

**Sag C-410/19**

**Anmodning om præjudiciel afgørelse**

**Dato for indlevering:**

27. maj 2019

**Forelæggende ret:**

Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol)

**Afgørelse af:**

22. maj 2019

**Appellant:**

The Software Incubator Ltd

**Indstævnt:**

Computer Associates (UK) Ltd

---

**I SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM (DET FORENEDE KONGERIGES ØVERSTE DOMSTOL)**

den 22. maj 2019

*[udelades]*

**[udelades]**

**Computer Associates (UK) Ltd (indstævnt) mod**

**The Software Incubator Ltd (appellant)**

**EFTER AT HAVE HØRT** appellantens advokat og indstævntes advokat den 28. marts 2019

**BESLUTTES FØLGENDE**

1. De i bilaget til denne kendelse anførte spørgsmål forelægges Den Europæiske Unions Domstol med henblik på præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

2. Alle øvrige retsforhandlinger mellem appellanten og den indstævnte [udelades] **[udelades]** udsættes, indtil Den Europæiske Unions Domstol har truffet afgørelse vedrørende de præjudicielle spørgsmål, eller indtil andet bestemmes
3. Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes. **[org. s. 2]**

## BILAG

### Den forelæggende ret

1. Den forelæggende ret er Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol).

### Parterne

2. Parterne i hovedsagen er:
  - 2.1. **Software Incubator Limited** (herefter »**Software Incubator**«), [udelades]**[udelades]**.
  - 2.2. **Computer Associates UK Limited** (herefter »**Computer Associates**«), [udelades]**[udelades]**.

### Hovedsagens genstand

3. Tvisten i hovedsagen vedrører et erstatningskrav fremsat af Software Incubator mod Computer Associates i henhold til Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (forskrifter om selvstændige handelsagenter (Rådets direktiv) 1993), herefter »**forskrifterne**«, i kraft af hvilke Det Forenede Kongerige gennemførte bestemmelserne i Rådets direktiv 86/653/EØF af [18.] december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (herefter »**direktivet**«) i sin lovgivning.
4. De præjudicielle spørgsmål handler om, hvorvidt definitionen af en handelsagent i direktivets artikel 1, stk. 2, som er begrænset til »*salg af varer*«, finder anvendelse på en kopi af computersoftware, der leveres elektronisk til en agenturgivers kunde ledsaget af en tidsubegrænset licens til at anvende en kopi af softwaren. **[org. s. 3]**
5. Software Incubator har gjort gældende, at elektronisk levering af computersoftware til en agenturgivers kunde ledsaget af en tidsubegrænset licens til at anvende en kopi af softwaren udgør »*salg af varer*« som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 2. Computer Associates har gjort gældende, at elektronisk levering af computersoftware til en agenturgivers kunde ledsaget af en tidsbegrænset eller tidsubegrænset licens til at anvende en kopi af softwaren ikke udgør »*salg af varer*« som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 2.
6. High Court of England and Wales (ret i første instans (England og Wales)) fastslog ved dom af 1. juli 2016, at levering af elektronisk leveret software

ledsaget af en tidsubegrænset licens udgjorde »salg af varer« og tildelte Software Incubator 475 000 GBP i erstatning i henhold til forskrifterne.

7. For så vidt angår appel af denne dom fastslog Court of Appeal of England and Wales (appeldomstol (England og Wales)) ved dom af 19. marts 2018, at software, der leveres elektronisk til en agenturgivers kunde og ikke på et fysisk medium, ikke udgør »varer« som omhandlet i forskrifternes Regulation 2, stk. 1, og direktivets artikel 1, stk. 2. Følgelig konkluderede Court of Appeal (appeldomstol), at Software Incubator ikke virkede som en selvstændig handelsagent i forbindelse med forskrifterne og afviste dens erstatningskrav i henhold til forskrifterne.
8. Software Incubator ansøgte derefter Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) om tilladelse til at appellere afgørelsen afsagt af Court of Appeal (appeldomstol). Ved kendelse af 28. marts 2019 gav Supreme Court (øverste domstol) tilladelse til at appellere og forelægger Den Europæiske Unions Domstol nedenstående spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse.

#### **De væsentligste faktiske omstændigheder [Org. s.4]**

##### **Aftalen**

9. Software Incubators krav hidhører fra en aftale mellem Software Incubator og Computer Associates af 25. marts 2013 (herefter »**aftalen**«). I henhold til aftalens klausul 2.1 handlede Software Incubator på vegne af Computer Associates med hensyn til at opsøge potentielle kunder i Det Forenede Kongerige og Irland med henblik på »at reklamere for, markedsføre og sælge produktet«. »Produktet« blev defineret i første betragtning til aftalen som »application service automation software til udrulning og styring af applikationer hele datacentret« (herefter »**softwaren**«). I forbindelse med aftalen var Computer Associates således agenturgiveren, og Software Incubator var agenten.
10. Softwaren kaldes også »application release automation software« (herefter »**RAS**«). RAS er »software vedrørende software« i den forstand, at den har til formål automatisk at koordinere og gennemføre udrulning og opgraderinger af andre softwareapplikationer på tværs af de forskellige operationelle miljøer i store organisationer såsom banker og forsikringselskaber, således at de underliggende applikationer er fuldt integreret med softwareoperativsystemet. Avanceret RAS er kompleks og dyr, og det kan tage lang tid at indgå [og] afslutte en aftale med en stor organisation.

##### **Softwaren**

11. High Court (ret i første instans) beskrev softwaren som avanceret, kommerciel, ikke-skræddersyet software. Den kunne indlæses på kundernes hardware enten ved hjælp af et fysisk medium eller ved hjælp af elektronisk download, således som kontrakterne mellem Computer Associates og deres kunder gav mulighed for.

Som Court of Appeal (appeldomstol) har registreret, var Computer Associates' ubestridte beviser følgende: 1) Computer Associates leverede softwaren elektronisk via en e-mail, der indeholdt et link til en onlineportal, hvorfra kunden downloadede softwaren, og 2) softwaren blev aldrig leveret fra Computer Associates til dens kunder på fysiske medier.

### **Computer Associates' udstedelse af licens til softwaren [Org. s. 5]**

12. I henhold til aftalens klausul 4.1 skulle Computer Associates have eneret til at fastsætte vilkår og betingelser i forbindelse med udstedelse af licens til softwaren, og i henhold til klausul 6.1 skulle Computer Associates fastsætte og opkræve alle »gebyrer« fra kunder vedrørende »brug« af softwaren. Software Incubators bemyndigelse vedrørte fremme af Computer Associates' udstedelse af licenser til at bruge softwaren til dens kunder. Software Incubator havde ikke bemyndigelse til at overføre adkomst eller ejendomsret til softwaren.
13. Computer Associates udstedte licenser, som gav kunderne tilladelse til at bruge softwaren på de vilkår, der var fastsat i softwaremodulet i henhold til oprettelsesaftalen vedrørende nye kunder eller hovedaftalen vedrørende eksisterende kunder. Nye kunder fik adgang til softwaren ved at udfylde en ordreformular, ifølge hvilken den i formularen angivne software blev »stillet til rådighed for kunden i medfør af vilkårene i denne ordreformular samt ovennævnte oprettelsesaftale. Licensen til at bruge CA's software udstedes til kunden af CA Europe S.A.R.L. i henhold til softwaremodulet mellem kunden og CA Europe S.A.R.L.«. For så vidt angår kunder med en hovedaftale med Computer Associates var licenser til softwaren betinget af denne aftales vilkår (som i al væsentlighed svarer til vilkårene i oprettelsesaftalen og softwaremodulet).
14. I medfør af softwaremodulets klausul 3.1 udstedte CA Europe S.A.R.L. (herefter »CA Europe«) en begrænset, ikke-eksklusiv og uoverdragelig licens til kunden i aftalens løbetid med hensyn til at: i) installere og udrulle softwaren i det angivne område op til det godkendte antal slutbrugere, ii) tillade de autoriserede slutbrugere adgang til softwaren, iii) fremstille et rimeligt antal kopier af softwaren til katastrofeberedskab og iv) flytte softwaren til et nyt sted inden for området efter forudgående skriftlig meddelelse. **[Org. s. 6]**
15. I henhold til softwaremodulets klausul 3.4 var licensen betinget af, at kunden havde forpligtet sig og overholdt forpligtelsen til ikke at: i) tilgå eller bruge de dele af softwaren, som kunden ikke var autoriseret til, ii) foranledige eller tillade dekompile eller reverse engineering af softwaren, iii) ændre softwaren, iv) udleje, overdrage, overføre eller udstede underlicenser for softwaren, v) fjerne navnebeskyttede meddelelser, etiketter eller mærker på enhver kopi af softwaren, eller vi) overskride antallet af autoriserede slutbrugere.
16. Ifølge softwaremodulets klausul 4.1 beholdt Computer Associates/CA Europe »alle rettigheder, adkomst, ophavsret, patenter, varemærker, forretningshemmeligheder og alle andre ejerinteresser vedrørende« softwaren, og

ingen af disse rettigheder blev indrømmet kunden. Endvidere fremgik det tydeligt af softwaremodulets klausul 9.12, at licensen kun indrømmede parterne personlige rettigheder.

17. Licenser til softwaren kunne være på ubestemt tid (*»tidsubegrænset licens«*) eller for en begrænset periode. I praksis var de fleste licenser tidsubegrænsede. I medfør af oprettelsesaftalens klausul 10.2 havde enhver af parterne mulighed for at opsige aftalen i tilfælde af et væsentligt brud på aftalen fra den anden parts side (med forbehold af relevant meddelelsesfrist og afhjælpningsfrist) eller i tilfælde af den anden parts insolvens, hvorefter den relevante licens straks ville blive tilbagekaldt, og alle kopier af softwaren skulle returneres til Computer Associates, slettes eller destrueres af kunden.

#### **Aftalens ophør [Org. s. 6]**

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

#### **Relevante retsfor skrifter**

19. Den nationale bestemmelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder, er forskrifternes Regulation 2, stk. 1, med følgende ordlyd: *»I disse forskrifter [...] forstås ved »selvstændig handelsagent« [org. s. 7] en selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person (»agenturgiveren«),*

*[...]«.*

20. Den EU-retlige bestemmelse, som søges fortolket, er artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af [18.] december 1986 samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter, som bestemmer: *»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 [...]«*

#### **Begrundelsen for forelæggelsen**

21. I henhold til direktivet var Det Forenede Kongerige forpligtet til at sætte direktivets bestemmelser i kraft, herunder:

21.1. En selvstændig handelsagents ret til skadeserstatning eller godtgørelse ved ophør (i henhold til direktivets artikel 17), hvilket var genstand for det relevante krav

21.2. Definitionen af en handelsagent, som i den nationale bestemmelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder, er hentet direkte fra og citerer den engelske udgave af den samme bestemmelse i moderdirektivet (artikel 1, stk.2).

22. Den forelæggende ret ønsker en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af artikel 1, stk. 2, da den mener, at det ikke er *acte clair*, hvorvidt denne definition finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i denne sag, som nærmere beskrevet i de præjudicielle spørgsmål.

**Præjudicielle spørgsmål**

23. Den forelæggende ret forelægger EU-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, [org. s. 8] hvori udtrykket er anvendt i definitionen af en selvstændig handelsagent i artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 86/653/EØF af [18.] december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (herefter »direktivet«)?

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

Justitssekretær

22. maj 2019