawieraniu takich transakcji w imieniu i na rzecz zleceniodawcy<sup>37</sup>; przesłanki te są spełnione w niniejszej sprawie.

45. W odniesieniu do trzeciej przesłanki Trybunał dokonał wykładni art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, w szczególności, jako wykluczającego przedstawicieli handlowych zajmujących się raczej sprzedażą lub kupnem usług niż towarów<sup>38</sup>. Jednakże aż do tej pory Trybunał nie był proszony o objaśnienie pojęć „sprzedaży” i „towarów” w rozumieniu tego przepisu. Może być to wyjaśnione

<sup>34</sup> Zobacz na przykład dokument roboczy służb Komisji Ocena dyrektywy 86/653 (ocena REFIT), SWD(2015), 146 final, 16 lipca 2015 r. Szczegółowe omówienia: zob. na przykład S. Saintier, *Commercial agency in European Union private law*, w: C. Twigg-Flesner (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, s. 273–285; ze szczególnym uwzględnieniem kontekstu Zjednoczonego Królestwa: zob. także na przykład F. Randolph, J. Davey, *The European Law of Commercial Agency*, Third Edition, Hart, 2010; S. Singleton, *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, Fifth Edition, Bloomsbury Professional, 2020.

<sup>35</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, pkt 36).

<sup>36</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 19 kwietnia 2018 r., CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, pkt 34).

<sup>37</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 21 listopada 2018 r., Zako (C-452/17, EU:C:2018:935, pkt 23). Zatem, jak orzekł Trybunał w pkt 24 tego wyroku, wystarczy, aby dana osoba spełniała te trzy warunki dla zakwalifikowania jej jako przedstawiciela handlowego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, niezależnie od sposobu, w jaki osoba ta prowadzi swoją działalność, oraz w zakresie, w jakim nie podlega ona wyłączeniom przewidzianym w art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 tej dyrektywy.

<sup>38</sup> Zobacz na przykład postanowienie z dnia 6 marca 2003 r., Abbey Life Assurance (C-449/01, niepublikowane, EU:C:2003:133) (dotyczące przedstawiciela zajmującego się zawieraniem umów o ubezpieczenie na życie, dożywotnie emerytury kapitałowe i oszczędności); zob. także cytaty w następnym przepisie.

w części przez okoliczność, że niektóre sprawy dotyczyły ustawodawstwa krajowego zawierającego szeroką definicję przedstawicieli handlowych<sup>39</sup>, czyniąc w ten sposób zbędnym zagłębianie się w tę kwestię<sup>40</sup>.

## 2. Wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft*

46. Należy również podkreślić, że wyrok z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie *UsedSoft*<sup>41</sup> ma znaczenie dla niniejszej sprawy, nawet jeśli usytuowana jest ona w innym kontekście. Został on wydany w oparciu o wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez sąd niemiecki, dotyczący wykładni art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych<sup>42</sup>. Jedno z kluczowych zagadnień, które pojawiły się w tej sprawie, dotyczyło kwestii, czy dostawa kopii programu komputerowego przez pobranie na podstawie licencji bezterminowej stanowiła „pierwszą sprzedaż lub inne przeniesienie własności”, które wyczerpało prawo do rozpowszechniania tej kopii zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24<sup>43</sup>.

47. We wspomnianym wyroku Trybunał orzekł, że termin „sprzedaż” zawarty w tym przepisie musi być rozpatrywany jako autonomiczne pojęcie prawa Unii i, zgodnie z powszechnie akceptowaną definicją, oznacza umowę, na mocy której osoba w zamian za opłatę przenosi na inną osobę swoje prawo własności do materialnego lub niematerialnego przedmiotu należącego do niej<sup>44</sup>. Na tej podstawie Trybunał orzekł, iż dostawa kopii programu komputerowego, która wiąże się z udzieleniem bezterminowej licencji, pociąga za sobą przeniesienie własności tej kopii, a zatem „sprzedaż” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24<sup>45</sup>. Dochodząc do takiego wniosku, Trybunał uznał, że nie czyni różnicy, czy kopia programu komputerowego została udostępniona klientowi przez pobranie, czy na materialnym nośniku<sup>46</sup>. Trybunał doszedł także do wniosku, że jeżeli termin „sprzedaż” nie zostałby poddany szerokiej interpretacji, jako obejmujący wszelkie formy wprowadzania produktu do obrotu cechujące się przyznaniem prawa do korzystania z kopii programu na czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty pomyślanej, aby zapewnić uprawnionemu z tytułu praw autorskich otrzymanie wynagrodzenia odpowiadającego wartości ekonomicznej kopii utworu, którego jest właścicielem, to skuteczność

<sup>39</sup> W tym względzie chociaż ustawodawstwo krajowe obejmujące przedstawicieli handlowych spoza sektora sprzedaży lub zakupu towarów nie jest objęte zakresem zastosowania dyrektywy 86/653, Trybunał stwierdził, że jest właściwy do orzekania w takich przypadkach: zob. wyroki: z dnia 16 marca 2006 r., *Poseidon Chartering* (C-3/04, EU:C:2006:176, pkt 7, 11–19) (dotyczący umowy o czarter statku); z dnia 28 października 2010 r., *Volvo Car Germany* (C-203/09, EU:C:2010:647, pkt 23–28) (dotyczący umowy dealerskiej); z dnia 17 października 2013 r., *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:663, pkt 30, 31) (dotyczący umowy o świadczenie usług żeglugi morskiej); z dnia 3 grudnia 2015 r., *Quenon K.* (C-338/14, EU:C:2015:795, pkt 16–19) (dotyczący umowy sprzedaży usług bankowych i ubezpieczeniowych); a także z dnia 17 maja 2017 r., *ERGO Poist'ovňa* (C-48/16, EU:C:2017:377, pkt 26–32) (dotyczący umowy sprzedaży usług ubezpieczeniowych); zob. ponadto opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:301, pkt 48, przypis 26).

<sup>40</sup> Przykładowo warto zauważyć, że nie była omawiana przez Trybunał (lub przez rzecznika generalnego) definicja przedstawiciela handlowego w wyroku z dnia 23 marca 2006 r., *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199) (dotyczącym przedstawiciela promującego usługi informacyjne w zakresie działalności gospodarczej) ani w wyroku z dnia 19 kwietnia 2018 r., *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262) (dotyczącym przedstawiciela promującego sprzedaż domów jednorodzinnych).

<sup>41</sup> C-128/11, EU:C:2012:407. Szczegółowe omówienie: na przykład P. Charleton, S. Kelly, *The Oracle Speaks*. C-128/11, *The Bar Review*, vol. 18, 2013, s. 33–44; podejście krytyczne: zob. także na przykład K. Moon, *Revisiting UsedSoft v. Oracle. Is Software Property and Can It Be Sold?*, *Computer Law Review International*, 2017, s. 113–119.

<sup>42</sup> Dz.U. 2009, L 111, s. 16.

<sup>43</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt. 20–35).

<sup>44</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 40, 42).

<sup>45</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 44–46, 48).

<sup>46</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 47).

art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 zostałaaby podważona, ponieważ dostawcy mogliby po prostu określić umowę jako „licencję”, a nie „sprzedaż”, w celu obejścia zasady wyczerpania prawa do rozpowszechnienia kopii<sup>47</sup>.

48. Trybunał orzekł ponadto, iż wyczerpanie prawa do rozpowszechniania, do którego odnosi się art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, dotyczy zarówno materialnych, jak i niematerialnych kopii programu komputerowego<sup>48</sup>. W szczególności zauważył on, że brzmienie tego przepisu nie wprowadza żadnego rozróżnienia w tym względzie<sup>49</sup>. Trybunał uważa także, że z gospodarczego punktu widzenia sprzedaż programu komputerowego na materialnym nośniku i poprzez pobranie były podobne, ponieważ metoda transmisji online była funkcjonalnym odpowiednikiem dostawy materialnego nośnika. Zatem wykładnia art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 w świetle zasady równego traktowania uzasadniała traktowanie obu tych metod w ten sam sposób<sup>50</sup>.

49. Stanowisko Trybunału w wyroku w sprawie UsedSoft zostało powtórzone w późniejszym orzecznictwie<sup>51</sup>. Jak przedstawiono w wyroku z dnia 19 grudnia 2019 r., *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers*<sup>52</sup>, okoliczność, iż Trybunał odróżnił swoje ustalenia w sprawie UsedSoft od wniosków wynikających z innych sytuacji podkreśla szczególny charakter programów komputerowych, zwłaszcza przez wzgląd na zrównanie materialnych i niematerialnych form dostawy, względem innych produktów cyfrowych.

50. W konsekwencji z wyroku UsedSoft wynika, że z perspektywy funkcjonalnej i gospodarczej dostawa oprogramowania komputerowego drogą elektroniczną, która wiąże się z udzieleniem bezterminowej licencji może stanowić przedmiot „sprzedaży” oraz, że metody transmisji za pomocą materialnego lub niematerialnego nośnika przynoszą podobne skutki. Wyrok ten potwierdza więc pogląd, zgodnie z którym dostawa oprogramowania w okolicznościach niniejszej sprawy kwalifikuje się jako „sprzedaż towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653. Powróć do tego wyroku w dalszej części mojej analizy (zob. pkt 74, 85 i 87 niniejszej opinii).

## **B. Pytanie pierwsze**

51. Jak wspomniano w pkt. 38 niniejszej opinii, pierwsze pytanie postawione Trybunałowi dotyczy kwestii, czy dostarczane drogą elektroniczną oprogramowanie komputerowe, takie jak będące przedmiotem sporu, kwalifikuje się jako „towar” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

52. Zgodnie z argumentami podniesionymi przez Computer Associates jedynie materialne przedmioty objęte są zakresem znaczeniowym pojęcia „towaru” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, co wyłącza tym samym objęcie jego zakresem oprogramowania komputerowego dostarczanego za pomocą niematerialnych nośników, takiego jak będące przedmiotem sporu. The Software Incubator, rząd niemiecki i Komisja nie podzielają tego stanowiska.

<sup>47</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 49).

<sup>48</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 59).

<sup>49</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 55).

<sup>50</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 61).

<sup>51</sup> Zobacz na przykład wyroki: z dnia 23 stycznia 2014 r., *Nintendo i in.* (C-355/12, EU:C:2014:25, pkt 23); z dnia 12 października 2016 r., *Ranks i Vasilevičs* (C-166/15, EU:C:2016:762, pkt 28, 30, 35, 36, 49, 50, 53–55); zob. także opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe w sprawie *Ranks i Vasilevičs* (C-166/15, EU:C:2016:384, pkt 69–80).

<sup>52</sup> C-263/18, EU:C:2019:1111, pkt 53–58. Zobacz także opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:697, pkt 52–67).

53. Jak zauważono w punkcie 4 niniejszej opinii, art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 nie zawiera żadnego odesłania do prawa krajowego. Zatem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem<sup>53</sup> pojęcia zawarte w tym przepisie, a w szczególności pojęcie „towarów”, powinny być interpretowane w sposób autonomiczny i jednolity w całej Unii, niezależnie od ustawodawstwa krajowego<sup>54</sup>. Taka wykładnia powinna uwzględniać brzmienie tego przepisu, jego kontekst i cele uregulowania, którego przepis ten stanowi część<sup>55</sup>. Geneza tego przepisu również może dostarczać informacji istotnych dla jego wykładni<sup>56</sup>.

54. Na tej właśnie podstawie doszedłem do wniosku, że dostarczane drogą elektroniczną oprogramowanie komputerowe, takie jak będące przedmiotem sporu, jest objęte zakresem pojęcia „towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653. Poniżej przedstawiam powody, dla których doszedłem do tego wniosku.

55. Jeżeli chodzi o brzmienie dyrektywy 86/653, pojęcie „towarów” zostało użyte nie tylko w art. 1 ust. 2 tej dyrektywy, ale także w jej art. 4 ust. 2 lit. a), art. 6 ust. 1 oraz art. 20 ust. 2 lit. b). Żaden z tych przepisów nie określa jednak znaczenia ani zakresu stosowania tego pojęcia. W odniesieniu do argumentów podniesionych przez Computer Associates należy stwierdzić, że słowa użyte w innych wersjach językowych art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 nie wydają się potwierdzać wykładni tego przepisu jako ograniczonego do przedmiotów materialnych<sup>57</sup>. Na przykład, zdaniem rządu niemieckiego, niemiecka wersja językowa przemawiałaby za wykładnią pojęcia „towarów” jako obejmującego przedmioty niematerialne (zob. pkt 32 powyżej). Co więcej, te wersje językowe nie wydają się wskazywać, aby „towary” miały być koniecznie ograniczone do przedmiotów materialnych.

56. W tym względzie należy zauważyć, że okoliczności niniejszej sprawy różnią się od tych, które doprowadziły do wydania postanowienia z dnia 10 lutego 2004 r., Mavrona<sup>58</sup>. W rzeczonym postanowieniu Trybunał odrzucił możliwość rozszerzenia zakresu zastosowania dyrektywy 86/653 na komisantów, którzy działają na rzecz zleceniodawcy, ale we własnym imieniu, na tej podstawie, między innymi, że byłoby to sprzeczne z wyraźnym brzmieniem art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653. Natomiast w analizowanym tu przypadku nie chodzi o wyjście poza zakres harmonizacji wyznaczony przez art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, ale o zinterpretowanie przez Trybunał pojęć takich jak „towary”, zawartych w tym przepisie, jeżeli w samym tekście nie nadano im wyraźnego znaczenia.

57. W konsekwencji brzmienie art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi, czy dostarczane drogą elektroniczną oprogramowanie, takie jak będące przedmiotem sporu, kwalifikuje się jako „towar” w rozumieniu tego przepisu. Niemniej jednak przepis ten nie wprowadza rozróżnienia w zależności od materialnego lub niematerialnego charakteru danych towarów. Pozwala on więc na szeroką wykładnię pojęcia „towarów”, obejmującą wszystkie te materialne i niematerialne przedmioty, które mogą być przedmiotem transakcji handlowych.

<sup>53</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 4 czerwca 2020 r., Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, pkt 25).

<sup>54</sup> Warto zauważyć, że zostało to uznane we wcześniejszym orzecznictwie Zjednoczonego Królestwa (zob. na przykład *Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch), w szczególności pkt 74, 86, 93) i w dokumentach rządowych [zob. Department of Trade and Industry, *Guidance Notes on the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993, 1994, Regulation 2 Interpretation*, pkt 4]. Zobacz dalej w tym względzie A. Tosato, *An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, s. 544–565.

<sup>55</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 8 września 2020 r., *Recorded Artists Actors Performers* (C-265/19, EU:C:2020:677, pkt 46).

<sup>56</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 1 października 2019 r., *Planet49* (C-673/17, EU:C:2019:801, pkt 48).

<sup>57</sup> Zobacz przypis 15 do niniejszej opinii.

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

58. Geneza dyrektywy 86/653 wspiera taką wykładnię. We wniosku Komisji<sup>59</sup> przepis zawierający definicję przedstawiciela handlowego odwoływał się do „nieograniczonej liczby transakcji handlowych”, w ten sposób obejmując zarówno towary, jak i usługi<sup>60</sup>. Nie dano żadnych wyraźnych wskazówek co do pojęcia „towarów”, w odróżnieniu od innego przepisu w tym projekcie, który odnosił się do „ruchomości i innego mienia” w związku z odliczeniem zastawu przedstawiciela handlowego na mieniu zleceńodawcy w momencie rozwiązania umowy agencyjnej<sup>61</sup>. Przepisy te zostały zachowane – dodano do nich jedynie pewne treści – w zmienionej wersji wniosku Komisji<sup>62</sup>, sformułowanej po pierwszym czytaniu w Parlamencie Europejskim<sup>63</sup> oraz przedstawieniu opinii przez Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny<sup>64</sup>.

59. Na pierwszym posiedzeniu Rady dotyczącym zmienionego wniosku<sup>65</sup> delegacja Danii uznała jednakże, że wniosek „powinien być ograniczony do transakcji handlowych obejmujących sprzedaż towarów”, co poparły delegacje Irlandii i Zjednoczonego Królestwa. Odzwierciedlały to komentarze tych delegacji na temat definicji „przedstawiciela handlowego”, zgodnie z którymi wnioskowały one o to, aby „transakcje handlowe” były definiowane jako „umowy sprzedaży towarów”<sup>66</sup>.

60. W konsekwencji Komisja wydała dokument roboczy w sprawie zakresu stosowania proponowanej dyrektywy<sup>67</sup>, w którym przedstawiła swoje poglądy na temat sposobów, w jakie może on być ograniczony. W szczególności zauważyła ona, że usługi mogą być wyłączone, ponieważ dyrektywa miałyby zastosowanie do niewielu spośród nich. Jej zdaniem istotne było jednakże objęcie zakresem stosowania tej dyrektywy przedstawicieli handlowych działających w sektorach o znaczeniu szczególnym z ekonomicznego punktu widzenia, mianowicie charakteryzujących się nabywaniem i sprzedawaniem towarów. Komisja wskazała, że ponieważ pewne towary, takie jak surowce i produkty rolne, były rzadko kupowane lub sprzedawane przez przedstawicieli handlowych, proponowana dyrektywa może mieć zastosowanie tylko do tych przedstawicieli, którzy kupują lub sprzedają produkty przemysłowe, a nie do usług lub surowców.

61. Na swoim kolejnym posiedzeniu<sup>68</sup> Rada, biorąc pod uwagę ten roboczy dokument, wyraziła swoje preferencje dla rozwiązania, w ramach którego proponowana dyrektywa „obejmowałaby przynajmniej czynności związane ze sprzedażą lub zakupem towarów”. W tym względzie, podczas gdy niektóre delegacje poparły rozwiązanie wykluczające usługi, delegacje Danii, Irlandii i Zjednoczonego Królestwa zgłosiły zastrzeżenia wobec rozwiązania mającego na celu regulowanie czegokolwiek więcej aniżeli sprzedaż towarów. I tak według protokołu z tego posiedzenia: „Jako że nie było możliwe rozstrzygnięcie tej kwestii ani kwestii, czy dyrektywa

<sup>59</sup> Zobacz: Komisja, Równość praw dla przedstawicieli handlowych. Wniosek dotyczący dyrektywy Rady w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych (działających na własny rachunek), dokument COM(76) 670 wersja ostateczna, z dnia 13 grudnia 1976 r. (zwany dalej „wnioskiem Komisji”), proponowany art. 2.

<sup>60</sup> Zobacz w tym względzie wniosek Komisji, przywołany w przypisie 59 do niniejszej opinii, proponowane art. 7 ust. 1 i 2, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 2, art. 10 ust. 2 lit. a), art. 11 ust. 2, art. 21 ust. 1 oraz art. 32 ust. 2.

<sup>61</sup> Zobacz wniosek Komisji, przywołany w przypisie 59 do niniejszej opinii, proponowany art. 29 ust. 2.

<sup>62</sup> Zobacz: Komisja, zmiana do wniosku dotyczącego dyrektywy Rady w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych (działających na własny rachunek), dokument COM(78) 773 wersja ostateczna, z dnia 22 stycznia 1979 r. (zwany dalej „zmienionym wnioskiem”), proponowane art. 2 i 29.

<sup>63</sup> Zobacz rezolucja zawierająca opinię Parlamentu Europejskiego w sprawie wniosku Komisji, 12 września 1978 r. (Dz.U. 1978, C 239, s. 18), w szczególności proponowane art. 2 i 29.

<sup>64</sup> Zobacz opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku Komisji, 24 listopada 1977 r. (Dz.U. 1978, C 59, s. 31), w szczególności pkt 2.3.1, 2.8.7 i 2.8.8.

<sup>65</sup> Zobacz dokument 8278/79 z dnia 18 lipca 1979 r., s. 2–3.

<sup>66</sup> Zobacz dokument 8278/79, przywołany w przypisie 65 do niniejszej opinii, s. 6–7.

<sup>67</sup> Zobacz dokument 8664/79 z dnia 22 sierpnia 1979 r.

<sup>68</sup> Zobacz dokument 11507/79 z dnia 11 grudnia 1979 r., s. 2.



powinna obejmować towary, produkty lub rzeczowe aktywa trwałe, czy też nie powinna ich obejmować, *robocze założenie* przyjęte przez *grupę roboczą* na potrzeby jej dyskusji było takie, że dyrektywa miałaby zastosowanie do *przedstawicieli handlowych zaangażowanych w sprzedaż lub zakup towarów*<sup>69</sup>. Takie podejście znalazło odzwierciedlenie w definicji przedstawiciela handlowego, która odnosiła się do sprzedaży lub nabycia towarów<sup>70</sup>.

62. Takie podejście zostało też utrzymane w przyjętej treści dyrektywy 86/653<sup>71</sup>. Proponowany przepis dotyczący zastawu przedstawiciela handlowego na „ruchomościach i innym mieniu” zlecniodawcy został zmieniony, a następnie usunięty w trakcie procesu decyzyjnego<sup>72</sup>.

63. W konsekwencji osiągniętego porozumienia może wynikałoby raczej użyć określenia „towary” niż „produkty”, „rzeczowe aktywa trwałe” lub „ruchomości”, że pojęcie to miało na celu objęcie w szerokim znaczeniu przedmiotu transakcji, które stanowiły główne czynności przedstawicieli handlowych<sup>73</sup>, oraz że nie było ono koniecznie ograniczone do materialnych i ruchomych przedmiotów. Wykładnia ta pozostaje także w zgodzie z kontekstem historycznym, w jakim usytuowana jest dyrektywa 86/653, kiedy to została sporządzona międzynarodowa konwencja o przedstawicielstwie handlowym w międzynarodowej sprzedaży towarów<sup>74</sup>, ograniczająca się do sprzedaży towarów, zgodnie z głównymi czynnościami przedstawicieli handlowych w handlu międzynarodowym w tym czasie<sup>75</sup>. Wbrew twierdzeniu Computer Associates z dokumentów wspomnianych wyżej można wywieść wskazówki przemawiające za tym, iż możliwe zastosowanie dyrektywy do „produktów” mogło nie być rozumiane jako mające zakres szerszy niż w przypadku odniesienia do „towarów”, ale raczej, zwłaszcza w świetle odniesienia do „produktów przemysłowych”, miałoby odnosić się do szczególnego rodzaju towarów w handlu, które stanowiły znaczącą część pracy przedstawicieli handlowych.

64. Kontekst, w jaki wpisuje się art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, potwierdza dodatkowo pogląd, iż pojęcie „towarów” w tym przepisie może być interpretowane jako obejmujące zarówno materialne, jak i niematerialne przedmioty. W szczególności taka wykładnia nie ogranicza przedstawiciela handlowego w wykonywaniu jego istotnych zadań, zgodnie z dyrektywą 86/653, które, jak wynika z jej art. 3, 4 i 17, polegają na znalezieniu nowych klientów dla zlecniodawcy oraz zawieraniu transakcji z dotychczasowymi klientami<sup>76</sup>.

65. Wykładnia taka nie wyklucza też zastosowania innych przepisów dyrektywy 86/653, w których posłużono się pojęciem „towarów”. W tym względzie opis towarów dostarczanych przez zlecniodawcę zgodnie z art. 4 ust. 2 lit. a) dyrektywy 86/653, odpowiednie wynagrodzenie

<sup>69</sup> Zobacz dokument 11507/79, przywołany w przypisie 68 do niniejszej opinii, s. 2.

<sup>70</sup> Zobacz dokument 11507/79, przywołany w przypisie 68 do niniejszej opinii, s. 3, 9.

<sup>71</sup> Zobacz na przykład: dokument 7379/86 z dnia 4 czerwca 1986 r., s. 3; dokument 8543/86 z dnia 18 lipca 1986 r., s. 3. W tym względzie wniosek delegacji Zjednoczonego Królestwa dotyczący usunięcia sformułowania „lub nabycia” z definicji „przedstawiciela handlowego” (zob. na przykład dokument 6877/80 z dnia 6 maja 1980 r., s. 22) został odrzucony.

<sup>72</sup> Zobacz na przykład: dokument 4737/81 z dnia 10 lutego 1981 r., s. 8–9; dokument 10292/81 z dnia 28 października 1981 r., s. 8–10; dokument 4347/82 z dnia 21 stycznia 1982 r., s. 23; dokument 7381/83 z dnia 9 czerwca 1983 r., s. 19.

<sup>73</sup> Warto zauważyć, że wynika to z niektórych publikacji dołączonych do uwag Computer Associates, które zostały przedłożone w tamtym czasie: zob. O. Lando, *The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents*, *Labels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, s. 1–16, w szczególności s. 2 i 5; United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, No. 84, 1977, w szczególności art. 2 lit. a)–c), s. 15.

<sup>74</sup> Konwencja o przedstawicielstwie handlowym w międzynarodowej sprzedaży towarów, podpisana w Genewie dnia 17 lutego 1983 r.; nie weszła w życie ze względu na zbyt małą liczbę ratyfikacji. Zobacz na przykład N. Jansen, R. Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, s. 592–593.

<sup>75</sup> Zobacz w tym względzie D. Maskow, *Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods*, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, vol. I, 1989, s. 60–187, na s. 99–101.

<sup>76</sup> Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 12 grudnia 1996 r., *Kontogeorgas* (C-104/95, EU:C:1996:492, pkt 26); z dnia 4 czerwca 2020 r., *Trendsetteuse* (C-828/18, EU:C:2020:438, pkt 33).

dla przedstawiciela handlowego, bazujące na tym, co zostało przekazane przedstawicielom zainteresowanym tymi towarami, zgodnie z art. 6 ust. 1 tej dyrektywy, oraz wymóg, aby klauzula zakazu konkurencji nakładana na przedstawiciela handlowego, by była ważna, odnosiła się ona do rodzaju towarów objętych umową agencyjną, zgodnie z art. 20 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy, miałyby zastosowanie bez względu na to, czy towary są materialne, czy niematerialne.

66. Ilustrują to okoliczności niniejszej sprawy. Jak wskazano w pkt 9 niniejszej opinii, oprogramowanie było traktowane w umowie jako standardowy „produkt”, który The Software Incubator była zobowiązana promować, wprowadzać do obrotu i sprzedawać. W dodatku, zgodnie z umową, (i) The Software Incubator była zobowiązana poświęcić znaczącą ilość czasu i wysiłku na rozwój sprzedaży i relacji z klientami Computer Associates związanymi z oprogramowaniem, (ii) obliczanie prowizji The Software Incubator zależne było od sprzedaży oprogramowania; (iii) istniała też klauzula zakazu konkurencji zabraniająca The Software Incubator podejmowania działalności, która stanowiłaby konkurencję wobec oprogramowania. Na tej podstawie należy zauważyć, że okoliczność, iż oprogramowanie było dostarczane na niematerialnym nośniku, nie wydaje się uniemożliwiać The Software Incubator lub Computer Associates wykonywania obowiązków wynikających dla nich z umowy.

67. Wbrew argumentom przedłożonym przez Computer Associates, o ile art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 jest głównym przepisem dla celów wyznaczenia zakresu stosowania tej dyrektywy, o tyle nie wynika z tego, że pojęcie „towarów” musi być rozumiane jako obejmujące wyłącznie materialne przedmioty. W oparciu o orzecznictwo Trybunału (zob. pkt 44 niniejszej opinii) definicja przedstawiciela handlowego ma charakter włączający, w tym sensie, że każda osoba, która spełni przesłanki ustalone w tej definicji, jest uważana za przedstawiciela handlowego, o ile nie jest objęta wyłączeniami przewidzianymi w art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 tej dyrektywy. Wyłączenia te odnoszą się na ogół do zawodów lub działalności niektórych osób, a nie do rodzaju towarów wprowadzanych do obrotu<sup>77</sup>.

68. Co więcej, wykładnia pojęcia „towarów” w innych dziedzinach prawa Unii nie podważa mojej analizy. W szczególności, w kontekście przepisów unijnych w dziedzinie ceł<sup>78</sup> i VAT<sup>79</sup>, w ramach których pojęcie „towarów” zostało ograniczone do „rzeczowych aktywów trwałych”, oprogramowanie komputerowe dostarczane na niematerialnym nośniku nie było uznawane za „towaar”, podczas gdy w kontekście unijnych przepisów w dziedzinie znaków towarowych<sup>80</sup> i wyrobów medycznych<sup>81</sup> oprogramowanie komputerowe było klasyfikowane jako rodzaj

<sup>77</sup> Ogólnie rzecz biorąc, art. 1 ust. 3 dyrektywy 86/653 wyłącza osoby pracujące w spółkach kapitałowych, stowarzyszeniach i spółkach osobowych lub zamieszanych w bankructwo, podczas gdy jej art. 2 ust. 1 wyłącza przedstawicieli handlowych, których działalność jest nieodpłatna lub którzy działają na rynku towarowym, wraz z określonym podmiotem w Zjednoczonym Królestwie.

<sup>78</sup> W kontekście przepisów unijnych dotyczących wspólnego systemu celnego pojęcie „towarów” zostało zinterpretowane jako związane wyłącznie z „rzeczowymi aktywami trwałymi” w świetle charakteru tego systemu, co zrodziło pytanie, czy dla celów ustalenia wartości celnej oprogramowanie komputerowe należy kwalifikować jako niematerialne mienie włączone w zmaterializowany towar. Zobacz na przykład wyroki: z dnia 14 lipca 1977 r., Bosch (1/77, EU:C:1977:130, pkt 4); z dnia 18 kwietnia 1991 r., Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153, pkt 21); z dnia 16 listopada 2006 r., Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716, pkt 30, 31, 37); z dnia 10 września 2020 r., BMW (C-509/19, EU:C:2020:694, pkt 12–23); zobacz także opinia rzecznik generalnej C. Stix-Hackl w sprawie Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68, pkt 50–58).

<sup>79</sup> W kontekście przepisów unijnych w ramach systemu VAT pojęcie „dostawy towarów” jest wyraźnie ograniczone do „rzeczowych aktywów trwałych”, tak że produkty cyfrowe, w tym oprogramowanie komputerowe, dostarczane na niematerialnym nośniku są klasyfikowane jako dostawa „usług”, podczas gdy takie produkty dostarczane na materialnym nośniku są klasyfikowane jako dostawa „towarów”. Zobacz na przykład wyroki: z dnia 5 marca 2015 r., Komisja/Francja (C-479/13, EU:C:2015:141, pkt 35); z dnia 5 marca 2015 r., Komisja/Luksemburg (C-502/13, EU:C:2015:143, pkt 42); z dnia 7 marca 2017 r., RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, pkt 43–72, w szczególności pkt 50). Zobacz także, w odniesieniu do indywidualnego oprogramowania komputerowego, wyrok z dnia 27 października 2005 r., Levob Verzekering i OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649, pkt 17–30); opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Levob Verzekering i OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292, pkt 28–60).

<sup>80</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 29 stycznia 2020 r., Sky i in. (C-371/18, EU:C:2020:45, w szczególności pkt 30, 47, 54).

<sup>81</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 22 listopada 2012 r., Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, w szczególności pkt 16–19).

„towaru”. Przykłady te różnią się od kontekstu niniejszej sprawy, w której pojęcie „towarów” w dyrektywie 86/653 nie zostało w sposób wyraźny ograniczone do przedmiotów materialnych ani też nie towarzyszy mu odniesienie do oprogramowania komputerowego.

69. Analogicznie w kontekście swobodnego przepływu towarów Trybunał konsekwentnie definiował „towary” w szerokim znaczeniu jako „wszelkie produkty posiadające wartość wymierną w pieniądzu i mogące jako takie stanowić przedmiot transakcji handlowych”<sup>82</sup>. Zatem, przykładowo, gry elektroniczne, w tym gry komputerowe<sup>83</sup>, oraz elektryczność<sup>84</sup> są objęte zakresem tej definicji, niezależnie od ich niematerialnego charakteru. Z uwagi na to, że, jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy, oprogramowanie komputerowe stanowi produkt posiadający wartość wymierną w pieniądzu i stanowiący przedmiot transakcji handlowych, wydawałoby się, że mieści się ono całkowicie w tej definicji. Moim zdaniem, wbrew twierdzeniu Computer Associates, wyroki Trybunału w sprawie Sacchi<sup>85</sup> (zgodnie z którym transmisja sygnału telewizyjnego stanowi usługi, podczas gdy produkty użyte do emisji sygnału telewizyjnego stanowią towary) oraz w sprawie Jägerskiöld<sup>86</sup> (zgodnie z którym prawa połowowe i zezwolenia połowowe stanowią raczej usługi niż towary), odnoszą się do szczególnych okoliczności tych spraw i nie wskazują na ogólne ograniczenie pojęcia „towarów” w tym kontekście do przedmiotów materialnych.

70. Dyrektywy 2011/83, 2019/770 i 2019/771 także nie potwierdzają moim zdaniem wykładni pojęcia „towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 jako ograniczonej do przedmiotów materialnych. Krótko mówiąc: dyrektywy te stanowią kluczowe instrumenty prawne w unijnym prawie umów konsumenckich<sup>87</sup>. Dyrektywa 2011/83 obejmuje swoim zakresem umowy konsumenckie, których przedmiotem jest dostarczanie treści cyfrowych, niezależnie od sposobu ich przekazywania, i o ile treści cyfrowe dostarczane na materialnym nośniku są klasyfikowane jako „towary”, o tyle treści cyfrowe dostarczane na niematerialnym nośniku nie są uważane ani za umowę sprzedaży, ani za umowę o świadczenie usług; w odniesieniu do nich określono przepisy szczególne<sup>88</sup>. Zatem dyrektywa 2011/83 nie rozwiązuje kwestii klasyfikacji takich treści cyfrowych<sup>89</sup> i ustanawia dla nich kategorię *sui generis* poza „towarami” definiowanymi jako „materialne przedmioty ruchome”<sup>90</sup>.

71. Dyrektywy 2019/770 i 2019/771 idą w podobnym kierunku. Dyrektywa 2019/770 ma zastosowanie do umów konsumenckich o dostawę treści cyfrowych lub usług cyfrowych niezależnie od nośnika, materialnego czy niematerialnego, wykorzystywanego do transmisji, a nawet do samego trwałego nośnika, jeżeli służy on wyłącznie jako nośnik treści cyfrowych<sup>91</sup>.

<sup>82</sup> Zobacz na przykład wyroki: z dnia 10 grudnia 1968 r., Komisja/Włochy (7/68, EU:C:1968:51, pkt 428); z dnia 23 stycznia 2018 r., Buhagiar i in. (C-267/16, EU:C:2018:26, pkt 67).

<sup>83</sup> Zobacz wyrok z dnia 26 października 2006 r., Komisja/Grecja (C-65/05, EU:C:2006:673, pkt 23, 24).

<sup>84</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 6 grudnia 2018 r., FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, pkt 34); opinię rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie FENS (C-305/17, EU:C:2018:536, pkt 19–21).

<sup>85</sup> Zobacz wyrok z dnia 30 kwietnia 1974 r., 155/73, EU:C:1974:40, pkt 6, 7.

<sup>86</sup> Zobacz wyrok z dnia 21 października 1999 r., C-97/98, EU:C:1999:515, pkt 30–39.

<sup>87</sup> W kwestii dyskusji na temat tych dyrektyw i ich szerszego kontekstu zob. na przykład: N. Helberger i in., *Digital Content Contracts for Consumers*, *Journal of Consumer Policy*, vol. 36, 2013, s. 37–57; N. Jansen, R. Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, op.cit. w przypisie 74 do niniejszej opinii, s. 1–18; D. Staudenmayer, *The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy*, *European Review of Private Law*, vol. 28, 2020, s. 219–250.

<sup>88</sup> Zobacz dyrektywa 2011/83, w szczególności jej art. 1, art. 5 ust. 2, art. 6 ust. 2, art. 9 ust. 2 lit. c), art. 14 ust. 4 lit. b), art. 16 lit. m) i art. 17 ust. 1 oraz motyw 19. Zobacz także na przykład Komisja, Sprawozdanie w sprawie stosowania dyrektywy 2011/83, COM(2017) 259 final, z dnia 23 maja 2017 r., pkt 5.

<sup>89</sup> Zobacz w tym względzie N. Helberger i in., op.cit. w przypisie 87 do niniejszej opinii, s. 44.

<sup>90</sup> Zobacz dyrektywa 2011/83, art. 2 ust. 3

<sup>91</sup> Zobacz dyrektywa 2019/770, w szczególności jej art. 1, art. 3 ust. 1 i 3 oraz motyw 19 i 20.

Dyrektywa 2019/770 pozostawia jednak kwestię charakteru prawnego takich umów w gestii prawa krajowego<sup>92</sup>. Uzupełniająco dyrektywa 2019/770 ustanawia zharmonizowane przepisy dotyczące konsumenckich umów sprzedaży towarów, które obejmują „towary z elementami cyfrowymi” oznaczające „materialne przedmioty ruchome”, które są zintegrowane lub połączone z treścią cyfrową lub usługą cyfrową, aby funkcjonować<sup>93</sup>. Zatem dyrektywa ta ogranicza „towary” do „materialnych przedmiotów ruchomych”, dodając jednocześnie przepisy szczególne mające zastosowanie do towarów cyfrowych.

72. Na tej podstawie należy w szczególności zauważyć, iż te trzy dyrektywy reprezentują zamiar prawodawcy Unii związany z rozwojem specjalnych przepisów regulujących treści cyfrowe, w tym oprogramowanie komputerowe, w umowach konsumenckich, bez naruszania tradycyjnego pojęcia „towaru”, które – inaczej niż w dyrektywie 86/653 – jest w sposób wyraźny powiązane z przedmiotami materialnymi. Co więcej, dyrektywa 2019/770 traktuje w ten sam sposób materialne i niematerialne sposoby dostarczania treści cyfrowych, co przemawia na rzecz rozumienia pojęcia „towarów” w dyrektywie 86/653 jako obejmującego oba te sposoby.

73. Wreszcie podzielam zdanie The Software Incubator, rządu niemieckiego i Komisji, iż wykładnia pojęcia „towarów” jako mającego zastosowanie do materialnych i niematerialnych przedmiotów jest zgodna z celami, do których realizacji zmierza dyrektywa 86/653. W szczególności należy podkreślić, że ograniczenie pojęcia „towarów” do materialnych przedmiotów spowodowałoby odmówienie ochrony przedstawicielom handlowym, którzy negocjują sprzedaż tego samego przedmiotu dostarczanego w postaci niematerialnej. Ograniczyłoby to zakres ochrony przyznawanej przedstawicielom handlowym w ich relacjach ze zlecającymi na mocy dyrektywy 86/653, która to ochrona jest jednym z celów tej dyrektywy (zob. pkt 43 niniejszej opinii).

74. W tym względzie, jak wspomniałem w pkt 46–50 powyżej, Trybunał uznał w wyroku UsedSoft, że dostawa oprogramowania komputerowego za pośrednictwem trwałego nośnika jest funkcjonalnym odpowiednikiem transmisji przez pobranie. Wynika zatem z tego wyroku, że wykładnia pojęcia „towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 obejmująca materialne i niematerialne przedmioty zapewnia przedstawicielom handlowym, którzy negocjują sprzedaż oprogramowania komputerowego, otrzymanie takiej samej ochrony niezależnie od nośnika wykorzystanego w ramach dostawy.

75. I odwrotnie, wykładnia pojęcia „towarów” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 jako ograniczającego się do przedmiotów materialnych pozwoliłaby zlecającym na obejście bezwzględnie obowiązujących przepisów dyrektywy 86/653, łącznie z tymi dotyczącymi odszkodowania lub kompensaty należnej przedstawicielowi handlowemu w momencie rozwiązania umowy agencyjnej (zob. pkt 43 niniejszej opinii), po prostu poprzez zorganizowanie dostawy towarów za pomocą środków niematerialnych. Podważyłoby to cele, do których realizacji zmierza ta dyrektywa, dotyczące zapewnienia ochrony przedstawicielom handlowym i promowania bezpieczeństwa transakcji handlowych. W istocie, jak wskazały The Software Incubator i Komisja, przedstawiciel handlowy nie powinien być pozbawiony ochrony wynikającej z dyrektywy ze względu na decyzję zlecającego lub, w stosownym przypadku, klienta, dotyczącą sposobu dostawy, która może być dokonana po tym, jak przedstawiciel wykona swoje zadanie negocjowania sprzedaży towaru.

<sup>92</sup> Zobacz dyrektywa 2019/770, w szczególności jej motyw 12.

<sup>93</sup> Zobacz dyrektywa 2019/771, w szczególności jej art. 1, art. 2 ust. 5, art. 3 ust. 3 i 4 oraz motywy 12–16. Zobacz także dyrektywa 2019/770, art. 2 ust. 3 i art. 3 ust. 4 oraz motywy 21 i 22.

76. W dodatku, wbrew argumentom wysuniętym przez Computer Associates, nic nie sugeruje, iż odniesienie do „obrotu towarowego” w motywie trzecim dyrektywy 86/653, w związku z jej art. 1 i 2, wspiera wykładnię pojęcia „towarów” ograniczoną do materialnych przedmiotów. Odniesienie to jest związane z celem dyrektywy 86/653, jakim jest harmonizacja przepisów państw członkowskich dotyczących przedstawicielstwa handlowego w celu ustanowienia jednolitego rynku, i nie dotyczy znaczenia pojęcia „towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 tej dyrektywy. Świadczy o tym okoliczność, iż takie odniesienie pojawia się też w identycznej postaci we wniosku Komisji dotyczącym dyrektywy 86/653 zawierającym szerszą definicję przedstawiciela handlowego, obejmującą towary i usługi (zob. pkt 58 niniejszej opinii)<sup>94</sup>.

77. Ponadto należy wziąć pod uwagę potrzebę dynamicznej lub ewolucyjnej wykładni art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, która uwzględnia rozwój technologiczny, w zgodzie z celami tej dyrektywy<sup>95</sup>. W tym względzie o ile wprowadzanie do obrotu „oprogramowania komputerowego” było nie do przewidzenia, gdy przyjmowano dyrektywę 86/653, o tyle w obecnych czasach jest ono częste. W tych okolicznościach nieuwzględnienie zmian technologicznych byłoby moim zdaniem odpowiedzialne za spowodowanie bezskuteczności przepisów dotyczących przedstawicieli handlowych ustanowionych przez tę dyrektywę.

78. Dochodzę zatem do wniosku, że oprogramowanie komputerowe dostarczane na rzecz klientów zlecniodawcy drogą elektroniczną, takie jak będące przedmiotem sporu, jest objęte zakresem znaczeniowym pojęcia „towarów” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

### C. Pytanie drugie

79. Jak wspomniałem w pkt 38 powyżej, drugie pytanie zadane Trybunałowi dotyczy kwestii, czy jeśli kopia oprogramowania komputerowego jest dostarczana na rzecz klientów zlecniodawcy na podstawie licencji bezterminowej, tak jak w niniejszym sporze, to kwalifikuje się to jako „sprzedaż” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

80. Jak wynika z postanowienia odsyłającego oraz informacji dostarczonych Trybunałowi, w okolicznościach niniejszej sprawy licencja przyznawana przez Computer Associates jej klientom daje klientowi prawo do korzystania z kopii oprogramowania przez czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty odpowiadającej wartości ekonomicznej tej kopii (zobacz pkt 11 i 12 niniejszej opinii).

81. Zgodnie z argumentami przedstawionymi przez Computer Associates taka licencja nie może być uważana za „sprzedaż”, ponieważ nie pociąga za sobą przeniesienia własności oprogramowania. The Software Incubator, rząd niemiecki i Komisja zajmują inne stanowisko.

82. Jak wskazałem w pkt 53 niniejszej opinii, brzmienie art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, włącznie z terminem „sprzedaż”, nie zawiera żadnego odesłania do prawa krajowego. Zatem pojęcie to musi być rozpatrywane jako autonomiczne pojęcie prawa Unii, które powinno być interpretowane jednakowo w całej Unii, niezależnie od ustawodawstwa krajowego, w oparciu głównie o brzmienie, kontekst i cele dyrektywy 86/653.

<sup>94</sup> Zobacz wniosek Komisji, przywołany w przypisie 59 do niniejszej opinii, proponowany motyw trzeci. Zobacz także zmieniony wniosek, przywołany w przypisie 62 do niniejszej opinii, proponowany motyw trzeci.

<sup>95</sup> Zobacz w tym względzie: opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459, pkt 24–40); opinię rzecznika generalnego M. Bobeka w sprawie Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, pkt 69–84).

83. To na tej podstawie doszedłem do wniosku, iż dostarczanie oprogramowania komputerowego na rzecz klientów zleceniodawcy na podstawie bezterminowej licencji, tak jak w niniejszym sporze, co daje klientom prawo do korzystania z kopii oprogramowania na czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty odpowiadającej wartości ekonomicznej tej kopii, należy do zakresu znaczeniowego pojęcia „sprzedaży” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653. Poniżej przedstawiam uzasadnienie tej konkluzji.

84. Jeśli chodzi o brzmienie art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, to przepis ten nie daje żadnych wskazówek co do tego, jak pojęcie „sprzedaży” ma być rozumiane. W odniesieniu do argumentów podniesionych przez Computer Associates: słowa użyte w innych wersjach językowych art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 nie wydają się wskazywać, iż sprzedaż musi być koniecznie rozumiana w szczególny sposób<sup>96</sup>.

85. Niemniej jednak należy zauważyć, iż użycie terminu „sprzedaż” w tym przepisie, któremu nie towarzyszą żadne zastrzeżenia, pozwala na interpretację obejmującą wszystkie transakcje, które pociągają za sobą przeniesienie prawa własności towarów. W tym względzie, jak wspomniałem w pkt 46–50 niniejszej opinii, w wyroku UsedSoft Trybunał przyjął szeroką wykładnię terminu „sprzedaży”, obejmującą wszystkie formy wprowadzania produktu do obrotu cechujące się przyznaniem prawa do korzystania z kopii programu komputerowego przez czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty odpowiadającej wartości ekonomicznej tej kopii. Nie widzę powodu, dla którego podejście Trybunału w tym wyroku nie miałyby być zastosowane w niniejszej sprawie. W istocie wydaje mi się, że kontekst i cele dyrektywy 86/653 wymagają szerokiej wykładni pojęcia „sprzedaży”, zgodnie z tym właśnie podejściem.

86. W odniesieniu do kontekstu dyrektywy 86/653 należy podkreślić, że wykładnia ta odpowiada opisowi głównych zadań wykonywanych przez przedstawiciela handlowego, które, jak wskazano w pkt 64 niniejszej opinii i co wynika z art. 3, 4 i 17 dyrektywy, polegają na znalezieniu dla zleceniodawcy nowych klientów i realizowaniu transakcji z dotychczasowymi klientami. Wskazuje na to umowa zawarta w niniejszej sprawie, która odnosi się do „sprzedaży” oprogramowania w związku z zadaniami wykonywanymi przez The Software Incubator, jak wspomniałem powyżej (zobacz pkt 66 niniejszej opinii).

87. Taka interpretacja jest również zgodna z celami dyrektywy 86/653. W szczególności, w świetle wyroku UsedSoft, należy zauważyć, iż szeroka wykładnia pojęcia „sprzedaży” z art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653 jest zgodna z celem, do którego zmierza dyrektywa, jakim jest ochrona przedstawicieli handlowych w ich stosunkach ze zleceniodawcami (zob. pkt 43 niniejszej opinii). Każde inne rozwiązanie podważyłoby ten cel poprzez pozwolenie zleceniodawcy na obejście bezwzględnie obowiązujących przepisów dyrektywy 86/653 po prostu przez nazwanie umowy z jego klientem „licencją”, a nie „sprzedażą”. W dodatku pozbawiłoby to znaczną liczbę przedstawicieli handlowych ochrony wynikającej z dyrektywy 86/653, biorąc pod uwagę, iż oprogramowanie komputerowe jest na ogół wprowadzane do obrotu na podstawie licencji.

88. Należy dodać, że o ile pewne minimalne wskazówki co do znaczenia pojęcia „sprzedaży” mogą być wywiedzione z genezy art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653, zgodnie z ówczesnym kontekstem handlowym (zob. pkt 58–63 niniejszej opinii), o tyle pojęcie „sprzedaży” z tego przepisu miało na celu objęcie podstawowej działalności przedstawicieli handlowych, a nie wykluczenie stosowania dyrektywy 86/653 w odniesieniu do przyszłych osiągnięć technologicznych mających wpływ na tę działalność.

<sup>96</sup> Zobacz przypis 15 do niniejszej opinii.

89. Dochodzę zatem do wniosku, iż dostarczanie kopii oprogramowania komputerowego na rzecz klientów zleceniodawcy na podstawie licencji bezterminowej, tak jak w niniejszym sporze, co przyznaje klientom prawo do korzystania z tej kopii oprogramowania przez czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty odpowiadającej wartości ekonomicznej tej kopii, jest objęte zakresem pojęcia „sprzedaży” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.

## VII. Wnioski

90. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Supreme Court of the United Kingdom (sąd najwyższy Zjednoczonego Królestwa) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

- (1) Kopia oprogramowania komputerowego, taka jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, która jest dostarczana na rzecz klientów zleceniodawcy drogą elektroniczną, a nie na jakimkolwiek trwałym [materialnym] nośniku, stanowi „towar” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy Rady 86/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek.
- (2) Dostarczanie klientom zleceniodawcy oprogramowania komputerowego poprzez udzielenie klientowi bezterminowej licencji, tak jak ma to miejsce w sporze w postępowaniu głównym, na korzystanie z kopii oprogramowania komputerowego przez czas nieograniczony w zamian za uiszczenie opłaty odpowiadającej wartości ekonomicznej tej kopii stanowi „sprzedaż” w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 86/653.