



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
EVGENI TANCHEV
föredraget den 17 december 2020¹

Mål C-410/19

The Software Incubator Ltd
mot
Computer Associates UK Ltd

(begäran om förhandsavgörande från Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol))

”Begäran om förhandsavgörande – Självständiga handelsagenter – Direktiv 86/653/EEG – Artikel 1.2 – Definitionen av begreppet handelsagent – Begreppen försäljning och varor – Tillhandahållande av ett datorprogram elektroniskt till en huvudmans kund tillsammans med en i tiden obegränsad licens”

I. Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) avser tolkningen av artikel 1.2 i rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter.²

2. I artikel 1.2 i direktiv 86/653 definieras en handelsagent som en självständig agent vars verksamhet bland annat består i försäljning eller köp av varor för en annan persons räkning, kallad huvudman. Den huvudsakliga fråga som uppkommer i förevarande mål är huruvida tillhandahållande av datorprogram elektroniskt till en huvudmans kund tillsammans med en i tiden obegränsad licens kan betecknas som ”försäljning” av ”varor” i den mening som avses i denna bestämmelse.

3. Förevarande mål ger följaktligen domstolen för första gången tillfälle att uttala sig om tolkningen av begreppen ”försäljning” och ”vara” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653. I det nationella målet är detta nödvändigt för att avgöra huruvida direktiv 86/653 är tillämpligt på en agent som anställts för att göra reklam för det aktuella datorprogrammet, så att talan om ersättning med stöd av detta direktiv kan vinna framgång.

¹ Originalspråk: engelska.

² EGT L 382, 1986, s. 17, svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 150.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. I artikel 1.2 i direktiv 86/653 föreskrivs följande:

”Med handelsagent avses i detta direktiv en självständig agent med varaktig behörighet att förhandla om försäljning eller köp av varor för en annan persons räkning, här nedan kallad huvudman, eller att förhandla om och slutföra sådana affärsuppgörelser i huvudmannens namn och för dennes räkning.”

B. Nationell rätt i Förenade kungariket

5. Direktiv 86/653 har i Förenade kungariket införlivats genom Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (Statutory Instruments 1993/3053) (regulations 1993 (1993/3053) om handelsagenter), i dess ändrade lydelse (nedan kallade regulations).³ Regulation 2.1 i regulations har följande lydelse:

”[M]ed ... *'handelsagent'* avses i dessa regulations en självständig agent med varaktig behörighet att förhandla om försäljning eller köp av varor för en annan persons räkning ('huvudman') eller att förhandla om eller slutföra försäljning eller köp av varor i huvudmannens namn och för dennes räkning ...”

III. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

6. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Computer Associates UK Ltd (nedan kallat Computer Associates) är ett bolag som saluför en typ av programvara som består av datorprogram för automatisk utgivning av applikationer (nedan kallad programvaran). Programvaran är komplicerad, dyr och icke skraddarsydd, vilket innebär att den inte är specialtillverkad för en viss kund. Avsikten med programvaran är att automatiskt samordna och genomföra utplacering och uppgradering av annan programvara i olika driftsmiljöer i stora organisationer som banker och försäkringsbolag, för att säkerställa att de bakomliggande programmen är fullständigt integrerade med driftsmiljön för programvaran.

7. The Software Incubator Ltd (nedan kallat Software Incubator) är ett bolag som ägs av Scott Dainty.

8. Den 25 mars 2013 ingick Computer Associates och Software Incubator ett skriftligt avtal (nedan kallat avtalet).

9. Enligt punkt 2.1 i avtalet godtog Software Incubator, genom Dainty, att handla för Computer Associates räkning i syfte att kontakta potentiella kunder i Förenade kungariket och Irland för att ”göra reklam för, marknadsföra och sälja produkten”. Med ”produkten” avses programvaran såsom anges i avtalets första skäl. Inom ramen för avtalet var Computer Associates således huvudman och Software Incubator handelsagent.

³ Det finns särskild genomförandelagstiftning för Nordirland (Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland) 1993 (Northern Ireland Statutory Rules 1993/483)), (Handelsagenter (rådets direktiv) regulations (Nordirland) 1993 (föreskrifter för Nordirland 1993/483), som inte är relevant i förevarande mål.

10. Såsom anges i beslutet om hänskjutande hade tillhandahållandet av programvaran i det nationella målet följande huvudsakliga egenskaper. För det första tillhandahöll Computer Associates programvaran elektroniskt till sina kunder med hjälp av ett e-postmeddelande som innehöll en länk till en nätportal där kunden kunde ladda ned programvaran. Även om programvaran kunde tillhandahållas på ett fysisk medium, utnyttjades inte denna möjlighet i praktiken.

11. Enligt punkt 4.1 i avtalet hade Computer Associates en exklusiv rätt att fastställa de villkor som skulle gälla vid licensieringen av programvaran till kunder. Enligt punkt 6.1 i avtalet skulle Computer Associates debitera och driva in alla avgifter från kunderna avseende användningen av programvaran. De befogenheter som Software Incubator hade i egenskap av agent var därför kopplade till dess arbete med att marknadsföra licenser från Computer Associates avseende programvaran till sina kunder. Software Incubator hade inte någon befogenhet att överlåta äganderätt till programvaran.

12. Enligt avtalen mellan Computer Associates och dess kunder⁴ beviljades kunden i det avseendet en licens att använda programvaran som i de flesta fall var obegränsad i tiden, vilket innebär att den gällde under en obegränsad period. Licensen gjorde det bland annat möjligt för kunden att installera och placera ut programvaran i det angivna territoriet till högst det godkända antalet slutanvändare och att ge godkända slutanvändare tillträde till programvaran. Licensen villkorades även av kundens åtagande att bland annat inte ta sig tillträde till eller nyttja någon del av licensen som kunden inte hade fått tillstånd att använda, att inte dekompile, ändra eller bakåtkompilera programvaran, och att inte upplåta, överlåta, överföra eller vidarelicensiera programvaran. Computer Associates och närstående företag innehade all rätt, äganderätt, upphovsrätt, patenträtt, varumärkesrätt, rätt till affärshemligheter och andra immateriella rättigheter i programvaran. Var och en av parterna hade rätt att säga upp det relevanta avtalet till upphörande vid väsentligt avtalsbrott från den andra partens sida eller vid den andra partens insolvens, varvid licensen upphörde och alla eventuella kopior av programvaran skulle återlämnas, raderas eller förstöras av kunden.

13. Computer Associates sade upp avtalet med Software Incubator enligt ett brev av den 9 oktober 2013.

14. Software Incubator väckte talan mot Computer Associates vid High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (United Kingdom) (Överdomstolen (England och Wales), avdelningen Queen's Bench, Förenade kungariket) och yrkade bland annat ersättning enligt bestämmelserna i regulations varigenom artikel 17 i direktiv 86/653 införlivades. Computer Associates bestred allt ansvar bland annat med motiveringen att regulations inte var tillämpliga, eftersom tillhandahållandet av den programvara som Software Incubator gjorde reklam för inte utgjorde "försäljning av varor" i den mening som avses i definitionen av handelsagent i regulation 2.1 i dessa regulations varigenom artikel 1.2 i direktiv 86/653 genomfördes.

⁴ Såsom framgår av beslutet om hänskjutande beviljades licensen att använda programvaran av ett närstående företag, CA Europe SARL, i enlighet med det relevanta avtal som slutits mellan Computer Associates och kunden. Licensvillkoren angavs i programvarumodulen enligt ramavtalet för nya kunder och i huvudavtalet för befintliga kunder, vars villkor liknade varandra i materiellt hänseende. Enligt dessa avtal, som bifogades Computer Associates yttrande, ålåg det kunden i allmänhet att betala avgiften för programvaran inom 30 dagar från det att han mottagit fakturan från Computer Associates. Kunderna fyllde även i en beställningsorder för köp av programvaran.

15. I dom av den 1 juli 2016⁵ slog High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Överdomstolen (England och Wales), avdelningen Queen's Bench) fast att tillhandahållande av elektroniskt levererad programvara tillsammans med en i tiden obegränsad licens utgör "försäljning av varor" enligt regulation 2.1 i regulations och utdömde ersättning med 475 000 brittiska pund (GBP) (cirka 531 100 euro) till förmån för Software Incubator. Enligt den domstolen ska begreppet "försäljning av varor" ges en självständig definition vid tillämpningen av regulations, som inte utesluter att programvaran tillhandahålls som en "vara" på grund av att den inte är fysisk eller som en "försäljning" på grund av att äganderätten till de immateriella rättigheterna i allmänhet inte kommer att överföras fullständigt.

16. Computer Associates överklagade denna dom till Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (United Kingdom) (Appellationsdomstolen (England och Wales), tvistemålsavdelningen, Förenade kungariket).

17. I dom av den 19 mars 2018⁶ slog Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Appellationsdomstolen (England och Wales), tvistemålsavdelningen) fast att tillhandahållandet av programvaran elektroniskt, och inte på ett fysiskt medium, inte utgjorde "varor" i den mening som avses i regulation 2.1 i regulations. Enligt den domstolen kunde ingen annan slutsats dras av gällande rättspraxis, trots de betänkligheter som finns om att dess synsätt kan tyckas vara föråldrat mot bakgrund av de tekniska framstegen, och den undersökte således inte huruvida beviljandet av licenser för programvaran till Computer Associates kunder betecknades som en "försäljning" enligt denna bestämmelse. Därför drog den domstolen slutsatsen att Software Incubator inte var handelsagent i den mening som avses i regulations och bolagets begäran om ersättning avslogs med stöd av dessa regulations.

18. Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) gav genom beslut av den 28 mars 2019 Software Incubator tillstånd att överklaga domen från Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Appellationsdomstolen (England och Wales), tvistemålsavdelningen).

19. Den hänskjutande domstolen anförde att det är oklart om definitionen av handelsagent i artikel 1.2 i direktiv 86/653, som är begränsad till "försäljning av varor", är tillämplig på situationen i det nationella målet.

20. Mot denna bakgrund beslutade Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- "1) När ett exemplar av ett datorprogram tillhandahålls en huvudmans kunder elektroniskt och inte på ett fysisk medium, utgör detta en 'vara' i den mening som avses med detta begrepp, såsom detta har återgetts i definitionen av en handelsagent i artikel 1.2 i rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter?
- 2) När ett datorprogram tillhandahålls en huvudmans kunder på så sätt att kunden beviljas en i tiden obegränsad licens att använda ett exemplar av datorprogrammet, utgör detta 'försäljning av varor' i den mening som avses med detta begrepp, såsom detta har återgetts i definitionen av handelsagent i artikel 1.2 i [direktiv 86/653]?"

⁵ Software Incubator Ltd mot Computer Associates UK Ltd (2016) EWHC 1587 (QB), punkterna 35–69.

⁶ Computer Associates Ltd mot The Software Incubator Ltd (2018) EWCA Civ 518, punkterna 13 och 17–69.

IV. Förfarandet vid domstolen

21. Software Incubator, Computer Associates, den tyska regeringen och Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden till domstolen. Software Incubator, Computer Associates och kommissionen besvarade även skriftliga frågor från domstolen i enlighet med artikel 62.1 i dess rättegångsregler.

22. Medan förevarande mål var anhängigt vid domstolen lämnade Förenade kungariket Europeiska unionen den 31 januari 2020. Enligt artikel 86.2 i avtalet om Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands utträde ur Europeiska unionen och Europeiska atomenergigemenskapen⁷ ska EU-domstolen fortsätta att vara behörig i mål som anhängiggjorts av eller mot Förenade kungariket före övergångsperiodens utgång, vilken, såsom anges i artikel 126 i avtalet, i princip är den 31 december 2020. Enligt artikel 89.1 i det avtalet ska dessutom domstolens dom, oavsett om den meddelas före övergångsperiodens utgång eller vid en senare tidpunkt, i alla delar vara bindande för och i Förenade kungariket.

23. Eftersom förevarande begäran om förhandsavgörande gavs in till domstolen den 28 maj 2019, är domstolen följaktligen fortfarande behörig att pröva denna begäran, och Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) är bunden av domstolens dom i förevarande mål.

V. Sammanfattning av parternas yttranden

24. Software Incubator anser att den första frågan ska besvaras jakande. Enligt bolaget omfattar begreppet varor i artikel 1.2 i direktiv 86/653 programvaran oberoende av om den tillhandahålls med hjälp av fysiska eller icke-fysiska medel. Bolaget har gjort gällande att det inte görs någon åtskillnad mellan fysiska eller icke-fysiska varor i denna bestämmelses ordalydelse och att unionslagstiftaren, med hänsyn till dess ursprung, avsåg att från direktivets tillämpningsområde undanta endast ”tjänster” och inte icke-fysiska varor.

25. Software Incubator har gjort gällande att begreppet varor på andra områden i unionsrätten är av begränsad hjälp, eftersom det är beroende av sammanhanget och de mål som eftersträvas med de aktuella unionsbestämmelserna. Bolaget har dock påpekat att datorprogram betraktas som ”varor” i unionsåtgärder avseende exempelvis varumärken⁸ och medicintekniska produkter⁹ och att programvaran omfattas av begreppet varor i domstolens praxis om fri rörlighet för varor,¹⁰ såsom är fallet med elektricitet. Enligt bolaget saknar det betydelse att det i de nyligen antagna åtgärder som unionen antagit på konsumentområdet, inbegripet direktiven 2011/83¹¹

⁷ EUT L 29, 2020, s. 7. Enligt artikel 86.3 i avtalet ska begäranden om förhandsavgörande anses ha framställts, vid den tidpunkt då den handling genom vilken målet anhängiggörs registrerades vid domstolens kansli. I förevarande fall registrerades begäran om förhandsavgörande från Förenade kungarikets högsta domstol vid domstolens kansli den 28 maj 2019.

⁸ Software Incubator har bland annat hänvisat till Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering, som ingicks vid den diplomatiska konferensen i Nice den 15 juni 1957, senast reviderad i Genève den 13 maj 1977 och ändrad den 28 september 1979 (Förenta nationernas fördragssamling, volym 1154, nr I 18200, s. 89).

⁹ Software Incubator har bland annat hänvisat till domen av den 22 november 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742).

¹⁰ Software Incubator har bland annat hänvisat till dom av den 10 december 1968, kommissionen/Italien (7/68, EU:C:1968:51), dom av den 21 oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515), och av den 26 oktober 2006, kommissionen/Grekland (C-65/05, EU:C:2006:673).

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG (EUT L 304, 2011, s. 64).

och 2019/770,¹² görs en åtskillnad mellan avtal om försäljning av varor och avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll, såsom datorprogram, eftersom detta återspeglar de specifika målen med dessa direktiv och direktiv 2019/770 i vart fall föreskriver samma skydd för konsumenter oberoende av om digitalt innehåll tillhandahålls på ett fysiskt eller icke-fysiskt medium.

26. Software Incubator har gjort gällande att dess ståndpunkt står i överensstämmelse med de mål som eftersträvas med direktiv 86/653, eftersom en handelsagent som säljer datorprogram som tillhandahålls elektroniskt behöver samma skydd som den som säljer datorprogram på ett fysiskt medium, och det rör sig i huvudsak om samma ”tjänster ... inom handel”, såsom anges i första skälet i direktiv 86/653. Eftersom datorprogram endast kan fungera i en fysisk miljö genom att laddas upp på datorutrustning är det enligt min mening konstlat att klassificera dem som varor om de tillhandahålls på disk men inte genom nedladdning. En sådan åtskillnad leder även till snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden, eftersom en huvudman skulle kunna undandra sig de förpliktelser som följer av direktiv 86/653 genom att tillhandahålla sina produkter i elektronisk form. Bolaget har även gjort gällande att eftersom handelsagentens roll är att förhandla om affärsuppgörelser och eftersom metoden för tillhandahållande av programvara inte kan fastställas i förhandlingskedet, ska tillämpligheten av direktiv 86/653 inte vara beroende av vad huvudmannen beslutar att göra efter det att handelsagenten har utfört sina uppgifter.

27. Software Incubator har gjort gällande att även den andra frågan ska besvaras jakande, eftersom begreppet ”försäljning av varor” i artikel 1.2 i direktiv 86/653 omfattar tillhandahållande av programmet med en i tiden obegränsad licens. Bolaget har gjort gällande att tonvikten enligt beslutet av den 10 februari 2004, Mavrona,¹³ vid tolkningen av denna bestämmelse ligger på innehållet i avtalsförhållandet mellan handelsagenten och huvudmannen, den verksamhet som agenten bedriver samt handelsagentens intressen och behovet av skydd, vilka alla är desamma oavsett om programmet tillhandahålls med hjälp av ett fysiskt medium eller ett icke-fysiskt medium enligt ett köpeavtal eller en licens som gäller obegränsad tid. Bolaget har understrukt att begränsningarna för användningen av programmet med avseende på immateriella rättigheter inte är relevanta, eftersom de inte skiljer sig från de begränsningar som föreskrivs av innehavare av immateriella rättigheter för produkter som säljs inom ramen för köpeavtal. Bolaget har även gjort gällande att dess ståndpunkt vinner stöd av domen av den 3 juli 2012 i målet UsedSoft,¹⁴ i vilken domstolen betraktade tillhandahållandet av ett datorprogram med en i tiden obegränsad licens som en ”försäljning” i en liknande situation som den i förevarande mål, där kunden betalade en avgift till Computer Associates och mottog de program som den kunden kunde använda på obegränsad tid utan att betala ytterligare avgifter, men för vilka det fanns begränsningar vad gäller användningen av programmet på grund av immateriella rättigheter avseende programvaran.

28. Computer Associates har hävdatt att den första frågan ska besvaras nekande, eftersom datorprogram som tillhandahålls på elektronisk väg inte utgör ”varor” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653. Enligt bolaget hänför sig den normala betydelsen av begreppet ”varor” i denna bestämmelse endast till fysiska föremål och lösa saker, såsom framgår av andra

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/770 av den 20 maj 2019 om vissa aspekter på avtal om tillhandahållande av digitalt innehåll och digitala tjänster (EUT L 136, 2019, s. 1). Enligt artikel 24 i det direktivet ska medlemsstaterna anta bestämmelser om införlivande av det direktivet senast den 1 juli 2021 och de ska tillämpa dessa bestämmelser från och med den 1 januari 2022.

¹³ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁴ C-128/11, EU:C:2012:407 (domen UsedSoft).

språkversioner,¹⁵ och den är således inte tillämplig på icke-fysiska föremål, såsom programvara som tillhandahålls med hjälp av icke-fysiska medier. Bolaget har gjort gällande att internet, datorprogram och nedladdning inte existerade i sin nuvarande form när direktiv 86/653 antogs, vilket innebär att begreppet ”varor” inte kunde förstås så, att det omfattade icke-fysiska föremål och att det sedan dess har förblivit oförändrat. Bolaget har även gjort gällande att unionslagstiftaren, vad gäller tillkomsten av direktiv 86/653, avsiktligt begränsade tillämpningsområdet för detta direktiv till ”varor” och att en eventuell tillämpning på en mer omfattande kategori av agenter, inbegripet ”produkter”, inte gjordes.

29. Computer Associates har gjort gällande att effekten och placeringen av artikel 1.2 i direktiv 86/653 stöder dess ståndpunkt vad gäller bakgrunden, eftersom det är den centrala bestämmelse som avgränsar det direktivets tillämpningsområde. Bolaget har påpekat att domstolen, på grundval av beslutet av den 10 februari 2004, Mavrona,¹⁶ ger verkan åt den ordalydelse som tillämpas i artikel 1.2 i direktiv 86/653 och att även om en ytterligare harmonisering är önskvärd kan den inte införas i rättspraxis. Bolaget har gjort gällande att begreppet varor på andra områden inom unionsrätten, däribland fri rörlighet för varor,¹⁷ tull¹⁸ och mervärdesskatt,¹⁹ endast avser fysiska föremål och att det inte finns något nödvändigt samband mellan begreppet varor i direktiv 86/653 och i klassificeringssystemet för varumärkesregistrering. Bolaget har även understrukit att de unionsåtgärder som nyligen antagits på konsumentområdet, däribland direktiven 2011/83 och 2019/770 samt direktiv 2019/771,²⁰ är relevanta, särskilt som de visar att unionslagstiftaren, när den avser att en unionsåtgärd ska tillämpas på datorprogram utan något fysiskt medium, såsom den nu aktuella, anger detta uttryckligen och inte genom att använda ordet varor.

30. Enligt Computer Associates är dess ståndpunkt förenlig med syftena med direktiv 86/653, eftersom det direktivet, såsom framgår av dess andra skäl, syftar till att uppnå villkoren på den inre marknaden för ”varuhandeln” och eftersom dess harmoniseringssyfte enligt artiklarna 1 och 2 i direktivet med nödvändighet är begränsat till denna ”varuhandel”. Bolaget har understrukit att den omständigheten att datorprogram som tillhandahålls på ett fysiskt medium är ”varor” enligt direktiv 86/653, men inte när de tillhandahålls på ett icke-fysiskt medium, inte är godtycklig, i synnerhet som detta följer av direktivets tillämpningsområde och, såsom framgår av direktiven 2011/83, 2019/770 och 2019/771, avspeglar skillnader mellan varor och digitalt innehåll.

31. Computer Associates har gjort gällande att det för det fall den första frågan besvaras nekande inte finns någon anledning att pröva den andra frågan och, i andra hand, att begreppet ”försäljning av varor” inte omfattar beviljande av en licens för att använda en kopia av programvaran. Bolaget har gjort gällande att den vanliga betydelsen av uttrycket ”försäljning eller köp av varor” i

¹⁵ Computer Associates har i detta avseende hänvisat till den danska (”salg eller køb af varer”), den nederländska (”den verkoop of aankoop van goederen”), den franska (”la vente ou l’achat de marchandises”), den tyska (”den Verkauf oder den Ankauf von Waren”), den grekiska (”εμπορευμάτων”), den italienska (”la vendita o l’acquisto di merci”), den portugisiska (”a venda ou a compra de mercadorias”) och den spanska (”la venta o la compra de mercancías”) språkversionen av artikel 1.2 i direktiv 86/653.

¹⁶ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁷ Computer Associates har bland annat hänvisat till dom av den 30 april 1974, Sacchi (155/73, EU:C:1974:40), och dom av den 21 oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515).

¹⁸ Computer Associates har i detta avseende hänvisat till domen av den 18 april 1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153).

¹⁹ Computer Associates har i detta avseende hänvisat till dom av den 27 oktober 2005, Levob Verzekeringen och OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649), och dom av den 5 mars 2015, kommissionen/Luxemburg (C-502/13, EU:C:2015:143).

²⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/771 av den 20 maj 2019 om vissa aspekter på avtal om försäljning av varor, om ändring av förordning (EU) 2017/2394 och direktiv 2009/22/EG samt om upphävande av direktiv 1999/44/EG (EUT L 136, 2019, s. 28). Enligt artikel 24 i det direktivet ska medlemsstaterna anta bestämmelser om införlivande av det direktivet senast den 1 juli 2021 och de ska tillämpa dessa bestämmelser från och med den 1 januari 2022.

artikel 1.2 i direktiv 86/653 avser en överföring av äganderätten till varorna från köparen till säljaren, vilket framgår av andra språkversioner.²¹ Enligt bolaget innebär emellertid inte beviljandet av en i tiden obegränsad licens under de omständigheter som föreligger i det aktuella fallet att äganderätten till programvaran överförs. De avtal som Computer Associates ingick med sina kunder uteslöt nämligen en sådan överföring, eftersom äganderätten till programvaran kvarstår hos Computer Associates och närstående enheter och ingen annan äganderätt till programvaran överfördes till kunderna. En sådan licens är således inte en "försäljning av varor" i traditionell bemärkelse, utan ett tillfälligt tillstånd att använda programvaran, vilket kan upphöra vid avtalsbrott eller insolvens. Bolaget har även hävdats att domen *UsedSoft*²² inte är relevant på grund av den specifika ordalydelsen i den aktuella unionslagstiftningen och det sammanhang i vilket den ingår, vilket stöds av nyare rättspraxis.²³ Under alla omständigheter strider konstaterandet i den domen att försäljning innebär överföring av äganderätten mot att uttrycket försäljning av varor i direktiv 86/653 ska tolkas på så sätt att det är tillämpligt på beviljande av licens för att använda programvaran.

32. Den tyska regeringen har anfört att de två frågorna ska besvaras tillsammans på så sätt att det är fråga om "försäljning av varor" i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653, när en i tiden obegränsad licens att använda en kopia av programvaran endast tillhandahålls en huvudmans kund på elektronisk väg och inte med hjälp av ett fysiskt lagringsmedium. Den tyska regeringen har understrukit att den tyska språkversionen av artikel 1.2 i direktiv 86/653 utgör hinder för att direktivets tillämpningsområde begränsas till fysiska föremål, eftersom den naturliga betydelsen av substantivet "Ware" (varor) även omfattar icke-fysiska föremål.

33. Den tyska regeringen har gjort gällande att domstolen inte ska hänvisa till åtskillnaden i unionens primärrätt i fråga om fri rörlighet för varor och tjänster, eftersom direktiv 86/653 syftar till att harmonisera handelsagentens verksamhet, vilket innebär att direktivets tillämpningsområde måste fastställas funktionellt mot den bakgrunden, och att den tolkning som är mest förmånlig för handelsagenten i möjligaste mån således ska tillämpas. Den tyska regeringen har understrukit att en restriktiv tolkning av begreppet "försäljning av varor" i artikel 1.2 i direktiv 86/653, på så sätt att det endast avser fysiska varor, undergräver direktivets syfte att skydda handelsagenter, eftersom en betydande del av det traditionella verksamhetsområdet för handelsagenter i Tyskland inte längre skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

34. Enligt den tyska regeringen leder en sådan restriktiv tolkning till orättvisa resultat, eftersom en handelsagent som saluför en vara i fysisk form är skyddad enligt direktiv 86/653, men inte om han saluför samma produkt i digital form. Den gör det även möjligt för en huvudman att undvika de tvingande bestämmelserna i detta direktiv genom att välja ett arrangemang där föremålet för affärsuppställningen inte är ett fysiskt föremål. Den anser att även om det vid utarbetandet av direktiv 86/653 inte kunde förutses att programvara skulle saluföras, var unionslagstiftarens avsikt inte att låta skyddet för handelsagenter bero på den slumpmässiga tekniska utvecklingen.

35. Kommissionen anser att de två frågorna ska besvaras tillsammans på så sätt att artikel 1.2 i direktiv 86/653 omfattar tillhandahållande av en kopia av programvara till en huvudmans kunder på elektronisk väg och inte på ett fysiskt medium. Kommissionen har påstått att begreppet

²¹ Computer Associates har i detta avseende hänvisat till de språkversioner av artikel 1.2 i direktiv 86/653 som återges i fotnot 15 i detta förslag till avgörande.

²² Dom av den 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²³ Computer Associates har i detta avseende hänvisat till domen av den 19 december 2019, *Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111).

”försäljning av varor” i direktiv 86/653 är ett självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas dynamiskt med beaktande av den tekniska utvecklingen. Kommissionen har även föreslagit att frågorna ska behandlas i omvänd ordning.

36. Kommissionen har gjort gällande att domen *UsedSoft*²⁴ stöder konstaterandet att beviljandet av en i tiden begränsad licens för användning av programvaran ska betraktas som ”försäljning” i den mening som avses i direktiv 86/653. I likhet med denna dom har kunden i förevarande fall förvärvat en permanent nyttjanderätt till programvaran mot betalning av en avgift, och det saknar betydelse för affärsuppgörelsens beskaffenhet huruvida programvaran tillhandahålls genom nedladdning eller på ett fysiskt lagringsmedium, såsom har erinrats i senare rättspraxis.²⁵

37. Kommissionen anser att när det gäller begreppet varor är rättspraxis på andra områden inom unionsrätten inte avgörande, eftersom den beror på tillämplig lagstiftning och särskilda omständigheter. Enligt kommissionen ska de programvaror som salufördes som ett icke-fysiskt föremål betecknas som ”varor” i vid bemärkelse enligt direktiv 86/653 och avsikten var inte att utesluta dessa från direktivets tillämpningsområde när det ändrades för att utesluta ”tjänster” i beslutsprocessen. Kommissionen har understrukit att unionslagstiftningen har utvecklats från den traditionella tonvikten på fysisk egendom och uppdelningen mellan varor och tjänster i samband med programvaror, såsom framgår av direktiven 2011/83 och 2019/770. Enligt kommissionen är ett brett synsätt förenligt med det syfte som eftersträvas med direktiv 86/653 att skydda handelsagenter. Det skulle nämligen strida mot detta syfte om samma handelsagent som arbetar för samma huvudman på samma villkor skulle berövas skydd enbart på grund av den tekniska utvecklingen eller det sätt på vilket en kund föredrar att programvaror ska tillhandahållas. Kommissionen har även gjort gällande att den ändamålsenliga verkan av direktiv 86/653, i analogi med domen *UsedSoft*,²⁶ skulle äventyras om en huvudman kunde undandra sig sina skyldigheter enligt det direktivet genom att tillhandahålla sina produkter elektroniskt, särskilt som denna form av saluföring i omfattande utsträckning används för programvara.

VI. Bedömning

38. Den hänskjutande domstolen har ställt sina två frågor för det första för att få klarhet i huruvida programvara, såsom den aktuella, som tillhandahålls en huvudmans kunder på elektronisk väg, och inte på ett fysiskt medium, ska anses som ”varor”, för det andra huruvida tillhandahållandet av sådan programvara med en i tiden obegränsad licens som ger kunderna nyttjanderätt till en kopia av denna programvara under en obegränsad period mot betalning av en avgift ska anses som ”försäljning” i samband med definitionen av handelsagent i artikel 1.2 i direktiv 86/653.

39. Dessa två frågor uppkommer på grund av att, såsom framgår av de yttranden som Software Incubator, Computer Associates och kommissionen har gett in, begreppet ”varor” traditionellt enligt lagstiftningen i Förenade kungariket och i andra stater har begränsats till att avse fysiska föremål och lösa saker, det vill säga saker som i allmänhet kan beröras fysiskt och förflyttas, och begreppet ”försäljning” har knutits till överföring av äganderätt, vilket innebär förvärv av det sålda föremålet och rätten att förfoga över föremålet, och följaktligen överlappar de närliggande

²⁴ Dom av den 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²⁵ Kommissionen har i detta avseende hänvisat till domen av den 19 december 2019, *Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111).

²⁶ Dom av den 3 juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

begreppen egendom och besittning. Det har emellertid ifrågasatts huruvida dessa begrepp är giltiga när det gäller programvara,²⁷ som allmänt betecknar en rad datorprogram som gör det möjligt för en dator att fungera och utföra uppgifter.²⁸ Så är fallet särskilt i dag, när programvara i allmänhet tillhandahålls genom nedladdning, i stället för på ett fysiskt medium såsom en cd- eller dvd-skiva, och äger rum i samband med beviljandet av en licens, som i allmänhet är obegränsad i tiden, för att kontrollera dess användning, vilket framgår av förevarande mål. Den rättsliga kvalificeringen av programvara har följaktligen gett upphov till en omfattande debatt i unionen och andra domstolar i olika sammanhang,²⁹ såsom de unionsåtgärder som vidtagits på konsumentområdet som diskuteras nedan.³⁰

40. Det kan inte förnekas att begreppen ”försäljning” och ”varor” kan tolkas olika i nationell rätt och i unionsrätten. I synnerhet rör det sig här om centrala begrepp i den nationella privaträtten och på många områden inom unionens primär- och sekundärrätt. Förevarande mål föranleder emellertid domstolen att tolka dessa begrepp i det specifika sammanhang som direktiv 86/653 ingår i och särskilt mot bakgrund av de väsentliga egenskaperna hos handelsagenten i den mening som avses i artikel 1.2 i det direktivet.

41. I det avseendet kan noteras att de frågor som uppkommit i förevarande mål ännu inte har varit föremål för domstolens bedömning.³¹ För att kunna besvara dessa frågor är det nödvändigt att först lämna några inledande synpunkter rörande direktiv 86/653 och begreppet handelsagent tillsammans med domen av den 3 juli 2012, *UsedSoft*³² (avsnitt A). Därefter kommer jag att uttala mig om tolkningen av begreppet varor i artikel 1.2 i direktiv 86/653, såsom anges i den första tolkningsfrågan (avsnitt B). Slutligen kommer jag att behandla tolkningen av begreppet ”försäljning” i denna bestämmelse, såsom den har tagits upp i den andra frågan (avsnitt C).³³

42. På grundval av denna bedömning har jag dragit slutsatsen att den programvara som tillhandahålls elektroniskt tillsammans med en i tiden obegränsad licens, såsom den som är aktuell i det nationella målet, anses som ”försäljning” av ”varor” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653 och att detta direktiv således är tillämpligt på den situation som är aktuell i det nationella målet.

²⁷ För en översikt över olika synsätt vad gäller den rättsliga klassificeringen av programvara i medlemsstaterna, Förenade kungariket och andra domstolar, se till exempel Clark, R., ”The Legal Status of Software: Part 1”, *Commercial Law Practitioner*, volym 23, 2016, s. 48–56; Clark, R., ”The Legal Status of Software: Part 2”, *Commercial Law Practitioner*, volym 23, 2016, sidorna 78–86; von Bar, C. och Clive, E. (utgivare), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, full upplaga, band 2, Sellier, 2009, s. 1217–1218.

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

²⁹ Det bör till exempel noteras att en eventuell översyn av begreppet produkt i artikel 2 i rådets direktiv 85/374/EEG av den 25 juli 1985 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister (EGT L 210, 1985, s. 29), mot bakgrund av ny teknik, har varit föremål för diskussion: se, i det avseendet kommissionen, rapport om konsekvenser för säkerhet och ansvar när det gäller artificiell intelligens, sakernas internet och robotteknik COM(2020) 64 final, 19 februari 2020, s. 13–14.

³⁰ Se punkterna 70–72 i detta förslag till avgörande.

³¹ Se punkt 45 i detta förslag till avgörande.

³² C-128/11, EU:C:2012:407.

³³ Även om vissa överlappningar är oundvikliga, anser jag att de båda frågorna ska behandlas separat, särskilt med tanke på de olika argument som anförts för varje fråga, och att det inte finns någon anledning att frångå den turordning i vilken den hänskjutande domstolen har ställt dessa frågor.

A. Inledande synpunkter

1. Direktiv 86/653 och definitionen av handelsagent

43. Det bör hållas i åtanke att direktiv 86/653 är ett centralt rättsligt instrument för handelsagentur i unionen.³⁴ Såsom EU-domstolen har medgett framgår det av andra och tredje skälet i direktivet att det syftar till att skydda handelsagenter och deras förhållande med deras huvudmän, att främja skyddet för affärssuppgörelser och att underlätta varuhandeln mellan medlemsstaterna genom ett inbördes närmande mellan medlemsstaternas rättssystem vad gäller handelsrepresentation.³⁵ För detta ändamål fastställs i direktiv 86/653 harmoniserade bestämmelser om rättigheter och skyldigheter för handelsagenter och deras huvudmän, ersättning till handelsagenter och ingående och uppsägning av handelsagenturavtal, inbegripet i synnerhet skadestånd eller ersättning till handelsagenter vid uppsägning av avtalet, vilket är av tvingande karaktär.³⁶

44. Artikel 1.2 i direktiv 86/653 utgör nyckeln till det skydd som detta direktiv ger handelsagenter, i den mån en person ska uppfylla villkoren i denna definition av handelsagenter för att omfattas av direktivets tillämpningsområde. Såsom domstolen slog fast anges i artikel 1.2 i direktiv 86/653 tre villkor som är nödvändiga och tillräckliga för att en person ska kunna klassificeras som "handelsagent" enligt direktivet. Personen ska för det första vara självständig. För det andra ska personen ha ett varaktigt avtalsförhållande med huvudmannen. För det tredje ska personen driva verksamhet som antingen består i att förhandla om försäljning eller köp av varor för huvudmannens räkning, eller att förhandla om och slutföra sådana affärssuppgörelser i huvudmannens namn och för dennes räkning,³⁷ vilket är aktuellt här.

45. Vad gäller det tredje villkoret har domstolen särskilt tolkat artikel 1.2 i direktiv 86/653 på så sätt att den inte omfattar handelsagenter som medverkar i försäljning eller köp av tjänster snarare än varor.³⁸ Fram till nu har domstolen emellertid inte ombetts att belysa begreppen

³⁴ Se till exempel arbetsdokument från kommissionens avdelningar, utvärdering av direktiv 86/653 (Refit-utvärdering), SWD(2015) 146 final av den 16 juli 2015. För en ingående diskussion, se exempelvis Saintier, S, "Commercial agency in European Union private law", i Twigg-Flesner, C. (utgivare), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, s. 273–285. Med fokus på Förenade kungariket, se även, till exempel, Randolph, F. och Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, tredje upplagan, Hart, 2010, Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, Fifth Edition, Bloomsbury Professional, 2020.

³⁵ Se, exempelvis, dom av den 4 juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, punkt 36).

³⁶ Se, exempelvis, dom av den 19 april 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, punkt 34).

³⁷ Se, till exempel dom av den 21 november 2018, Zako (C-452/17, EU:C:2018:935, punkt 23). Såsom domstolen slog fast i punkt 24 i den domen räcker det således att en person uppfyller dessa tre villkor för att personen ska kunna klassificeras som "handelsagent", i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653, oberoende av det sätt på vilket personen utövar sin verksamhet och förutsatt att personen inte omfattas av något av de undantag som föreskrivs i artikel 1.3 och artikel 2.1 i detta direktiv.

³⁸ Se till exempel beslut av den 6 mars 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, ej publicerat, EU:C:2003:133) (avseende en anställd som medverkar i ingåendet av livförsäkringsavtal, livränteavtal och sparavtal), se även hänvisningar i den följande fotnoten.

försäljning och varor enligt den bestämmelsen. Detta kan delvis förklaras av att flera mål rörde nationella bestämmelser som innehöll en vid definition av handelsagenter,³⁹ vilket således gjorde en närmare undersökning av frågan överflödigt.⁴⁰

2. Domen av den 3 juli 2012, *UsedSoft*

46. Det ska även påpekas att domen av den 3 juli 2012, *UsedSoft*,⁴¹ är relevant i förevarande mål, även om sammanhanget är ett annat. Den grundade sig på en begäran om förhandsavgörande som hade framställts av en tysk domstol och som avsåg tolkningen av artiklarna 4.2 och 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.⁴² En av huvudfrågorna i det målet var huruvida tillhandahållandet av en kopia av ett datorprogram genom nedladdning med en i tiden begränsad licens kunde betecknas som ”en första försäljning eller annan överlåtelse” som innebär att spridningsrätten till kopian var konsumerad enligt artikel 4.2 i direktiv 2009/24.⁴³

47. Domstolen slog i den domen fast att uttrycket försäljning i den bestämmelsen måste anses utgöra ett självständigt unionsrättsligt begrepp och enligt en allmänt vedertagen definition är den ett avtal genom vilket en person, mot vederlag, till en annan person överför sin äganderätt till materiell eller immateriell egendom som tillhör vederbörande.⁴⁴ Domstolen slog på den grunden fast att tillhandahållandet av en kopia av ett datorprogram tillsammans med en i tiden obegränsad licens ledde till en överföring av äganderätten till denna kopia och således en försäljning enligt artikel 4.2 i direktiv 2009/24.⁴⁵ Domstolen slog vid denna bedömning fast att det saknade betydelse huruvida kopian av ett datorprogram hade gjorts tillgänglig för kunden genom nedladdning eller på ett lagringsmedium.⁴⁶ Den påpekade också att begreppet försäljning inte ska ges en vid tolkning som omfattar alla former av försäljning av en produkt som kännetecknas av att nyttjanderätten till kopian av datorprogrammet upplåts för en i tiden obegränsad period mot betalning av ett belopp som kompenserar rättsinnehavaren för det ekonomiska värdet på kopian av rättsinnehavarens verk, eftersom det annars skulle äventyra bestämmelsens ändamålsenliga verkan, då det skulle räcka att leverantörerna betecknar avtalet som licensavtal och inte som köpeavtal för att kringgå denna konsumtionsregel.⁴⁷

³⁹ Nationell lagstiftning som omfattar handelsagenter utanför försäljning och köp av varor omfattas visserligen inte av direktiv 86/653, men domstolen har i det avseendet slagit fast att den har behörighet att avgöra i sådana fall, se dom av den 16 mars 2006, *Poseidon Chartering* (C-3/04, EU:C:2006:176, punkterna 7 och 11–19) (avtal om befraktning för ett fartyg), dom av den 28 oktober 2010, *Volvo Car Germany* (C-203/09, EU:C:2010:647, punkterna 23–28) (återförsäljningsavtal), dom av den 17 oktober 2013, *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:663, punkterna 30 och 31) (avtal avseende sjöfrakt), dom av den 3 december 2015, *Quenon K.* (C-338/14, EU:C:2015:795, punkterna 16–19) (avtal om försäljning av bank- och försäkringstjänster), och dom av den 17 maj 2017, *ERGO Poist'ovňa* (C-48/16, EU:C:2017:377, punkterna 26–32) (avtal om försäljning av försäkringstjänster), se vidare förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet *Unamar* (C-184/12, EU:C:2013:301, punkt 48, fotnot 26).

⁴⁰ Det bör till exempel noteras att domstolen (eller generaladvokaten) inte har diskuterat definitionen av handelsagent i dom av den 23 mars 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199) (avseende en agent som främjar tjänster med näringslivsinformation), och dom av den 19 april 2018, *CMR* (C-645/16, EU:C:2018:262) (avseende en agent som främjar försäljning av enfamiljshus).

⁴¹ C-128/11, EU:C:2012:407. För en ingående diskussion se till exempel, Charleton, P. och Kelly, S., ”The Oracle Speaks. C-128/11”, *The Bar Review*, volym 18, 2013, s. 33–44, för ett kritiskt perspektiv se även till exempel Moon, K., ”Revisiting *UsedSoft* mot Oracle. Is Software Property and Can It Be Sold?”, *Computer Law Review International*, 2017, s. 113–119.

⁴² EUT L 111, 2009, s. 16.

⁴³ Se dom av den 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punkterna 20–35).

⁴⁴ Se dom av den 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punkterna 40 och 42).

⁴⁵ Se dom av den 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punkterna 44–46 och punkt 48).

⁴⁶ Se dom av den 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punkt 47).

⁴⁷ Se dom av den 3 juli 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, punkt 49).

48. Domstolen slog vidare fast att konsumtionen av spridningsrätten i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 avsåg såväl fysiska som icke-fysiska kopior av ett datorprogram.⁴⁸ Den påpekade särskilt att det i bestämmelsens ordalydelse inte gjordes någon åtskillnad i det avseendet.⁴⁹ Den anförde även att försäljningen av ett datorprogram på ett fysiskt medium och genom nedladdning ur ett ekonomiskt perspektiv var jämförbar, eftersom onlineöverföringen funktionellt sett motsvarade lagringen på ett fysiskt medium. Tolkningen av artikel 4.2 i direktiv 2009/24 mot bakgrund av likabehandlingsprincipen motiverade således att dessa metoder behandlades på samma sätt.⁵⁰

49. Domstolens lösning i domen UsedSoft har upprepats i senare rättspraxis.⁵¹ Såsom framgår av domen av den 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers,⁵² framhäver den omständigheten att domstolen skiljde sina konstateranden i domen UsedSoft från de omständigheter som uppstod i andra situationer den särskilda karaktären hos datorprogram, särskilt vad gäller likställandet av fysiska och icke-fysiska former för tillhandahållande jämfört med andra digitala produkter.

50. Det framgår följaktligen av domen UsedSoft att i funktionellt och ekonomiskt hänseende kan tillhandahållande av programvara i elektronisk form tillsammans med tillhandahållandet av en i tiden obegränsad licens vara föremål för ”försäljning” och att metoderna för överföring genom ett fysiskt och ett icke-fysiskt medium ger upphov till liknande effekter. Denna dom stöder därför uppfattningen att tillhandahållandet av programvaran under omständigheterna i förevarande fall ska betraktas som ”försäljning” av ”varor” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653. Jag kommer att återkomma till den domen nedan i min bedömning (se punkterna 74, 85 och 87 i detta förslag till avgörande).

B. Fråga 1

51. Såsom angetts i punkt 38 i detta förslag till avgörande är den första fråga som har ställts till domstolen huruvida programvara som tillhandahålls på elektronisk väg, såsom den aktuella, är att betrakta som ”varor” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653.

52. Enligt Computer Associates argument omfattas endast fysiska föremål av begreppet varor i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653, vilket innebär att programvara som tillhandahålls med hjälp av icke-fysiska hjälpmedel, såsom den som är aktuell i det nationella målet, inte omfattas. Software Incubator, den tyska regeringen och kommissionen delar inte den uppfattningen.

53. Såsom framgår av punkt 4 i förevarande förslag till avgörande innehåller artikel 1.2 i direktiv 86/653 inte någon hänvisning till nationell rätt. Enligt fast rättspraxis,⁵³ ska begreppen i den bestämmelsen och i synnerhet begreppet varor ges en självständig och enhetlig tolkning

⁴⁸ Se dom av den 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punkt 59).

⁴⁹ Se dom av den 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punkt 55).

⁵⁰ Se dom av den 3 juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, punkt 61).

⁵¹ Se, exempelvis, dom av den 23 januari 2014, Nintendo m.fl. (C-355/12, EU:C:2014:25, punkt 23), och dom av den 12 oktober 2016, Ranks och Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762, punkterna 28, 30, 35, 36, 49, 50 och 53–55), se även förslag till avgörande av generaladvokaten Saugmandsgaard Øe i målet Ranks och Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:384, punkterna 69–80).

⁵² C-263/18, EU:C:2019:1111, punkterna 53–58. Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:697, punkterna 52–67).

⁵³ Se, exempelvis, dom av den 4 juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, punkt 25).

inom hela unionen, som är oberoende av nationell rätt.⁵⁴ Denna tolkning måste beakta lydelsen i den bestämmelsen, dess sammanhang och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår.⁵⁵ Även förberedelsearbetet inför antagandet av bestämmelsen kan ge relevanta upplysningar om tolkningen av densamma.⁵⁶

54. Det är mot denna bakgrund som jag har dragit slutsatsen att programvara som tillhandahålls på elektronisk väg, såsom den nu aktuella, omfattas av begreppet varor i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653. Denna slutsats grundas på följande överväganden.

55. Vad gäller lydelsen av direktiv 86/653 används begreppet varor inte bara i artikel 1.2 i direktivet, utan även i artiklarna 4.2 a, 6.1 och 20.2 b i direktivet. I ingen av dessa bestämmelser preciseras emellertid innebörden och räckvidden av detta begrepp. Angående de argument som framförts av Computer Associates förefaller inte ordvalet i de andra språkversionerna av artikel 1.2 i direktiv 86/653 bekräfta att denna bestämmelse ska tolkas på så sätt att enbart fysiska föremål omfattas.⁵⁷ Enligt den tyska regeringen stödjer den tyska språkversionen en tolkning av begreppet varor som omfattar icke-fysiska föremål (se punkt 32 i detta förslag till avgörande). Dessa språkversioner tycks inte heller tyda på att varor nödvändigtvis enbart omfattar fysiska föremål.

56. I det avseendet skiljer sig omständigheterna i förevarande mål från dem som gav upphov till beslutet av den 10 februari 2004, *Mavrona*.⁵⁸ I det beslutet underkände domstolen möjligheten att utvidga tillämpningsområdet för direktiv 86/653 till att omfatta handelsagenter som handlar för huvudmannens räkning men i sitt eget namn, bland annat på den grunden att detta strider mot den uttryckliga ordalydelsen i artikel 1.2 i direktiv 86/653. I förevarande mål är det däremot inte fråga om att gå utöver det harmoniseringsområde som fastställs i artikel 1.2 i direktiv 86/653, utan om att tolka begreppen ”varor” i denna bestämmelse när det inte har givits någon klar betydelse i själva texten.

57. Ordalydelsen i artikel 1.2 i direktiv 86/653 ger således inte något entydigt svar på frågan huruvida programvara som tillhandahålls på elektronisk väg, såsom den aktuella, ska betecknas som ”varor” i den mening som avses i denna bestämmelse. I denna bestämmelse görs emellertid ingen åtskillnad beroende på om de aktuella varorna är fysiska eller icke-fysiska. Den möjliggör således en vid tolkning av begreppet varor som omfattar samtliga fysiska och icke-fysiska föremål som kan bli föremål för kommersiella transaktioner.

58. Bakgrunden till direktiv 86/653 talar för en sådan tolkning. I kommissionens förslag⁵⁹ hänvisades i den bestämmelse som innehöll definitionen av handelsagenter till ”ett obestämt antal transaktioner”,⁶⁰ varvid såväl varor som tjänster omfattades. Bestämmelsen innehöll inga exakta anvisningar vad gäller begreppet varor jämfört med en annan bestämmelse i det förslaget där det

⁵⁴ Detta har fastslagits i tidigare rättspraxis i Förenade kungariket (se, till exempel, domen *Fern Computer Consultancy Ltd mot Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc.*, (2014) EWHC 2908 (Ch), särskilt punkterna 74, 86 och 93) och dokument från regeringen (se Department of Trade and Industry, guidance Notes on the Commercial Agents (handels- och industriministeriet, vägledning om handelsagenter) (rådets direktiv) Regulations 1993, 1994, regulation 2 Tolkning fjärde stycket). Se dessutom, i detta avseende, *Tosato A.*, ”An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations” *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, s. 544–565.

⁵⁵ Se, exempelvis, dom av den 8 september 2020, *Recorded Artists Actors Performers (C-265/19, EU:C:2020:677, punkt 46)*.

⁵⁶ Se, exempelvis, dom av den 1 oktober 2019, *Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, punkt 48)*.

⁵⁷ Se fotnot 15 i detta förslag till avgörande.

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

⁵⁹ Se kommissionen, lika rättigheter för handelsagenter. Förslag till rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter COM(76) 670 slutlig av den 13 december 1976 tillägg 1/77 (nedan kallat förslaget), utkast till artikel 2.

⁶⁰ Se, i detta avseende, förslaget, ovan fotnot 59, utkast till artiklarna 7.1, 7.2, 8.1, 9.2, 10.2 a, 11.2, 21.1 och 32.2.

hänvisades till "lösa saker och annan egendom" i samband med ersättning för en handelsagents panträtt i huvudmannens egendom vid uppsägning av agenturavtalet.⁶¹ Dessa bestämmelser bibehölls, med några tillägg i ordalydelsen, i kommissionens ändrade förslag,⁶² efter Europaparlamentets första behandling⁶³ tillsammans med Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande.⁶⁴

59. Vid rådets första sammanträde om det ändrade förslaget⁶⁵ ansåg den danska delegationen emellertid att förslaget "skulle begränsas till handelstransaktioner som omfattar försäljning av varor", vilket stöddes av de irländska och brittiska delegationerna. Detta återspeglades i delegationernas kommentarer om definitionen av handelsagent, enligt vilka de begärde att "handelstransaktioner" skulle definieras som "produktförsäljningsavtal".⁶⁶

60. Kommissionen utfärdade följaktligen ett arbetsdokument om tillämpningsområdet för förslaget till direktiv,⁶⁷ i vilket den framförde synpunkter på hur det kunde begränsas. Kommissionen påpekade särskilt att tjänsterna kunde uteslutas eftersom det fanns få typer på vilka förslaget till direktiv skulle tillämpas. Enligt kommissionen var det emellertid viktigt att inbegripa handelsagenter som är verksamma inom sektorer av särskild ekonomisk betydelse, nämligen inköp och försäljning av varor. Den angav att eftersom vissa typer av varor, såsom råvaror och jordbruksprodukter, sällan köps eller säljs av handelsagenter, kunde det föreslagna direktivet följaktligen endast tillämpas på agenter som köper eller säljer industriprodukter och inte på tjänster eller råvaror.

61. Vid nästa sammanträde⁶⁸ uppgav rådet, med beaktande av arbetsdokumentet, att den föredrog den lösningen där förslaget till direktiv "åtminstone skulle omfatta verksamhet som har samband med försäljning och köp av varor". Även om flera delegationer stödde ett synsätt som innebar att tjänster skulle uteslutas, har de danska och irländska delegationerna samt Förenade kungarikets delegation framfört reservationer mot en lösning som syftar till att reglera mer än enbart försäljning av varor. I protokollet från detta möte angavs följande: "Eftersom det inte var möjligt att avgöra vare sig denna fråga eller frågan huruvida direktivet skulle omfatta varor, produkter eller icke-fysisk egendom, var den *arbetshypotes som arbetsgruppen antog* för sina diskussioner att direktivet skulle tillämpas på *handelsagenter som ägnade sig åt försäljning eller köp av varor*."⁶⁹ Detta uttrycktes i definitionen av handelsagent, i vilken det hänvisades till försäljning eller köp av varor.⁷⁰

⁶¹ Se förslaget, ovan fotnot 59, utkast till artikel 29.2.

⁶² Se kommissionen, ändring av förslaget till rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter COM(78) 773 slutlig, av den 22 januari 1979 (nedan kallat det ändrade förslaget), utkast till artiklarna 2 och 29.

⁶³ Se, resolutionen om Europaparlamentets yttrande över Europaparlamentets förslag av den 12 september 1978 (EGT C 239, 1978, s. 18), särskilt utkastet till artiklarna 2 och 29.

⁶⁴ Se Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande över detta förslag av den 24 november 1977 (EGT C 59, 1978, s. 31), särskilt punkterna 2.3.1, 2.8.7 och 2.8.8.

⁶⁵ Se dokument 8278/79, av den 18 juli 1979, s. 2–3.

⁶⁶ Se dokument 8278/79, ovan fotnot 65 i detta förslag till avgörande, sidorna 6–7.

⁶⁷ Se dokument 8664/79 av den 22 augusti 1979.

⁶⁸ Se dokument 11507/79, av den 11 december 1979, s. 2.

⁶⁹ Se dokument 11507/79, ovan fotnot 68 i detta förslag till avgörande, s. 2.

⁷⁰ Se dokument 11507/79, ovan fotnot 68 i detta förslag till avgörande, s. 3 och 9.

62. Detta synsätt har vidhållits i texten i direktiv 86/653 i dess gällande lydelse.⁷¹ Förslaget till bestämmelse om en handelsagents panträtt i ”lös egendom och annan egendom” som tillhör huvudmannen ändrades och ströks därefter under beslutsprocessen.⁷²

63. Följaktligen kan man av avtalet dra slutsatsen att ordet ”varor” i stället för ”produkter”, ”fysisk egendom” eller ”lösa saker” ska användas, att detta begrepp avsåg att i vid mening omfatta föremålet för de affärssuppgörelser som utgjorde handelsagents huvudsakliga verksamhet,⁷³ och att det inte nödvändigtvis var begränsat till fysiska föremål och lösa saker. Denna tolkning är också förenlig med det historiska sammanhang i vilket direktiv 86/653 ingick, varvid en internationell konvention om företrädare vid internationella köp av varor⁷⁴ hade upprättats som enbart omfattade försäljning av varor i överensstämmelse med handelsagents huvudsakliga verksamhet i internationell handel vid den tidpunkten.⁷⁵ Tvärtemot vad Computer Associates påstått tyder ovannämnda dokument på att den eventuella tillämpningen av det direktivet på produkter inte avsågs att gå utöver ”varor” utan i stället, särskilt mot bakgrund av hänvisningen till ”industriprodukter,” specifika typer av varor i handeln som utgjorde en viktig del av handelsagents arbete.

64. Det sammanhang i vilket artikel 1.2 i direktiv 86/653 ingår stöder vidare uppfattningen att begreppet varor i denna bestämmelse kan tolkas så, att det omfattar fysiska och icke-fysiska föremål. En sådan tolkning begränsar i synnerhet en handelsagents möjlighet att utföra sina väsentliga uppgifter enligt direktiv 86/653, vilka, såsom framgår av artiklarna 3, 4 och 17 i direktivet, består i att hitta nya kunder för huvudmannen och att utveckla affärssuppgörelser med befintliga kunder.⁷⁶

65. En sådan tolkning utesluter inte heller en tillämpning av övriga bestämmelser i direktiv 86/653, i vilka ordet varor anges. I detta avseende ska beskrivningen av de varor som huvudmannen ska tillhandahålla enligt artikel 4.2 a i direktiv 86/653, den skäligen ersättningen till en handelsagent på grundval den ersättning som utgår till de agenter som befattar sig med varorna i fråga i enlighet med artikel 6.1 i nämnda direktiv, och kravet att en konkurrensklausul som åläggs en handelsagent för att gälla ska hänföra sig till de varuslag som omfattas av agenturavtalet enligt artikel 20.2 b i nämnda direktiv, tillämpas oberoende av om varorna är fysiska eller icke-fysiska.

66. Detta framgår av omständigheterna i förevarande mål. Såsom har påpekats i punkt 9 i detta förslag till avgörande behandlades programvaran i avtalet som en kommersialiserad produkt som Software Incubator skulle göra reklam för, saluföra och sälja. Enligt avtalet var Software Incubator dessutom tvungen att ägna avsevärd tid och kraft åt att utveckla Computer Associates

⁷¹ Se till exempel dokument 7379/86, av den 4 juni 1986, s. 3, dokument 8543/86, av den 18 juli 1986, s. 3. I detta avseende avvisades den brittiska delegationens förslag att stryka uttrycket ”eller köp” från definitionen av en handelsagent (se till exempel dokument 6877/80, av den 6 maj 1980, s. 22).

⁷² Se till exempel dokument 4737/81, av den 10 februari 1981, s. 8–9, dokument 10292/81, av den 28 oktober 1981, sidorna 8–10, dokument 4347/82, av den 21 januari 1982, s. 23, dokument 7381/83, av den 9 juni 1983, s. 19.

⁷³ Detta framgår av vissa publikationer som bifogades Computer Associates yttrande, vilka gavs vid den aktuella tidpunkten, som hade utgetts vid den tidpunkten: se Lando, O., ”The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, volym 44, 1980, sidorna 1–16, särskilt s. 2 och 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, särskilt artikel 2a–2c, s. 15.

⁷⁴ Konventionen om företrädare vid internationella köp av varor, undertecknad i Genève den 17 februari 1983, tillgänglig på <http://www.unidroit.org/>. Den trädde inte i kraft på grund av att den inte ratificerats av tillräckligt många länder. Se vidare, till exempel Jansen, N. och Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, s. 592 och 593.

⁷⁵ Se i detta avseende Maskow, D., ”Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods”, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, volym I, 1989, s. 60–187, s. 99–101.

⁷⁶ Se, i detta avseende, dom av den 12 december 1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, punkt 26), och dom av den 4 juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, punkt 33).

försäljnings- och kundrelationer med avseende på programvaran. Beräkningen av Software Incubators provision grundade sig på försäljningen av programvaran och det fanns en konkurrensklausul som förbjöd Software Incubator att ägna sig åt verksamhet som konkurrerade med programvaran. Mot denna bakgrund kan det konstateras att den omständigheten att programvaran har tillhandahållits med hjälp av icke-fysiska medel inte tycktes hindra Software Incubator eller Computer Associates från att utöva sitt ansvar enligt avtalet.

67. Även om artikel 1.2 i direktiv 86/653, i motsats till vad Computer Associates har hävdad, är en central bestämmelse för att avgränsa tillämpningsområdet för detta direktiv, innebär detta emellertid inte att begreppet ”varor” ska förstås så, att det endast avser fysiska föremål. På grundval av domstolens praxis (se punkt 44 i detta förslag till avgörande) är definitionen av handelsagent i denna bestämmelse en inkluderande definition, i den meningen att alla personer som uppfyller de villkor som fastställs där ska anses som handelsagenter, förutsatt att de inte omfattas av de undantag som föreskrivs i artiklarna 1.3 och 2.1 i denna bestämmelse. Dessa undantag avser i allmänhet verksamhet som bedrivs av vissa personkategorier och inte den typ av varor som saluförs.⁷⁷

68. Tolkningen av begreppet varor på andra unionsrättsliga områden påverkar inte min bedömning. I synnerhet i samband med unionens åtgärder rörande tull⁷⁸ och mervärdesskatt⁷⁹ där begreppet varor har begränsats till fysisk egendom har programvara som tillhandahålls med hjälp av icke-fysiska medel inte betraktats som ”varor”, medan programvara i samband med unionens åtgärder rörande varumärken⁸⁰ och medicintekniska produkter⁸¹ har betraktats som en typ av ”varor”. Dessa exempel skiljer sig från omständigheterna i förevarande mål, där begreppet varor i direktiv 86/653 inte uttryckligen har avgränsats till fysiska föremål och där det inte heller har hänvisats till programvara.

69. På samma sätt har domstolen, inom ramen för den fria rörligheten för varor, konsekvent definierat begreppet varor i vid bemärkelse som ”produkter som kan värderas i pengar och som i den egenskapen omfattas av handel”.⁸² Således omfattas exempelvis elektroniska spel, inklusive dataspel,⁸³ och elektricitet⁸⁴ av denna definition, trots att de är av icke-fysisk karaktär. Eftersom

⁷⁷ Generellt utesluts enligt artikel 1.3 i direktiv 86/653 personer som arbetar i bolag, sammanslutningar och partnerskap eller personer som är insolventa, medan artikel 2.1 i direktivet utesluter oavlönade handelsagenter eller handelsagenter som är verksamma på varumarknader tillsammans med ett bestämt organ i Förenade kungariket.

⁷⁸ Inom ramen för unionens åtgärder i fråga om den gemensamma tullordningen har begreppet varor tolkats så, att det endast avser fysisk egendom mot bakgrund av den ordningens natur och det har således inbegripit frågor om programvara i form av icke-fysiska varor som ingår i en fysisk vara vid beräkningen av tullvärdet. Se exempelvis dom av den 14 juli 1977, Bosch (1/77, EU:C:1977:130, punkt 4), dom av den 18 april 1991, Brown Boveri (C-79/89, EU:C:1991:153, punkt 21), dom av den 16 november 2006, Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:716, punkterna 30, 31 och 37), och dom av den 10 september 2020, BMW (C-509/19, EU:C:2020:694, punkterna 12–23). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Stix-Hackl i målet Compaq Computer International Corporation (C-306/04, EU:C:2006:68, punkterna 50–58).

⁷⁹ I samband med unionens åtgärder i fråga om mervärdesskattesystemet begränsas begreppet tillhandahållande av varor uttryckligen till att omfatta ”fysisk egendom”, vilket innebär att digitala produkter, som omfattar programvara, som tillhandahålls på ett icke-fysiskt medium betecknas som tillhandahållande av tjänster, medan sådana produkter som tillhandahålls på ett fysiskt medium betecknas som tillhandahållande av varor. Se till exempel dom av den 5 mars 2015, kommissionen/Frankrike (C-479/13, EU:C:2015:141, punkt 35), dom av den 5 mars 2015, kommissionen/Luxemburg (C-502/13, EU:C:2015:143, punkt 42), och dom av den 7 mars 2017, RPO (C-390/15, EU:C:2017:174, punkterna 43–72, i synnerhet punkt 50). Se även i samband med kommersialiserad programvara, dom av den 27 oktober 2005, Levob Verzekeringen och OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:649, punkterna 17–30), och förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Levob Verzekeringen och OV Bank (C-41/04, EU:C:2005:292, punkterna 28–60).

⁸⁰ Se, exempelvis, dom av den 29 januari 2020, Sky m.fl. (C-371/18, EU:C:2020:45, bland annat punkterna 30, 47 och 54).

⁸¹ Se exempelvis dom av den 22 november 2012, Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, bland annat punkterna 16–19).

⁸² Se exempelvis dom av den 10 december 1968, kommissionen/Italien (7/68, EU:C:1968:51, s. 428), och dom av den 23 januari 2018, Buhagiar m.fl. (C-267/16, EU:C:2018:26, punkt 67).

⁸³ Se dom av den 26 oktober 2006, kommissionen/Grekland (C-65/05, EU:C:2006:673, punkterna 23 och 24).

⁸⁴ Se, exempelvis, dom av den 6 december 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, punkt 34), och förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet FENS (C-305/17, EU:C:2018:536, punkterna 19–21).

programvaran, såsom framgår av omständigheterna i det aktuella fallet, är en produkt som har värderats i pengar och som har omfattats av handelstransaktioner, förefaller den tveklöst falla under denna definition. I motsats till vad Computer Associates har hävdad, hänför sig domstolens dom i målet *Sacchi*,⁸⁵ där det slogs fast att sändning av TV-signaler utgör en tjänst, medan de produkter som används för sändning av televisionssignaler utgör varor, och i målet *Jägerskiöld*,⁸⁶ där det slogs fast att fiskerättigheter och fisketillstånd är tjänster och inte varor, till de särskilda omständigheterna i dessa mål och anger inte någon allmän begränsning av "varor" i det sammanhanget till fysiska föremål.

70. Jag anser inte heller att direktiven 2011/83, 2019/770 och 2019/771 ger stöd för en tolkning av begreppet varor i artikel 1.2 i direktiv 86/653 som är begränsad till fysiska föremål. Sammanfattningsvis är dessa direktiv de huvudsakliga rättsliga instrumenten i EU:s lagstiftning om konsumentavtal.⁸⁷ Direktiv 2011/83 omfattar konsumentavtal om tillhandahållande av digitalt innehåll oberoende av metoden för överföring, och även om digitalt innehåll som tillhandahålls på ett fysiskt medium klassificeras som "varor" anses digitalt innehåll som tillhandahålls på ett icke-fysiskt medium varken som ett försäljningsavtal eller ett tjänsteavtal och specifika bestämmelser har fastställts.⁸⁸ Genom direktivet fastställs således inte hur sådant digitalt innehåll ska klassificeras⁸⁹ och därigenom fastställs inte heller en *sui generis*-kategori för detta innehåll utöver kategorin "varor", som definieras som "lösa saker".⁹⁰

71. Direktiven 2019/770 och 2019/771 går i samma riktning. Direktiv 2019/770 är tillämpligt på konsumentavtal om tillhandahållande av digitalt innehåll eller digitala tjänster oberoende av medium, fysiskt eller icke-fysiskt, som används för överföring, och omfattar även det fysiska mediet i sig, när det uteslutande fungerar som bärare av det digitala innehållet.⁹¹ Direktivet överlåter emellertid frågan om den rättsliga karaktären av sådana avtal till den nationella rätten.⁹² Som komplettering fastställs i direktiv 2019/770 harmoniserade regler om konsumentavtal om försäljning av varor, inklusive "varor med digitala delar", som avser "lösa saker" som är integrerade eller sammankopplade med digitalt innehåll eller digitala tjänster för deras funktion.⁹³ Genom detta direktiv begränsas "varor" följaktligen till "lösa saker", medan specifika bestämmelser för digitala varor har tillagts.

72. På grundval härav ska det bland annat påpekas att dessa tre direktiv ger uttryck för unionslagstiftarens avsikt att fastställa särskilda regler för att ta hänsyn till digitalt innehåll, inbegripet programvara, i konsumentavtal utan att inkräkta på det traditionella begreppet varor, vilket, i motsats till direktiv 86/653, uttryckligen är knutet till fysiska föremål. I direktiv 2019/770 likställs dessutom fysiska och icke-fysiska metoder för tillhandahållande av digitalt innehåll, vilket talar för att begreppet varor i direktiv 86/653 ska tolkas på så sätt att det omfattar båda metoderna.

⁸⁵ Se dom av den 30 april 1974 (155/73, EU:C:1974:40, punkterna 6 och 7).

⁸⁶ Se dom av den 21 oktober 1999 (C-97/98, EU:C:1999:515, punkterna 30–39).

⁸⁷ För en diskussion om dessa direktiv och deras vidare sammanhang, se till exempel Helberger, N. m.fl., "Digital Content Contracts for Consumers", *Journal of Consumer Policy*, volym 36, 2013, s. 37–57, Jansen och Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, ovan fotnot 74 i detta förslag till avgörande, s. 1–18, Staudenmayer, D., "The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy" *European Review of Private Law*, volym 28, 2020, s. 219–250.

⁸⁸ Se direktiv 2011/83, särskilt artiklarna 1, 5.2, 6.2, 9.2 c, 14.4 b, 16 m och 17.1 samt skäl 19. Se även, exempelvis, kommissionen, Rapport om tillämpningen av direktiv 2011/83, COM(2017) 259 final, av den 23 maj 2017, punkt 5.

⁸⁹ Se, i detta avseende, Helberger m.fl., ovan fotnot 87 i detta förslag till avgörande, s. 44.

⁹⁰ Se direktiv 2011/83, artikel 2.3.

⁹¹ Se direktiv 2019/770, särskilt artiklarna 1, 3.1 och 3.3 samt skälen 19 och 20.

⁹² Se direktiv 2019/770, särskilt skäl 12.

⁹³ Se direktiv 2019/771, särskilt artiklarna 1, 2.5, 3.3 och 3.4 samt skälen 12–16. Se även direktiv 2019/770, artiklarna 2.3 och 3.4 samt skälen 21 och 22.

73. Slutligen delar jag den uppfattning som företräds av Software Incubator, den tyska regeringen och kommissionen att en tolkning av begreppet ”vara” som är tillämplig på fysiska och icke-fysiska föremål står i överensstämmelse med de mål som eftersträvas med direktiv 86/653. Det ska särskilt understrykas att begränsningen av begreppet varor till fysiska föremål skulle medföra att handelsagenter som förhandlar om försäljning av ett och samma föremål som tillhandahålls i icke-fysisk form inte skulle skyddas. Detta skulle begränsa räckvidden av det skydd som handelsagenter ges i sina förbindelser med sina huvudmän enligt direktiv 86/653, vilket är ett av syftena med detta direktiv (se punkt 43 i detta förslag till avgörande).

74. Såsom har nämnts i punkterna 46–50 i detta förslag till avgörande har domstolen i domen UsedSoft slagit fast att tillhandahållande av en programvara på ett fysiskt medium är den funktionella motsvarigheten till överföring genom nedladdning. Det framgår således av denna dom att en tolkning av begreppet vara i artikel 1.2 i direktiv 86/653, som omfattar fysiska och icke-fysiska föremål, säkerställer att handelsagenter som förhandlar om försäljning av programvaror erhåller samma skydd oavsett medium för tillhandahållande.

75. En tolkning av begreppet varor i artikel 1.2 i direktiv 86/653 som är begränsad till fysiska föremål skulle tvärtom göra det möjligt för huvudmannen att kringgå de tvingande bestämmelserna i direktiv 86/653, inbegripet dem som avser gottgörelse eller skadestånd till handelsagenter vid agenturavtalets upphörande (se punkt 43 i detta förslag till avgörande), enbart genom att arrangera att tillhandahållandet av varor sker med hjälp av icke-fysiska medel. Detta skulle undergräva de mål som eftersträvas med detta direktiv, nämligen att skydda handelsagenter och att främja skyddet för affärsuppgörelser. Såsom Software Incubator och kommissionen har framhållit, bör nämligen en handelsagent inte berövas skydd enligt direktivet på grund av ett eventuellt beslut av en huvudman eller en kund angående sättet för tillhandahållande, vilket kan ske efter det att handelsagenten har utfört sitt uppdrag att förhandla om försäljningen av varorna.

76. I motsats till vad Computer Associates har hävdad finns det inte heller något som tyder på att hänvisningen till ”varuhandel” i tredje skälet i direktiv 86/653, jämförd med artiklarna 1 och 2 i samma direktiv, talar för en tolkning av begreppet varor som är begränsad till fysiska föremål. Hänvisningen avser syftet med direktiv 86/653, nämligen att harmonisera medlemsstaternas bestämmelser om handelsagentur vid upprättandet av en inre marknad och hänför sig inte till begreppet varor i artikel 1.2 i det direktivet. Detta stöds av den omständigheten att en sådan hänvisning förekommer på samma sätt i kommissionens förslag till direktiv 86/653, som innehöll en vidare definition av handelsagenter som omfattar varor och tjänster (se punkt 58 i detta förslag till avgörande).⁹⁴

77. Vidare ska hänsyn tas till behovet av en dynamisk eller föränderlig tolkning av artikel 1.2 i direktiv 86/653 som tar hänsyn till den tekniska utvecklingen i överensstämmelse med målen i det direktivet.⁹⁵ Även om saluföring av programvara genom nedladdning inte kunde förutses när direktiv 86/653 antogs är detta vanligt i dag. Under dessa omständigheter skulle en underlåtenhet att erkänna en sådan teknisk utveckling enligt min mening kunna utgöra hinder för den ändamålsenliga verkan av de bestämmelser om handelsagenter som finns i direktiv 86/653.

⁹⁴ Se förslaget, ovan i fotnot 59, utkast till tredje skälet. Se även det ändrade förslaget, ovan fotnot 62, utkast till tredje skälet.

⁹⁵ Se, i detta avseende, förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459, punkterna 24–40) och förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, punkterna 69–84).

78. Jag drar således slutsatsen att en programvara som tillhandahålls huvudmannens kunder på elektronisk väg, såsom den i förevarande mål, omfattas av begreppet varor i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653.

C. Fråga 2

79. Såsom har angetts i punkt 38 i detta förslag till avgörande är den andra frågan som ställts till domstolen huruvida en kopia av programvaran som tillhandahålls en huvudmans kunder med stöd av en i tiden obegränsad licens, såsom den nu aktuella, ska kvalificeras som "försäljning" i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653.

80. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande och av de uppgifter som lämnats till domstolen ger den licens som Computer Associates beviljat sina kunder, under de omständigheter som är aktuella i förevarande mål, kunden nyttjanderätt till en kopia av programmet under obegränsad tid mot betalning av en avgift som motsvarar det ekonomiska värdet av denna kopia (se punkterna 11 och 12 i detta förslag till avgörande).

81. Enligt Computer Associates argument kan en sådan licens inte kvalificeras som "försäljning", eftersom den inte leder till en överföring av äganderätten till programvaran. Bolaget Software Incubator, den tyska regeringen och kommissionen har intagit en annan ståndpunkt.

82. Såsom har påpekats i punkt 53 i detta förslag till avgörande, innehåller lydelsen i artikel 1.2 i direktiv 86/653, som inbegriper ordet "försäljning", ingen hänvisning till nationell rätt. Detta begrepp ska följaktligen betraktas som ett självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas enhetligt i hela unionen oberoende av nationell lagstiftning, huvudsakligen med hänvisning till ordalydelsen i, sammanhanget och målen med direktiv 86/653.

83. Det är mot denna bakgrund som jag kommit fram till att programvara som tillhandahålls en huvudmans kunder med stöd av en i tiden obegränsad licens, såsom den nu aktuella, som ger kunden nyttjanderätt till en kopia av programmet under obegränsad tid mot betalning av en avgift som motsvarar det ekonomiska värdet av kopian, faller under begreppet "försäljning" i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653. Mina skäl för denna slutsats är följande.

84. När det gäller lydelsen av artikel 1.2 i direktiv 86/653 ger denna bestämmelse inte någon ledning om hur begreppet "försäljning" ska förstås. Mot bakgrund av de argument som framförts av Computer Associates förefaller nämligen inte ordvalet i de olika språkversionerna av artikel 1.2 i direktiv 86/653 tyda på att begreppet "försäljning" nödvändigtvis ska förstås på ett särskilt sätt.⁹⁶

85. Det ska emellertid påpekas att användningen av ordet "försäljning" i denna bestämmelse utan förbehåll möjliggör en tolkning som omfattar samtliga sådana affärsuppgörelser som leder till en överföring av äganderätten till varor. Såsom nämnts i punkterna 46–50 i detta förslag till avgörande, slog domstolen i domen UsedSoft fast att begreppet "försäljning" ska ges en vid tolkning som omfattar alla former av saluföring av produkter som kännetecknas av att nyttjanderätt till en kopia av ett datorprogram ges för obestämd tid mot betalning av en avgift som motsvarar det ekonomiska värdet av kopian. Jag ser inget skäl till varför domstolens synsätt i den domen inte ska tillämpas i förevarande fall. Det förefaller mig som om det sammanhang i vilket direktiv 86/653 ingår och målen med det direktivet kräver att begreppet försäljning ges en vid tolkning i enlighet med detta.

⁹⁶ Se fotnot 15 i detta förslag till avgörande.

86. När det gäller det sammanhang som direktiv 86/653 ingår i, ska det påpekas att denna tolkning är förenlig med en handelsagents väsentliga uppgifter, vilka, såsom har påpekats i punkt 64 i detta förslag till avgörande och såsom framgår av artiklarna 3, 4 och 17 i det direktivet, består i att hitta nya kunder för huvudmannen och att utveckla affärsuppgörelser med befintliga kunder. Detta framgår av avtalet i förevarande mål, i vilket det hänvisas till "försäljning" av programvara inom ramen för de uppgifter som Software Incubator ska utföra som angetts ovan (se punkt 66 i detta förslag till avgörande).

87. Denna tolkning är även förenlig med syftena med direktiv 86/653. Mot bakgrund av domen UsedSoft ska det särskilt anses att en vid tolkning av begreppet försäljning i artikel 1.2 i direktiv 86/653 är förenlig med direktivets syfte att skydda handelsagenter i deras förbindelser med deras huvudmän (se punkt 43 i detta förslag till avgörande). Varje annan lösning skulle kunna äventyra detta syfte genom att möjliggöra för en huvudman att kringgå de tvingande bestämmelserna i direktiv 86/653 endast genom att kalla avtalet med dess kund ett "licensavtal" i stället för "försäljning". Dessutom skulle den troligtvis beröva ett stort antal handelsagenter det skydd som ges i direktiv 86/653, eftersom programvaran i allmänhet saluförs med licenser.

88. Det ska tilläggas att även om minimal vägledning vad gäller innebörden av begreppet "försäljning" kan utläsas av förarbetena till artikel 1.2 i direktiv 86/653, med hänsyn till det kommersiella sammanhang som förelåg vid den aktuella tidpunkten (se punkterna 58–63 i detta förslag till avgörande), var syftet med begreppet "försäljning" i denna bestämmelse att inbegripa handelsagentens huvudsakliga verksamhet och inte att utesluta en tillämpning av direktiv 86/653 på framtida teknisk utveckling som påverkar denna verksamhet.

89. Jag drar således slutsatsen att en kopia av en programvara som tillhandahållits en huvudmans kunder med stöd av en i tiden obegränsad licens, såsom den aktuella, som ger kunden nyttjanderätt till en kopia av programmet under obegränsad tid mot betalning av en avgift som motsvarar det ekonomiska värdet av kopian, omfattas av begreppet "försäljning" i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653.

VII. Förslag till avgörande

90. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som ställts av Supreme Court of the United Kingdom (Förenade kungarikets högsta domstol) på följande sätt:

- "1) En kopia av programvara, såsom den som är aktuell i det nationella målet, som tillhandahålls en huvudmans kunder på elektronisk väg och inte på något fysiskt medium, utgör 'varor' i den mening som avses i artikel 1.2 i rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter.
- 2) En programvara som tillhandahålls en huvudmans kunder genom att kunden ges en i tiden obegränsad licens, som den som är aktuell i det nationella målet, under obegränsad tid mot betalning av en avgift som motsvarar det ekonomiska värdet av kopian utgör en 'försäljning' i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 86/653."