Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

16. september 2021 *

»Præjudiciel forelæggelse – selvstændige handelsagenter – direktiv 86/653/EF – artikel 1, stk. 2 – begrebet »handelsagent« – elektronisk levering af computersoftware til kunderne – tidsubegrænset licens til brug – begreberne »salg« og »varer««

I sag C-410/19,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) ved afgørelse af 22. maj 2019, indgået til Domstolen den 27. maj 2019, i sagen

**The Software Incubator Ltd**

mod

**Computer Associates (UK) Ltd,**

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne N. Piçarra, D. Šváby, S. Rodin og K. Jürimäe (refererende dommer),

generaladvokat: E. Tanchev,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– The Software Incubator Ltd ved O. Segal, QC, og solicitor E. Meleagros,

– Computer Associates (UK) Ltd ved J. Dhillon, QC, barrister D. Heaton og solicitors C. Hopkins og J. Mash,

– den tyske regering ved J. Möller, M. Hellmann og U. Bartl, som befuldmægtigede,

* Processprog: engelsk.

– Europa-Kommissionen ved L. Armati og L. Malferrari, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 17. december 2020,

afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (EFT 1986, L 382, s. 17).

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem The Software Incubator Ltd og Computer Associates (UK) Ltd (herefter »Computer Associates«) vedrørende betaling af erstatning som følge af misligholdelsen af den aftale, der var indgået mellem disse to selskaber.

## Retsforskrifter

### *EU-retten*

### *Udtrædelsesaftalen*

3 Ved afgørelse (EU) 2020/135 af 30. januar 2020 om indgåelse af aftalen om Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands udtræden af Den Europæiske Union og Det Europæiske Atomenergifællesskab (EUT 2020, L 29, s. 1, herefter »udtrædelsesaftalen«) har Rådet for Den Europæiske Union på vegne af Den Europæiske Union og Det Europæiske Atomenergifællesskab (Euratom) godkendt udtrædelsesaftalen, der er knyttet til denne afgørelse.

4 Udtrædelsesaftalens artikel 86 med overskriften »Sager, der er indbragt for Den Europæiske Unions Domstol«, fastsætter i stk. 2 og 3:

»2. Den Europæiske Unions Domstol har fortsat kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende anmodninger fra domstole i Det Forenede Kongerige indgivet inden overgangsperiodens udløb.

3. Med henblik på dette kapitel anses sager for at være indbragt for Den Europæiske Unions Domstol og anmodninger om præjudicielle afgørelser for at være indgivet på det tidspunkt, hvor det indledende processkrift er blevet registreret af Domstolens […] Justitskontor […]«

5 I henhold til udtrædelsesaftalens artikel 126 begyndte overgangsperioden på datoen for aftalens ikrafttræden, og den sluttede den 31. december 2020.

### *Direktiv 86/653*

6 Anden og tredje betragtning til direktiv 86/653 har følgende ordlyd:

»[I]nden for [Den Europæiske Union] har forskellene mellem de nationale lovgivninger om handelsagentur mærkbar indflydelse på konkurrencevilkårene og på de vilkår, hvorunder dette hverv udøves, og de kan have uheldig indflydelse på handelsagenters retsbeskyttelse i forhold til deres agenturgivere samt på retssikkerheden i handelssamkvemmet; desuden vanskeliggør disse forskelle i mærkbart omfang indgåelse og gennemførelse af kontrakter om handelsagentur mellem en agenturgiver og en handelsagent med forretningssted i forskellige medlemsstater.

[S]amhandelen mellem medlemsstaterne bør foregå på samme vilkår som på et enhedsmarked, hvilket indebærer en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes retssystemer, for så vidt det er nødvendigt af hensyn til fællesmarkedets funktion; reglerne om lovkonflikter fjerner ikke de omtalte ulemper for handelsagentur, selv ikke efter udarbejdelse af ensartede regler, og gør derfor ikke den foreslåede harmonisering overflødig.«

7 Direktivets artikel 1 fastsætter:

»1. De i dette direktiv fastsatte harmoniseringsforanstaltninger finder anvendelse på medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forholdet mellem handelsagenter og disses agenturgivere.

2. Ved handelsagent forstås i dette direktiv en selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person, i det følgende benævnt agenturgiveren, eller til at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning.

3. En handelsagent i henhold til dette direktiv kan bl.a. ikke være:

– en person, som ved stillingsbemyndigelse kan forpligte et selskab eller en sammenslutning

– en medindehaver, der er lovligt bemyndiget til at forpligte de øvrige medindehavere

– en af retten udmeldt bestyrer, likvidator eller kurator i et konkursbo.«

8 Direktivets artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende:

– handelsagenter, som ikke modtager vederlag for deres virksomhed

– handelsagenter, i det omfang de arbejder på varebørser eller råvaremarkeder

– det organ, der er kendt under betegnelsen »Crown Agents for Oversea Governments and Administrations«, og som er oprettet i Det Forenede Kongerige i medfør af loven af 1979 om »Crown Agents«, eller dettes datterselskaber.«

9 Samme direktivs artikel 3 fastsætter:

»1. Handelsagenten skal under udøvelsen af sin virksomhed varetage agenturgiverens interesser og handle loyalt og redeligt.

2. Handelsagenten skal især:

a) på passende vis bestræbe sig på at formidle og i givet fald afslutte de ham pålagte forretninger

b) give agenturgiveren alle de nødvendige oplysninger, han er i besiddelse af;

c) overholde rimelige instrukser fra agenturgiveren.«

10 Artikel 4, stk. 2, i direktiv 86/653 bestemmer:

»Agenturgiveren skal især:

a) stille det nødvendige materiale, som vedrører de pågældende varer, til rådighed for handelsagenten

b) skaffe handelsagenten de oplysninger, som er nødvendige for agenturkontraktens gennemførelse, navnlig underrette ham inden for en rimelig frist, så snart agenturgiveren kan forudse, at agenturforrentningernes omfang bliver væsentligt mindre end det, handelsagenten normalt kunne have forventet.«

11 Direktivets artikel 6, stk. 1, bestemmer:

»Såfremt parterne ikke har truffet nogen aftale herom og med forbehold af medlemsstaternes ufravigelige retsforskrifter om vederlagets størrelse, har handelsagenten ret til det vederlag, som på det sted, hvor han udøver sin virksomhed, er sædvanligt for agenter for varer af den art, som er genstand for agenturkontrakten. Er der ikke på stedet noget sådant sædvanligt vederlag, har handelsagenten ret til et rimeligt vederlag, hvorved alle de forretningen vedrørende omstændigheder tages i betragtning.«

### *Det Forenede Kongeriges lovgivning*

12 Direktiv 86/653 blev gennemført i Det Forenede Kongeriges lovgivning ved Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (Statutory Instruments 1993/3053) (forskrifter af 1993 om selvstændige handelsagenter (gennemførelse af Rådets direktiv) (Statutory Instruments 1993/3053)). Disse forskrifters artikel 2, stk. 1, bestemmer:

»I disse forskrifter forstås ved:

handelsagent: selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person (»agenturgiveren«) eller til at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning […]«

## Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13 Computer Associates er et selskab, som markedsfører software til automatisering af serviceapplikationer til udrulning og styring af applikationer gennem et datacenter (herefter »den omhandlede software«). Softwarens formål er at koordinere og automatisk gennemføre udrulning og opgraderinger af andre applikationer gennem de forskellige operationelle miljøer i store organisationer såsom banker og forsikringsselskaber, således at de underliggende applikationer er fuldt integreret med softwareoperativsystemet.

14 Computer Associates tildelte elektronisk sine kunder licenser til at benytte den omhandlede software på et specifikt område for et godkendt antal slutbrugere.

15 Tildelingen af licens til denne software var betinget af, at kunden overholdt en række forpligtelser bl.a. til ikke at tilgå de uautoriserede dele af softwaren, at dekompilere eller ændre den eller til at udleje, overdrage, overføre eller udstede underlicenser for den.

16 Det fremgår af de oplysninger, som den forelæggende ret har fremlagt, at licensen til at anvende den omhandlede software kunne tildeles enten tidsubegrænset eller for en begrænset periode. I tilfælde af ophævelse af aftalen på grund af en væsentlig misligholdelse fra den anden parts side eller på grund af dette selskabs insolvens skulle denne software tilbageleveres til Computer Associates eller fjernes eller destrueres af kunden. I praksis blev de fleste licenser tildelt tidsubegrænset. Computer Associates bevarede i denne forbindelse alle rettigheder, dvs. navnlig ophavsrettigheder, adkomst, patenter, varemærkerettigheder og andre ejerinteresser forbundet med softwaren.

17 Den 25. marts 2013 indgik Computer Associates en aftale med The Software Incubator. I henhold til aftalens klausul 2.1 skulle sidstnævnte selskab handle på Computer Associates vegne for at opsøge potentielle kunder i Det Forenede Kongerige og Irland med henblik på at »reklamere for, markedsføre og sælge [den omhandlede software]«. I henhold til aftalen var The Software Incubators forpligtelser begrænset til at føre reklame for og markedsføre softwaren. The Software Incubator havde ikke beføjelse til at overføre ejendomsretten til softwaren.

18 Ved skrivelse af 9. oktober 2013 opsagde Computer Associates aftalen med The Software Incubator.

19 The Software Incubator anlagde på grundlag af bestemmelserne i den nationale lovgivning, der gennemfører direktiv 86/653, erstatningssøgsmål mod Computer Associates ved High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (ret i første instans (England og Wales), Det Forenede Kongerige). Computer Associates anfægtede kvalificeringen af selskabets relation til The Software Incubator som en handelsagenturkontrakt, idet selskabet gjorde gældende, at elektronisk levering af computersoftware til en kunde, der er ledsaget af tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug, ikke udgør »salg […] af varer« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2.

20 Ved afgørelse af 1. juli 2016 gav High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (ret i første instans (England og Wales), High Court of Justice (England & Wales), Det Forenede Kongerige) The Software Incubator medhold og tilkendte selskabet en erstatning på 475 000 pund sterling (GBP) (ca. 531 000 EUR). Den nævnte retsinstans fandt i denne forbindelse, at »salg […] af varer« som omhandlet i Statutory Instruments 1993/3053 henviste til en selvstændig definition, der skulle omfatte levering af software.

21 Computer Associates indbragte denne afgørelse for Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige). Ved afgørelse af 19. marts 2018 fandt denne retsinstans, at software, som blev leveret elektronisk til en kunde, ikke udgjorde en »vare« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, som fortolket af Domstolen. Den konkluderede, at The Software Incubator ikke havde status som »handelsagent« som omhandlet i denne bestemmelse, og afviste selskabets erstatningskrav.

22 The Software Incubator har anfægtet denne afgørelse ved Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol).

23 Den nævnte retsinstans har anmodet Domstolen om en fortolkning af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, som er nødvendig for førstnævnte ret med henblik på at afgøre, om begrebet »handelsagent«, der har til opgave at formidle »salg […] af varer«, finder anvendelse i tilfælde af elektronisk levering af computersoftware til kunden, som anvender denne i henhold til en tidsubegrænset licens.

24 Under disse omstændigheder har Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Når en kopi af computersoftware leveres til en agenturgivers kunder elektronisk og ikke på et fysisk medium, udgør den da »varer« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i definitionen af en selvstændig handelsagent i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653?

2) Når computersoftware leveres til en agenturgivers kunder ved tildeling til kunden af en tidsubegrænset licens til at anvende en kopi af computersoftwaren, udgør dette da »salg af varer« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i definitionen af handelsagent i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653?«

## De præjudicielle spørgsmål

25 Indledningsvis skal det konstateres, at det følger af udtrædelsesaftalens artikel 86, stk. 2, som trådte i kraft den 1. februar 2020, at Domstolen fortsat har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende anmodninger fra domstole i Det Forenede Kongerige, som er indgivet inden overgangsperiodens udløb den 31. december 2020, hvilket er tilfældet med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.

26 Med sine spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om begrebet »salg […] af varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 skal fortolkes således, at det kan omfatte elektronisk levering af computersoftware til en kunde mod betaling af en pris, når leveringen ledsages af tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug af softwaren.

27 Artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 definerer en handelsagent således, at der i direktivet herved forstås »en selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person, i det følgende benævnt agenturgiveren, eller til at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning«.

28 Bestemmelsen fastsætter tre betingelser, der er nødvendige for og tilstrækkelige til, at en person kan kvalificeres som en »handelsagent«. For det første skal denne person have egenskab af selvstændig mellemmand. For det andet skal personen kontraktligt være vedvarende knyttet til agenturgiveren. For det tredje skal personen udøve virksomhed bestående i at formidle salg eller køb af varer for agenturgiveren eller i at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning (dom af 21.11.2018, Zako, C-452/17, EU:C:2018:935, præmis 23).

29 I det foreliggende tilfælde er det kun den tredje af disse betingelser, for så vidt som den vedrører formidling af »salg […] af varer« for agenturgiveren, der er omtvistet. I denne forbindelse bemærkes, at direktiv 86/653 hverken definerer begrebet »salg […] af varer« eller henviser til national ret for så vidt angår betydningen af dette begreb.

30 Under disse omstændigheder skal begrebet »salg […] af varer« i hele Den Europæiske Union undergives en selvstændig og ensartet fortolkning på grundlag af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten i sammenhæng med lighedsprincippet. Dette begreb udgør således et selvstændigt EU-retligt begreb, hvis rækkevidde ikke kan fastlægges ved henvisning til kendte begreber fra medlemsstaternes retsorden eller fra klassificeringer på nationalt plan (jf. analogt dom af 9.7.2020, RL (Direktivet om bekæmpelse af forsinket betaling), C-199/19, EU:C:2020:548, præmis 27).

31 I denne henseende bemærkes, at fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af de udtryk, som ikke er defineret i EU-retten, skal ske efter deres sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der skal tages hensyn til den kontekst, hvori de anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som de udgør en del af (dom af 4.6.2020, Trendsetteuse, C-828/18, EU:C:2020:438, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

32 Det er i lyset af disse elementer, at det skal afgøres, om begrebet »salg […] af varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 kan omfatte elektronisk levering af computersoftware til en kunde mod betaling af en pris, når leveringen ledsages af tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug af softwaren.

33 Hvad angår ordlyden af denne bestemmelse bemærkes, at den generelt henviser til begrebet »salg […] af varer« uden at definere udtrykkene »salg« eller »varer«, idet sidstnævnte i øvrigt ikke er defineret i nogen anden bestemmelse i dette direktiv.

34 Hvad for det første angår begrebet »varer« følger det af Domstolens praksis, at der herved skal forstås produkter, hvis værdi kan måles i penge, og som i sig selv kan være genstand for kommerciel transaktion (jf. i denne retning dom af 26.10.2006, Kommissionen mod Grækenland, C-65/05, EU:C:2006:673, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

35 Det følger heraf, at dette udtryk på grund af dets generelle definition kan omfatte computersoftware som den omhandlede software, eftersom det har en forretningsmæssig værdi og kan være genstand for en kommerciel transaktion.

36 Det skal endvidere præciseres, at software kan kvalificeres som en »vare«, uafhængigt af den omstændighed, at den leveres på et fysisk medium eller, som i det foreliggende tilfælde, ad elektronisk vej ved download.

37 Dels indbefatter anvendelsen af udtrykket »varer« i de forskellige andre sprogversioner af direktiv 86/653, som generaladvokaten har fremhævet i punkt 55 i sit forslag til afgørelse, således ikke nogen sondring mellem, om den pågældende vare er materiel eller immateriel.

38 Dels har Domstolen allerede fastslået, at salget af et edb-program, der er lagret på en CD-ROM eller på en DVD, og salget af et sådant program via download fra internettet fra et økonomisk synspunkt er ens, idet online-overførsel funktionelt svarer til lagring på et fysisk medium (dom af 3.7.2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 61).

39 Udtrykket »varer« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 kan derfor omfatte en computersoftware, uanset hvilket medium softwaren er leveret på.

40 For det andet følger det af en almindeligt anerkendt definition, at »salg« er en aftale, hvorved en person mod betaling af en pris afgiver sin ejendomsret til en anden person over et fysisk eller immaterielt gode, der tilhører ham (dom af 3.7.2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 42).

41 I det specifikke tilfælde med salg af en kopi af en computersoftware har Domstolen fastslået, at download af en kopi af et edb-program og indgåelse af en brugerlicenskontrakt hertil udgør et udeleligt hele. Download af en kopi af et sådant program er nemlig ikke til nogen nytte, hvis kopien ikke kan anvendes af indehaveren. De to transaktioner skal derfor undersøges samlet med henblik på deres juridiske kvalificering (jf. i denne retning dom af 3.7.2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 44).

42 Domstolen har således fundet, at den omstændighed, at der stilles en kopi af en computersoftware til rådighed via download og indgås en dertil knyttet brugerlicensaftale, som har til formål at gøre den pågældende kopi varigt anvendelig for kunderne, og at der betales en pris, der gør det muligt for indehaveren af ophavsretten at opnå et vederlag, der svarer til den økonomiske værdi af kopien af det værk, som han ejer, indebærer en overdragelse af ejendomsretten til kopien (jf. i denne retning dom af 3.7.2012, UsedSoft, C-128/11, EU:C:2012:407, præmis 45 og 46).

43 Henset til ordlyden af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 skal det følgelig fastslås, at elektronisk levering af en computersoftware til en kunde mod betaling af en pris, når leveringen ledsages af tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug af denne software, kan henhøre under begrebet »salg […] af varer« som omhandlet i denne bestemmelse.

44 Denne fortolkning bekræftes ved den kontekst, som artiklen indgår i.

45 Således indeholder artikel 1, stk. 3, og artikel 2 i direktiv 86/653 visse nøje definerede tilfælde, der udelukkes fra henholdsvis begrebet »handelsagent« og direktivets anvendelsesområde (dom af 21.11.2018, Zako, C-452/17, EU:C:2018:935, præmis 40).

46 Ingen af disse undtagelser vedrører imidlertid arten af det »salg […] af varer«, der er genstand for virksomhed som »handelsagent« som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 2.

47 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 66 og 67 i forslaget til afgørelse, er et »salg […] af varer« af den type, der er beskrevet i denne doms præmis 43, desuden hverken til hinder for, at de rettigheder og forpligtelser, der påhviler henholdsvis handelsagenten og

agenturgiveren, gennemføres i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 3-5 i direktiv 86/653, eller for, at handelsagenten modtager et vederlag, der er i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktivs artikel 6.

48 Endelig støttes denne fortolkning ved målene med direktiv 86/653, der, som det fremgår af anden og tredje betragtning hertil, har til formål at sikre handelsagenters retsbeskyttelse i forhold til deres agenturgivere, at fremme retssikkerheden i handelssamkvemmet og at lette samhandelen mellem medlemsstaterne ved at tilnærme deres retssystemer på området for handelsagenturer (dom af 21.11.2018, Zako, C-452/17, EU:C:2018:935, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

49 I denne henseende ville den effektive virkning af beskyttelsen i henhold til direktiv 86/653 blive bragt i fare, hvis levering af software, under de i denne doms præmis 43 nævnte betingelser, ikke skulle være omfattet af begrebet »salg […] af varer« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2.

50 Denne fortolkning af den nævnte bestemmelse ville således udelukke personer, der ved hjælp af moderne teknologi udfører opgaver, der kan sammenlignes med dem, der udføres af handelsagenter, hvis opgave består i salg af materielle varer, bl.a. kundeprospektering og -opsøgning, fra denne beskyttelse.

51 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at de forelagte spørgsmål skal besvares med, at begrebet »salg […] af varer« i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 skal fortolkes således, at det kan omfatte elektronisk levering af computersoftware til en kunde mod betaling af en pris, når leveringen ledsages af tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug af softwaren.

## Sagsomkostninger

52 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

**Begrebet »salg […] af varer« i artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter skal fortolkes således, at det kan omfatte elektronisk levering af computersoftware til en kunde mod betaling af en pris, når leveringen ledsages af tildelingen af en tidsubegrænset licens til brug af softwaren.**

Underskrifter