



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Н. SAUGMANDSGAARD ØE
представено на 1 юни 2016 година *

Дело C-166/15

Aleksandrs Ranks

Jurijs Vasiļevičs

(Преюдициално запитване,
отправено от Rīgas apgabaltiesas Kriminālietu tiesu kolēģija

(Окръжен съд Рига, наказателно отделение, Латвия)

„Преюдициално запитване — Директива 91/250/ЕИО — Правна защита на компютърните програми — Продажба на неоригинални копия на компютърни програми — Копия, инкорпорирани в материален носител, различен от оригиналния — Наличие на нарушение на правото на разпространение — Възможност за позоваване на изчерпване на правото на разпространение — Наличие на нарушение на правото на възпроизвеждане“

I – Въведение

1. С определение от 18 март 2015 г., постъпило в Съда на 13 април 2015 г., Rīgas apgabaltiesas Kriminālietu tiesu kolēģija (Окръжен съд Рига, наказателно отделение, Латвия) поставя два преюдициални въпроса относно тълкуването на членове 4 и 5 от Директива 2009/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 април 2009 година относно правната закрила на компютърните програми (ОВ L 111, стр. 16).

2. Запитването е отправено в рамките на наказателно производство, водено срещу Aleksandrs Ranks и Jurijs Vasiļevičs (наричани по-нататък заедно „подсъдимите“), във връзка с твърдяно нарушение на авторските права на Microsoft Corporation (наричано по-нататък „Microsoft“) вследствие продажба на копия от компютърни програми, инкорпорирани в материален носител, различен от оригиналния.

II – Правна уредба

3. Съгласно член 10 от Директива 2009/24 тя отменя Директива 91/250/ЕИО на Съвета от 14 май 1991 година относно правната защита на компютърните програми (ОВ L 122, стр. 42; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 114), изменена с Директива 93/98/ЕИО на Съвета от 29 октомври 1993 година за хармонизиране на срока за закрила на авторското право и някои сродни права (ОВ L 290, стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 141; наричана по-нататък „Директива 91/250“).

* Език на производството: френски.

4. В съответствие с член 11 от Директива 2009/24, тя влиза в сила на 25 май 2009 г. От определението за преюдициално запитване се установява, че относимите факти в спора в главното производство са настъпили в периода от 28 декември 2001 г. до 22 декември 2004 г. Следователно по настоящото дело са приложими разпоредбите на Директива 91/250.

5. Член 4 от Директива 91/250, озаглавен „Ограничени действия“, гласи:

„При условията на членове 5 и 6 изключителните права на притежателя на право, по смисъла на член 2, включват правото да извършва или да разрешава:

а) постоянното или временното възпроизвеждане на компютърна програма по какъвто и да е начин и в каквато и да е форма, изцяло или отчасти. Доколкото зареждането, изобразяването на екран, изпълняването, предаването на разстояние или съхраняването на компютърната програма изискват такова възпроизвеждане, такива изискват разрешението на носителя на правата;

[...]

в) всяка форма на разпространение сред обществото, включително отдаването под наем на оригинална компютърна програма или на копия от нея. Първата продажба в Общността на копие от програмата от притежателя на права или с негово съгласие изчерпва правото на разпространение в Общността върху това копие, с изключение на правото на контрол върху по-нататъшното отдаване под наем на програмата или на копие от нея“.

6. Член 5 от Директива 2009/24, озаглавен „Изключения от ограничените действия“, е със следния текст:

„1. При липсата на специални договорни клаузи действията, посочени в член 4, параграф 1, букви а) и б), не изискват разрешението на носителя на право, когато те са необходими за използването на компютърната програма в съответствие с нейното предназначение от лицето, което законно я е придобило, включително за отстраняване на грешки.

2. Изготвянето на резервно копие от лице, което има право да използва компютърната програма, не може да бъде ограничено с договор, доколкото това е необходимо за използването.

[...]“.

7. Член 7 от Директива 91/250, озаглавен „Специални мерки за закрила“, предвижда:

„1. Без да се засягат разпоредбите на членове 4, 5 и 6, държавите членки предвиждат, в съответствие със своите национални законодателства, подходящи мерки срещу лице, което извършва някои от действията, изброени в букви а), б) и в) по-долу:

а) каквото и да е действие по пускането в обращение на копие от компютърна програма, като знае или има основание да предполага, че то е незаконно копие;

б) притежаването с търговски цели на копие от компютърна програма, като знае или има основание да предполага, че това копие е незаконно;

[...]

2. Всяко копие на компютърна програма, което нарушава авторското право, подлежи на отнемане в съответствие със законодателството на съответната държава членка.

[...].“.

III – Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

8. В периода от 28 декември 2001 г. до 22 декември 2004 г. подсъдимите, като съизвършители при предварителен сговор, са продали чрез интернет платформата за продажби www.ebay.com повече от 3 000 копия на компютърни програми, защитени от авторското право.

9. Microsoft е притежател на авторските права върху компютърните програми, обект на тези продажби, които включват програмите, наречени „Windows 95“, „Windows 98“, „Windows 2000 Professional“, „Windows Millenium“, „Windows XP Home 2002“, „Office 2000 Professional“, „Office XP Small Business“ и „Office 2003“.

10. Общата сума, която подсъдимите са получили от тези продажби, не е определена с точност в хода на разследването. Въпреки това е установено, че подсъдимите са получили чрез посочената в интернет сайта www.ebay.com система за заплащане „PayPal“ сумата 229 724,67 EUR.

11. В рамките на посочените продажби, подсъдимите по-специално са продали:

- едно копие от програмата „Windows Millennium Edition“, която съгласно лицензионните условия може да се доставя само с нов компютър („for distribution only with a new PC“),
- две копия от програмата „Windows 2000 Professional OEM“ с упътване за ползване и сертификат за автентичност, които са оценени от експерт като нелегално възпроизведен компактдиск и инсталационна програмата на „Microsoft Windows 2000 Professional“,
- тридесет копия от програмата „Windows 98 Second Edition OEM“ с упътване за ползване и сертификат за автентичност, които са преценени от експерт като нелегално възпроизведени компактдискове и инсталационни програми на „Microsoft Windows 98 Starts Here 4/98“ и на „Microsoft Windows 98 Second Edition“.

12. Запитващата юрисдикция уточнява, че подсъдимите са обвинени в това, че са извършили следните престъпления:

- извършена в съучастие незаконна продажба на обекти на авторското право, които са възпроизведени или използвани по друг начин в нарушение на авторското право (член 149, параграф 3 от Наказателния закон, в редакцията му в сила към 17 октомври 2002 г.),
- умишлено използване без правно основание на чужда търговска марка, с което са увредени значително лични права и интереси, защитени от закона (член 206, параграф 2 от Наказателния закон), и
- извършване на нерегистрирана търговска дейност, с което са увредени значително лични права и интереси, защитени от закона (член 207, параграф 2 от Наказателния закон).

13. С присъда от 3 януари 2012 г. Rīgas pilsētas Vidzemes priekšpilsētas tiesa (Районен съд Видземе, Рига, Латвия) признава подсъдимите за виновни в извършването на престъпленията по член 149, параграф 3 и член 206, параграф 2 от Наказателния закон и ги осъжда да обезщетят частично нанесените вреди, както и да заплатят всички разноски по делото. Подсъдимите са оправдани по обвинението за престъпление по член 207, параграф 2 от Наказателния закон.

14. С решение от 22 март 2013 г. запитващата юрисдикция отменя присъдата на първоинстанционния съд в частта, с която подсъдимите са осъдени по член 149, параграф 3 от Наказателния закон и им е наложено наказание. Тази юрисдикция обаче осъжда подсъдимите за престъпление по член 149, параграф 3 от Наказателния закон в редакцията му в сила към 17 октомври 2002 г. В останалата част присъдата е потвърдена.

15. С решение от 13 октомври 2013 г. Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāts (Върховен съд на Латвия) отменя изцяло решението от 22 март 2013 г. и връща делото на апелативния съд за ново разглеждане.

16. С разпореждане от 8 октомври 2013 г. запитващата юрисдикция приема за преразглеждане като апелативна инстанция наказателното производство по обвинението срещу подсъдимите на основание член 149, параграф 3 (в редакцията му в сила до 31 декември 2010 г.), член 206, параграф 2 и член 207, параграф 2 от Наказателния закон.

17. Тъй като си поставя въпроси за релевантността на решение UsedSoft** при обстоятелствата в главното производство, Rīgas apgabaltiesas Krimināllietu tiesu kolēģija (Окръжен съд Рига, наказателно отделение) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) Може ли лице, придобило „използвана“ компютърна програма с лицензия, записана върху неоригинален диск, който работи и не се ползва от друг потребител, да се позове в съответствие с член 5, параграф 1 и член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 на изчерпване на правото на разпространение на екземпляр (копие) от тази компютърна програма, чийто първи купувач я е придобил от притежателя на авторските права с оригиналния диск, но той се е повредил и първият приобретател е изтрил своя екземпляр (копие) или вече не го използва?
- 2) При утвърдителен отговор на първия въпрос, има ли право лице, което може да се позове на изчерпване на правото на разпространение, да препродава тази компютърна програма, записана върху неоригинален диск, на трето лице по смисъла на член 4, параграф 2 и член 5, параграф 2 от Директива 2009/24 ?“.

IV – Производството пред Съда

18. Преюдициалното запитване е регистрирано в секретариата на Съда на 13 април 2015 г.

19. Писмени становища представят подсъдимите, Microsoft, италианското, латвийското и полското правителство, както и Европейската комисия.

20. В съдебното заседание на 16 март 2016 г., за да изложат становищата, си се явяват представителите на подсъдимите и на Microsoft, латвийското правителство и Комисията.

** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

V – Анализ на преюдициалните въпроси

21. Поставените на Съда въпроси се отнасят до наличието на нарушение на авторското право в резултат от продажбата, без съгласие на притежателя на права, на копия от компютърни програми, създадени без разрешение от притежателя, на материален носител, различен от оригиналния (наричани по-нататък „неоригинални копия“). Тоест тези въпроси не се отнасят до продажбата от страна на притежателя или с негово съгласие, на копия, създадени от притежателя или с негово разрешение, върху оригиналния материален носител (наричани по-нататък „оригинални копия“).

22. В спора в главното производство подсъдимите са обвинени в това, че са продали хиляди неоригинални материални копия на компютърни програми, авторските права върху които принадлежат на Microsoft. В писмените си становища подсъдимите твърдят, че са придобили тези копия от предприятия и частни лица, които вече не ги използват.

23. Продажбата на неоригинални материални копия може да засегне две изключителни права, предоставени на притежателя от член 4, букви а) и в) от Директива 91/250, а именно: изключителното право да извършва или да разрешава постоянното или временното възпроизвеждане на компютърна програма (наричано по-нататък „правото на възпроизвеждане“) и изключителното право да извършва или да разрешава всяка форма на разпространение, включително отдаването под наем на оригинална компютърна програма или на копия от нея (наричано по-нататък „правото на разпространение“).

24. Освен това, макар в поставените въпроси да се споменава изрично само изчерпването на правото на разпространение, тези въпроси се позовават и на разпоредбите, предвиждащи дерогации от правото на възпроизвеждане, и по-специално член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250.

25. Ето защо аз намирам за необходимо поставените на Съда въпроси да бъдат преформулирани, както е посочено по-долу. С въпросите, които е уместно да бъдат разгледани едновременно, по същество запитващата юрисдикция пита дали член 4, букви а) и в) и член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250 трябва да бъдат тълкувани в смисъл, че са нарушени изключителните права на притежателя на възпроизвеждане и на разпространение, когато ползвател, без разрешение на притежателя, направи копие от компютърна програма върху материален носител, различен от оригиналния материален носител, и това копие бъде продадено без разрешение на притежателя от този или от друг ползвател, дори и в обстоятелства, когато:

- оригиналният материален носител е повреден и
- продавачът на посоченото копие направи неизползваемо всяко друго копие, което притежава.

A– Относно допустимостта на поставените въпроси

26. Латвийското правителство изразява съмнение в допустимостта на поставените от запитващата юрисдикция въпроси, доколкото в тези въпроси се посочва продажба на неоригинални лицензирани копия, а в акта за преюдициално запитване се цитират експертни становища, според които продадените копия са пиратски. Следователно поставените въпроси не били релевантни за разрешаване на спора в главното производство.

27. В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда в рамките на сътрудничеството между него и националните юрисдикции, въведено с член 267 ДФЕС, само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на делото — както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда. Следователно Съдът по принцип е длъжен да се произнесе, когато отправените въпроси засягат тълкуването на правото на ЕС***.

28. Така, отправеното от национална юрисдикция запитване може да се отхвърли само ако е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на общностното право няма никаква връзка с действителността или предмета на спора по главното производство или още когато проблемът е от хипотетично естество или ако Съдът не разполага с необходимите фактически и правни елементи, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси****.

29. В случая, както изтъква и самото латвийско правителство в съдебното заседание, квалификацията „пиратско копие“ ще зависи от отговора на Съда на поставените въпроси. Например, ако Съдът приеме, че създаването и продажбата на неоригинални материални копия при обстоятелства като в спора в главното производство не нарушават правата на възпроизвеждане и на разпространение, тези копия не би трябвало вече да се считат от националния съд за пиратски копия.

30. При тези условия преюдициалните въпроси имат пряка връзка с предмета на спора в главното производство и поради това са допустими.

Б– Относно наличието на нарушение на правото на разпространение при продажбата на неоригинални материални копия на компютърни програми

31. Сега следва да разгледаме дали член 4, буква в) от Директива 91/250 трябва да бъде тълкуван в смисъл, че при обстоятелствата, описани в точка 25 от настоящото заключение, има нарушение на изключителното право на разпространение на притежателя.

32. Според първото изречение от тази разпоредба нарушение на правото на разпространение е фактът на разпространение сред обществото на оригиналната компютърна програма или на копия от нея без съгласието на притежателя на права. В спора в главното производство е установено безспорно, че подсъдимите са продали чрез платформата за продажби онлайн на сайта www.ebay.com хиляди неоригинални копия на материален носител на компютърни програми без съгласието на притежателя на права Microsoft. Не се оспорва също така, че тези продажби представляват разпространение по смисъла на цитираната по-горе разпоредба.

33. Следователно продажбите на разглежданите в спора в главното производство копия са нарушение на правото на Microsoft на разпространение, освен ако се установи, че тези продажби са дерогация от правото на разпространение. В това отношение повечето от представените пред Съда становища разглеждат въпроса дали тези продажби попадат в обхвата на правилото за изчерпване на правото на разпространение, предвидено в член 4, буква в), второ изречение от Директива 91/250.

34. В представените пред Съда становища се разграничават три подхода към евентуалното прилагане на правилото за изчерпване по отношение на неоригинални материални копия.

*** Вж. по-специално решение от 6 октомври 2015 г., *Delvigne* (C-650/13, EU:C:2015:648, т. 36 и цитираната съдебна практика).

**** Вж. по-специално решение от 6 октомври 2015 г., *Delvigne* (C-650/13, EU:C:2015:648, т. 37 и цитираната съдебна практика).

35. Според строгия подход, защитаван от Microsoft, италианското и полското правителство, неоригинално материално копие никога не може да се ползва от изчерпването на правото на разпространение и следователно не може да бъде продавано от ползвател без разрешението на притежателя на права.

36. Според либералния подход, възприет от подсъдимите и латвийското правителство, неоригинално материално копие се ползва от изчерпването на правото на разпространение, когато са изпълнени условията, определени от Съда в решение UsedSoft****, а именно:

- притежателят е отстъпил на първоначалния приобретател срещу заплащане на определена цена, която да му позволи да получи възнаграждение, съответно на икономическата стойност на копието на произведението, което притежава, правото на използване на копието без ограничение във времето, и
- първоначалният приобретател, който предприема препродажба на неоригинално материално копие, направи неизползваемо всяко друго копие, което притежава към момента на препродажбата.

37. Според умерения подход, предложен от Комисията, възприетото от Съда в решение UsedSoft***** разрешение би могло да се прилага и по отношение на неоригиналните материални копия само в един конкретен случай, а именно, когато оригиналното материално копие е било повредено. Наистина създаването на неоригинални материални копия за цели, различни от изброените в член 5 от Директива 91/250, и по-специално с оглед тяхната препродажба, не можело да се ползва от изчерпването на правото на разпространение. Обаче създаването на неоригинално материално копие, когато оригиналното материално копие е повредено, попадало в обхвата на член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250, стига да е необходимо, за да позволи на законния приобретател да използва копието по начин, съответстващ на неговото предназначение. От това Комисията достига до извода, че препродажбата на неоригинално материално копие, създадено при такива обстоятелства, би трябвало да се ползва от изчерпването, ако са изпълнени определените в това решение условия, изложени накратко в точка 36 от настоящото заключение.

38. Струва ми се, че следните елементи са в подкрепа на строгия подход, защитаван от Microsoft, италианското и полското правителство.

39. На първо място, струва ми се, че текстът на член 4, буква в), второ изречение от Директива 91/250, който установява единствената дерогация от правото на разпространение в контекста на тази директива, е несъвместим с либералния и умерения подход по следните две съображения.

40. От една страна, текстът на тази разпоредба ограничава изчерпването само до оригиналното копие. Всъщност според тази разпоредба продажбата на копие от компютърна програма от притежателя на права или с негово съгласие „изчерпва правото на разпространение [...] върху това копие“ (курсивът е мой). Както подчертава Microsoft, употребата на израза „това копие“ изключва възможността правилото за изчерпване да се отнася за всяко друго копие, освен за оригиналното, продадено от или със съгласието на притежателя на права.

**** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

41. От друга страна, текстът на тази разпоредба не поставя изчерпването на правото на разпространение в зависимост от обстоятелството препродаващият да е направил неизползваемо всяко друго копие, което притежава, нито от обстоятелството оригиналното материално копие да е било повредено, обратно на твърденията на подсъдимите, латвийското правителство и Комисията. В действителност тази разпоредба допуска изчерпване на правото на разпространение по безусловен начин по отношение на всяко оригинално копие, продадено от или със съгласието на притежателя на права.

42. На второ място, строгият подход ми изглежда в съответствие с общата концепция на правилото за изчерпване на правото на разпространение, уредено в законодателството на Съюза в областта на авторското право, както изтъква Microsoft. По-специално разпоредба, подобна на член 4, буква в), второ изречение от Директива 91/250, е включена в член 4, параграф 2 от Директива 2001/29 относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество*****.

43. Тази разпоредба е тълкувана от Съда в решение *Art & Allposters International******. Това решение се отнася до нарушение на авторските права върху изображения на защитени произведения, които са пренесени от хартиен постер върху платно за рисуване без съгласието на притежателя на права и впоследствие продадени върху този нов носител. Съдът приема, че изчерпването на правото на разпространение, предвидено в член 4, параграф 2 от Директива 2001/29, обхваща единствено оригиналния материален носител, продаден със съгласието на притежателя на права (хартиен постер), и не може да се разпростира по отношение на новия материален носител, в който е инкорпорирано изображението на защитеното произведение (платно за рисуване).

44. За мен обстоятелството, че оригиналният материален носител е бил повреден, не подронва възприетото от Съда разрешение в решение *Art & Allposters International******. Така евентуалното повреждане на хартиения афиш не би могло да предполага, че ползвателят ще може, без това да е нарушение на правото на разпространение, да прехвърли изображението върху платно за рисуване и да го препродаде без разрешение от притежателя на права. По същия начин повреждането на една книга не дава на собственика ѝ правото да продаде фотокопии от нея, нито повреждането на винилова плоча дава право нейното съдържание да бъде прехвърлено на компактдиск и последният да бъде препродаден без разрешението на притежателя на права.

45. По аналогия от изчерпването на правото на разпространение, предвидено в член 4, буква в), второ изречение от Директива 91/250, може да се ползва само оригиналният материален носител, продаден от притежателя на права или с негово съгласие (оригинално материално копие). Обратно на твърдяното от подсъдимите, латвийското правителство и Комисията, правилото за изчерпване не би могло да се прилага по отношение на препродажбата без съгласието на притежателя на права на други материални носители, инкорпориращи компютърната програма (неоригинални материални копия), дори и в случай на повреждане на оригиналния носител.

46. На трето място, струва ми се, че либералният и умереният подход произтичат от смесване на нормите относно правото на разпространение и нормите относно правото на възпроизвеждане.

***** Директива 2001/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2001 година относно хармонизирането на някои аспекти на авторското право и сродните му права в информационното общество (ОВ L 167, стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230). Съгласно член 4, параграф 2 от нея „[п]равото на разпространение не се изчерпва в [Съюза] по отношение на оригинала или копия от произведението, освен когато първата продажба или друго прехвърляне на собствеността в [Съюза] на този обект се извършва от притежателя на права или с неговото съгласие“ (курсивът е мой).

***** Решение от 22 януари 2015 г., C-419/13, EU:C:2015:27.

***** Решение от 22 януари 2015 г., C-419/13, EU:C:2015:27.

47. Същото се отнася и за условието, според което препродавачът е длъжен да „направи неизползваемо“ всяко копие, което притежава към момента на препродажбата*****. Всъщност това задължение, посочено в точки 70 и 78 от решение UsedSoft*****, е наложено на препродавача, за да не наруши правото на възпроизвеждане. Обратно, това задължение е неотносимо за целите на установяването дали е налице нарушение на правото на разпространение.

48. Умереният подход, подкрепян от Комисията*****, също проповядва, че ползвателят, който създаде неоригинално материално копие при условията на член 5, параграф 1 или 2 от Директива 91/250, има право да разпространи това копие при определени условия.

49. Тези разпоредби установяват дерогации само от правото на възпроизвеждане. Дори да се предположи, че създаденото от ползвател копие е законно от гледна точка на условията по член 5, параграф 1 или 2 от Директива 91/250, това не предполага, че този ползвател има право да продаде това копие, без да наруши правото на разпространение. Правото за създаване на копие за собствена употреба не поражда право за продажба на това копие на трето лице.

50. На четвърто място, имам чувството, че либералният подход, защитаван от подсъдимите и латвийското правителство, и умереният подход, предложен от Комисията, биха наложили на приобретателя на неоригинално материално копие трудна, дори невъзможна за удовлетворяване доказателствена тежест.

51. Доколкото ми е известно Съдът никога не се е произнасял изрично по отношение на тежестта за доказване на изчерпването в контекста на Директива 91/250. Въпреки това, съгласно общите принципи относно тежестта на доказване, страната, която изтъква правно основание в своя защита, следва да докаже, че отговаря на предвидените за това условия. В областта на правото на търговските марки, съобразно тези принципи Съдът приема, че лицето, което се позовава на изчерпването, следва да докаже, че отговаря на предвидените за това условия*****. Не виждам никаква причина за отклонение от този подход в областта на авторските права, както се поддържа и от доктрината*****.

52. В съответствие с тези принципи приобретателят на неоригинално материално копие би трябвало да докаже, че предложените от подсъдимите, латвийското правителство и Комисията условия са изпълнени, като представи по-специално доказателства, че оригиналното копие е повредено и че препродавачът е направил неизползваемо всяко друго копие, което притежава. Според мен провеждането на такова доказване от страна на приобретателя е трудно, дори невъзможно, по-специално в рамките на дистанционни сделки като разглежданите в главното производство. Добавям, че ако приобретателят не може да докаже, че купеното копие се ползва от изчерпването, той ще бъде изложен на риск от отнемане на това незаконно копие на основание член 7, параграф 2 от Директива 91/250.

***** Вж. точка 36 от настоящото заключение.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

***** Вж. точка 37 от настоящото заключение.

***** Вж. в този смисъл решение от 20 ноември 2001 г., Zino Davidoff и Levi Strauss (C-414/99—C-416/99, EU:C:2001:617, т. 54). Съдът приема също, че членове 34 ДФЕС и 36 ДФЕС не се противопоставят на национална норма, която предвижда, че условията за изчерпването трябва да бъдат доказани от страната, която се позовава на него, освен при обстоятелства, когато такова правило позволява на притежателя на марката да сегментира националните пазари: вж. решение от 8 април 2003 г., Van Doren + Q (C-244/00, EU:C:2003:204, т. 35—42).

***** *Walter, M. M. et Von Lewinski, S. European Copyright Law: A Commentary. Oxford University Press, Oxford, 2010, № 5.4.33: „Whoever alleges that the right of distribution with regard to a specific copy is exhausted, in principle, has to bear the burden of proof according to the general rules“.* (свободен превод: „Всяко лице, което твърди, че правото на разпространение е изчерпано по отношение на конкретно копие, по принцип носи доказателствената тежест, в съответствие с общите правила“.)

53. На пето и последно място, имам чувството, че либералният подход, защитаван от подсъдимите и латвийското правителство, и умереният подход, предложен от Комисията, биха усложнили значително борбата с пиратските копия. Всъщност, както подчертава Microsoft, на практика често е невъзможно да се направи разлика между едно законно (създадено в съответствие с член 5, параграф 2 от Директива 91/250) резервно копие и пиратско копие. Следователно разрешаването на продажбата на резервни копия, както предлагат подсъдимите, латвийското правителство и Комисията, би довело до значителни практически затруднения за органите, на които е възложена борбата с пиратството.

54. Предвид всички тези съображения, аз считам, че член 4, буква в) от Директива 91/250 трябва да бъде тълкуван в смисъл, че в обстоятелствата, описани в точка 25 от настоящото заключение, има нарушение на изключителното право на разпространение на притежателя.

В— Относно наличието на нарушение на правото на възпроизвеждане в резултат на продажбата на неоригинални материални копия на компютърни програми

55. Макар изводът, че има нарушение на правото на разпространение, да може да се счита за достатъчен отговор на поставените на Съда въпроси, ми се струва важно, предвид изразените от запитващата юрисдикция съмнения и цитираните от нея разпоредби на Директива 91/250, да разгледам дали член 4, буква а) и член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250 трябва да бъдат тълкувани в смисъл, че при обстоятелствата, описани в точка 25 от настоящото заключение, е налице нарушение на изключителното право на възпроизвеждане на притежателя.

56. В спора в главното производство е безспорно установено, че подсъдимите са продали множество неоригинални материални копия на компютърни програми, които са били създадени без разрешението на притежателя на права Microsoft. Създаването на такива копия нарушава правото на възпроизвеждане на Microsoft, освен ако се докаже, че те са в рамките на дерогация от правото на възпроизвеждане.

57. Член 5 от Директива 91/250 установява две дерогации, които са потенциално релевантни в обстоятелствата по спора в главното производство и които са посочени от запитващата юрисдикция. По принцип възпроизвеждането не изисква разрешение от притежателя на права, от една страна, когато е необходимо, за да позволи на законния приобретател да използва компютърната програма в съответствие с предназначението ѝ (член 5, параграф 1 от тази директива), или, от друга страна, когато се изразява в това да бъде изготвено резервно копие, необходимо за използването ѝ (член 5, параграф 2 от посочената директива).

58. Запитващата юрисдикция е компетентна да определи дали в момента на тяхното създаване разглежданите в главното производство неоригинални материални копия наистина са били копия, необходими за ползването на програмите, или резервни копия по смисъла на тези разпоредби. Отразените в определението за преюдициално запитване фактически констатации според мен не съдържат никакви указания в тази насока.

59. Въпреки това, дори да предположим, че разглежданите неоригинални материални копия попадат в приложното поле на дерогациите по член 5 от Директива 91/250 към момента на тяхното създаване, аз считам, че тяхната последваща продажба води до загуба на благоприятните последици на тези дерогации по следните причини.

60. От една страна, от текста на член 5, параграф 1 от Директива 91/250 се установява, че неоригиналното материално копие трябва да бъде създадено от законния приобретател, за да му позволи да използва компютърната програма по начин, съответстващ на нейното предназначение. В случай на препродажба на компютърна програма този законен приобретател прехвърля правата си за използване на тази програма и трябва да преустанови нейното

използване. Ето защо той вече не може да изпълни условието неоригиналното материално копие да му позволява да използва компютърната програма по начин, съответстващ на нейното предназначение. Както изтъква Комисията, терминът „използване“, съдържащ се в тази разпоредба, не би могъл да се тълкува в смисъл, че включва създаването на неоригинални материални копия с цел препродажбата им.

61. От друга страна, член 5, параграф 2 от Директива 91/250 предполага, че лицето, което има право да използва програмата, прави резервно копие, „доколкото това е необходимо за използването“. В случай на препродажба на компютърната програма държателят отново ще трябва да преустанови използването ѝ и няма вече да отговаря на това условие.

62. От гореизложеното следва, че продажбата на неоригинално материално копие — което по презумпция не е разрешено от притежателя на права, ще доведе до нарушение на правото на възпроизвеждане поради погасяването на благоприятното действие на дерогациите по член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250, както изтъкват Microsoft и италианското правителство.

63. Според мен точки 70 и 78 от решение UsedSoft ***** са в подкрепа на това тълкуване, тъй като Съдът приема, че за да не наруши правото на възпроизвеждане, препродавачът трябва да направи неизползваемо всяко копие, което притежава, освен препродаваното копие. Според мен всъщност копията, които трябва да направи неизползваеми, включват по-специално копията, създадени от препродавача в съответствие с член 5, параграф 1 или 2 от Директива 91/250.

64. В писмените си становища подсъдимите твърдят, че са купили всички разглеждани в главното производство копия от компютърни програми от предприятия или частни лица, които вече не ги използват.

65. Очевидно не Съдът, а запитващата юрисдикция трябва да се произнесе по този въпрос от фактическо естество. Ако бъде доказано, че подсъдимите действително са продавали неоригинални материални копия, създадени от трети лица, не би могло да им бъде вменено нарушение на самото право на възпроизвеждане, предвидено в член 4, буква а) от Директива 91/250.

66. В такава хипотеза за подсъдимите обаче би могъл да се прилага член 7, параграф 1, буква а) или б) от Директива 91/250. В това отношение запитващата юрисдикция следва да определи дали подсъдимите отговарят на условията, наложени в тези разпоредби, и по-специално дали са знаели или са имали основание да предполагат, че разглежданите в главното производство копия са били незаконни.

67. Допълвам, че незаконните копия на компютърна програма могат да бъдат отнети съгласно законодателството на съответната държава членка при прилагане на член 7, параграф 2 от Директива 91/250.

68. Предвид гореизложеното считам, че член 4, буква а) и член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250 трябва да бъдат тълкувани в смисъл, че в обстоятелства като изложените в точка 25 от настоящото заключение е налице нарушение на изключителното право на възпроизвеждане на притежателя.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

Г– Относно значението на решение *UsedSoft* в рамките на настоящото дело

69. В своите становища подсъдимите, латвийското правителство и Комисията извличат доводи от множество пасажи от решение *UsedSoft* ***** . Запитващата юрисдикция също си поставя въпроси за релевантността на това решение при обстоятелствата в главното производство.

70. След като разгледах наличието на нарушение на правото на разпространение и на правото на възпроизвеждане в обстоятелства като тези в главното производство, намирам, че е важно също така да изложа причините, поради които считам, че това решение е релевантно в ограничена степен за настоящото дело.

71. Припомням, това решение се отнася до препродажба от страна на *UsedSoft* на употребявани лицензи за използване, отнасящи се до нематериални копия от компютърна програма, които са изтеглени от интернет страницата на притежателя на права *Oracle*. Последният се противопоставя на такава препродажба, като по-специално изтъква, че правилото за изчерпване на правото на разпространение не се отнася до такива нематериални копия ***** .

72. Съдът приема, че правилото за изчерпване се отнася както до материалните, така и до нематериалните копия на дадена компютърна програма ***** . Що се отнася конкретно до нематериалните копия, Съдът уточнява, че изчерпването се отнася и до нематериално копие, изтеглено от интернет, когато носителят на авторското право е разрешил — срещу заплащането на цена, която му позволява да получи възнаграждение, съответстващо на икономическата стойност на копието на произведението, на което е собственик — право на използване на това копие без ограничение във времето ***** .

73. Освен това, с оглед запазване на полезното действие на правилото за изчерпване, Съдът приема, че в дерогация от изключителното право на притежателя на възпроизвеждане вторият приобретател на такова нематериално копие има право да създаде копие на своя компютър с цел използването на програмата по начин, съответстващ на нейното предназначение при прилагане на член 5, параграф 1 от Директива 91/250 ***** .

74. Според мен разрешението, възприето от Съда в това решение, е било продиктувано от желанието да бъде запазено полезното действие на изчерпването на правото на разпространение, като се разшири приложното му поле спрямо нематериалните копия на компютърни програми. Обратното разрешение всъщност би насърчило притежателите на права да разпространяват своите компютърни програми в нематериална форма с цел заобикаляне на правилото за изчерпване.

75. Обстоятелствата по спора в главното производство се различават чувствително от тези, по които е постановено решение *UsedSoft* ***** .

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

***** Решение от 3 юли 2012 г., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, т. 53).

***** Решение от 3 юли 2012 г., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, т. 59).

***** Решение от 3 юли 2012 г., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, т. 72).

***** Решение от 3 юли 2012 г., *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, т. 83 и 88).

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

76. От една страна, в предоставената на Съда в настоящото дело преписка няма никакви данни, които да навеждат на мисълта, че подсъдимите са продавали лицензи за използване, отнасящи се до нематериални копия, каквито са предмет на решение UsedSoft *****. Напротив, безспорно е установено, че спорът в главното производство се отнася до неоригинални *материални* копия на компютърни програми.

77. От друга страна, мотивите, поради които Съдът е достигнал до приетото в това дело разрешение, не могат да се приложат в настоящия случай. Всъщност в „по-класическия“ контекст на оригинални материални копия, продавани със съгласието на притежателя на права, няма особен риск за полезното действие на правилото за изчерпване на правото на разпространение. В това отношение подчертавам, че Microsoft не оспорва, че оригиналните материални копия на тези компютърни програми, продавани от него или с негово разрешение, се ползват от изчерпване на правото на разпространение. Така за разлика от Oracle по дело UsedSoft ***** Microsoft не се противопоставя на възникването на пазар за продажба на използвани оригинални копия, а на възникването на пазар за продажба на използвани неоригинални копия, създадени и продавани без негово съгласие.

78. Като се имат предвид тези различия между обстоятелствата в настоящото дело и тези, при които е постановено решение UsedSoft ***** , аз считам, че това решение е релевантно за настоящото дело само в ограничена степен. Както основателно изтъква Комисията, в това решение Съдът просто не е разглеждал въпроса относно препродажбата на неоригинални материални копия.

79. Значението на това уточнение не е само теоретично. Всъщност от него следва, че възприетото в това решение разрешение, което определя условията, при които препродажбата на нематериално копие не нарушава правото на разпространение, не може да се приложи по аналогия при обстоятелства като тези в главното производство, обратно на твърденията на подсъдимите, латвийското правителство и Комисията ***** .

80. За да обобщя, възприетото в решение UsedSoft ***** разрешение се отнася само до специфичната хипотеза на продажба на лицензи за използване, отнасящи се до нематериални копия на компютърни програми, която не е била изрично предвидена от законодателя на Съюза при приемането на Директива 91/250. Извън тази специфична хипотеза следва да се приложат по класическия начин разпоредбите, уреждащи изключителните права на възпроизвеждане и на разпространение, и по-специално членове 4 и 5 от Директива 91/250.

Д– Относно практическите последици на предлагания подход

81. Практическите последици на подхода, който предлагам на Съда, са следните.

82. Когато оригиналното копие на компютърна програма, продадена от или със съгласието на притежателя на права, е инкорпорирано в материален носител, правилото за изчерпване на правото на разпространение се отнася само до това оригинално материално копие. От друга страна, препродавачът на такова копие е длъжен да направи неизползваемо всяко друго копие,

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

***** Вж. точки 36 и 37 от настоящото заключение.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.

което притежава, за да не наруши правото на възпроизвеждане. Следователно този подход би представлявал правна пречка за появата на пазар за използвани неоригинални материални копия на компютърни програми, но няма да попречи на появата на пазар за използвани оригинални копия.

83. Когато оригиналното копие не е инкорпорирано в материален носител, следва да се приложи разрешението, възприето от Съда в решение *UsedSoft* *****, за да бъде запазено полезното действие на правилото за изчерпване. Така правото на разпространение върху нематериалното копие се изчерпва, ако притежателят на права е предоставил — срещу заплащането на цена, която му позволява да получи възнаграждение, съответстващо на икономическата стойност на копието на произведението, на което е собственик, право на използване на това копие без ограничение във времето (точка 72). Освен това препродавачът е длъжен да направи неизползваемо всяко друго копие, което притежава, за да не наруши правото на възпроизвеждане (точки 70 и 78). Това разрешение позволява възникването на пазар за използвани нематериални копия на компютърни програми.

VI – Заключение

84. Предвид всички гореизложени съображения предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси на Rīgas argabaltiesas Kriminālietu tiesu kolēģija (Окръжен съд Рига, наказателно отделение), както следва:

„Член 4, букви а) и в) и член 5, параграфи 1 и 2 от Директива 91/250/ЕИО на Съвета от 14 май 1991 година относно правната защита на компютърните програми, изменена с Директива 93/98/ЕИО на Съвета от 29 октомври 1993 година за хармонизиране на срока за закрила на авторското право и някои сродни права, трябва да бъдат тълкувани в смисъл, че е налице нарушение на изключителните права на възпроизвеждане и на разпространение на притежателя, когато ползвател създаде без съгласието на притежателя на права копие на компютърна програма на материален носител, различен от оригиналния, и това копие бъде продадено от този или от друг ползвател без разрешение на притежателя на права, дори когато:

- оригиналният материален носител е повреден и
- продавачът на посоченото копие направи неизползваемо всяко друго копие, което притежава“.

***** Решение от 3 юли 2012 г., C-128/11, EU:C:2012:407.