



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н У. ВОТ
представено на 24 април 2012 година¹

Дело C-128/11

**Axel W. Bierbach, синдик на UsedSoft GmbH
срещу
Oracle International Corp.**

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesgerichtshof (Германия))

„Правна закрила на компютърните програми — Директива 2009/24/ЕО — Търговия с използван софтуер, изтеглен от интернет — Изчерпване на правото на разпространение“

1. Настоящото преюдициално запитване се отнася до тълкуването на член 4, параграф 2 и член 5, параграф 1 от Директива 2009/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 април 2009 година относно правната закрила на компютърните програми².

2. Въпросите са поставени във връзка със спор между UsedSoft GmbH, представлявано от Axel W. Bierbach, в качеството му на синдик на това дружество³, и Oracle International Corp.⁴ в резултат на предлагането на пазара от UsedSoft на „използван“ софтуер на Oracle.

I – Правна уредба

A – Международно право

3. Световната организация за интелектуална собственост (СОИС) приема на 20 декември 1996 г. в Женева Договора на СОИС за авторското право. Този договор е одобрен от името на Европейската общност с Решение 2000/278/ЕО на Съвета от 16 март 2000 година⁵.

4. Съгласно член 4 от посочения договор компютърните програми се закрилят като литературни произведения по смисъла на член 2 от Бернската конвенция. Тази закрила се прилага към компютърните програми, независимо от начина или формата на тяхното външно изразяване.

¹ — Език на оригиналния текст: френски.

² — ОВ L 111, стр. 16.

³ — Наричано по-нататък „UsedSoft“.

⁴ — Наричано по-нататък „Oracle“.

⁵ — ОВ L 89, стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 20, стр. 212).

5. Член 6 от Договора на СОИС за авторското право, озаглавен „Право на разпространение“, предвижда:

„1. Авторите на литературни и художествени произведения имат изключителното право да разрешават предоставянето на неограничен кръг от лица на оригинала или екземпляри от своите произведения чрез продажба или друго прехвърляне на собственост.

2. Никоя разпоредба на настоящия договор не ограничава възможността на договарящите се страни да определят евентуални условия, при които правото по параграф 1 се погасява след първата продажба или друга сделка, с която се прехвърля собствеността върху оригинала на произведението или екземпляр от него със съгласието на автора“.

6. В съвместната декларация по членове 6 и 7 относно Договора на СОИС за авторското право се посочва:

„Изразите „екземпляри“ и „оригинал и екземпляри“, като предмет на правото на разпространение и правото на отдаване под наем, предвидено в посочените членове, се отнасят изключително до записани екземпляри, които могат да бъдат пуснати в оборот като материални предмети“.

Б – Право на Съюза

1. Директива 2009/24

7. Директива 2009/24 кодифицира Директива 91/250/ЕИО на Съвета от 14 май 1991 година относно правната защита на компютърните програми⁶.

8. Съгласно член 1, параграф 1 от Директива 2009/24 „държавите членки закрилят с авторско право компютърните програми като литературни произведения по смисъла на Бернската конвенция за закрила на литературните и художествените произведения“.

9. Член 4 от тази директива, озаглавен „Ограничени действия“, гласи:

„1. При спазване на разпоредбите на членове 5 и 6 изключителните права на носителя на правата 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 налагат такова възпроизвеждане, тези действия изискват разрешението на носителя на правата;
- б) превеждането, адаптирането, обработката и всякакво друго изменение на компютърна програма и възпроизвеждането на съответните резултати, без да се накърняват правата на лицето, което изменя програмата;
- в) всяка форма на публично разпространение, включително отдаването под наем, на оригинална компютърна програма или на копия от нея.

⁶ — ОВ L 122, стр. 42; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 114.

2. Първата продажба в [Европейския съюз] на копие от програмата от носителя на правата или с негово съгласие изчерпва правото на разпространение в [Съюза] върху това копие, с изключение на правото на контрол върху по-нататъшното отдаване под наем на програмата или на копие от нея“.

10. Член 5 от посочената директива, озаглавен „Изключения от ограничените действия“, предвижда в параграф 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. Директива 2001/29

11. Съображения 28 и 29 от 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 общество⁷ гласят:

„(28) Закрилата на авторското право съгласно настоящата директива включва изключителното право върху контрола на разпространението на произведение върху материализиран носител. Първата продажба в [Съюза] на оригинала на произведение или на копия от него от притежателя на правото или с негово съгласие изчерпва правото на контрол върху препродажбата на този предмет в [Съюза]. Това право следва да не се изчерпва по отношение на оригинала или на копия от него, продадени от притежателя на правото или с негово съгласие извън [Съюза]. Правото на [...] отдаване под наем [и правото на отдаване в заем] за автори са установени в Директива 92/100/ЕИО [8]. Правото на разпространение, предвидено в настоящата директива, не накърнява разпоредбите, отнасящи се до правото на [...] отдаване под наем и [правото на отдаване в заем], съдържащи се в глава I от посочената директива.

(29) Въпросът за изчерпване на правото не възниква в случая на услуги, и по-специално на онлайн услуги. Това също се прилага за материализирано копие на произведение или друг обект, [изготвен] от ползвател на такава услуга със съгласието на притежателя на право[то]. Следователно същото се отнася до [...] отдаването под наем [и в заем] на оригинала и на копията на произведения или друг обект, които са услуги по своята същност. За разлика от CD-ROM или CD-I, при които интелектуалната собственост е включена в материалния носител, а именно стока, всяка онлайн услуга е в действителност акт, който следва да подлежи на разреш[ение], когато авторското право или сродните му права предвиждат това“.

12. Член 3 от Директива 2001/29, озаглавен „Право на публично разгласяване на произведения и право на предоставяне на публично разположение на други закриляни обекти“, гласи:

„1. Държавите членки предоставят на авторите изключително право да разрешават или забраняват публичното разгласяване на техни произведения по жичен или безжичен път, включително предоставяне на публично разположение на техни произведения по такъв начин, че всеки може да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него.

7 — ОВ L 167, стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 230.

8 — Директива на Съвета от 19 ноември 1992 година относно правото на отдаване под наем и в заем и относно някои права, сродни на авторското право в областта на интелектуалната собственост (ОВ L 346, стр. 61; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 120).

[...]

3. Правата, посочени в параграфи 1 и 2, не се изчерпват чрез акт на публично разгласяване или предоставяне на публично разположение, както е определено в настоящия член“.

13. Съгласно член 4 от тази директива, озаглавен „Право на разпространение“:

„1. Държавите членки предвиждат за авторите по отношение на оригинала на техните произведения или на техни копия изключителното право да разрешават или забраняват всякаква форма на публично разпространяване чрез продажба или по друг начин.

2. Правото на разпространение не се изчерпва в [Съюза] по отношение на оригинала или копия от произведението, освен когато първата продажба или [първото] друго прехвърляне на собствеността в [Съюза] на този обект се извършва от притежателя на права или с неговото съгласие“.

В – Национално право

14. Членове 69с и 69d от Закона за авторското право и сродните права (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte) от 9 септември 1965 г.⁹, в редакцията му, приложима към момента на настъпване на фактите в спора по главното производство (наричан по-нататък „UrhG“), транспонират във вътрешното право, първият — член 4 от Директива 2009/24 и член 3 от Директива 2001/29, а вторият — член 5 от Директива 2009/24.

15. Член 69с от UrhG установява:

„Притежателят на правото има изключителното право да извършва или да разрешава:

1. постоянното или временното възпроизвеждане на компютърна програма по какъвто и да е начин и в каквато и да е форма, изцяло или отчасти. Когато зареждането, изобразяването на екран, изпълняването, предаването на разстояние или съхраняването на компютърната програма налагат такова възпроизвеждане, тези действия изискват разрешението на носителя на правото;

2. превеждането, адаптирането, обработката и всякакво друго изменение на компютърна програма и възпроизвеждането на съответните резултати. Правата на лицето, което изменя програмата, са запазени;

3. всяка форма на пускане в обращение, включително отдаването под наем, на оригинална компютърна програма или на копия от нея. Ако копие от компютърна програма е пуснато в обращение чрез отчуждаване на територията на [на Съюза] или на друга държава, страна по споразумението за Европейското икономическо пространство [от 2 май 1992 г.¹⁰], с разрешение на притежателя на право, правото на пускане в обращение на това копие, с изключение на правото на отдаване под наем, е изчерпано;

4. всяко публично разгласяване на компютърна програма, по жичен или безжичен път, включително предоставяне на публично разположение на тази програма по такъв начин, че всеки да може да има достъп до тях от място и във време, самостоятелно избрани от него“.

9 — BGBl. 1965 I, стр. 1273.

10 — ОВ L 1, 1994 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., глава 17, том 1, стр. 146.

16. Член 69d, параграф 1 от UrhG предвижда:

„При липсата на специални договорни клаузи действията, посочени в член 69с, точки 1 и 2, не изискват разрешението на притежателя на право, когато те са необходими за използването на копие от компютърната програма в съответствие с нейното предназначение от всяко лице, което има разрешение за това, включително за отстраняване на грешки“.

II – Фактите и главното производство

17. Oracle разработва и разпространява компютърен софтуер. То притежава изключителните авторски права на използване на тези програми, както и германските словни марки и марки на Общността „Oracle“, които наред с другото са регистрирани за компютърен софтуер.

18. Oracle разпространява своя софтуер в 85 % от случаите чрез изтегляне от интернет. Клиентът изтегля софтуера непосредствено от интернет страницата на Oracle на своя компютър. При програмите става въпрос за т.нар. софтуер клиент-сървър. Правото на използване по отношение на тях обхваща правото на постоянно съхраняване на софтуера на сървър и на предоставяне на достъп на определен брой потребители чрез изтеглянето на софтуера в централната памет на техните стационарни компютри. В рамките на договор за поддръжка от интернет страницата на Oracle могат да бъдат изтеглени актуализирани версии на софтуера (updates) и програми за коригиране на грешките (patches).

19. Лицензионните договори на Oracle съдържат под заглавие „Предоставяне на права“ следната клауза:

„Заплащането на услугите дава на клиента безсрочно, неизключително, непрехвърливо и безвъзмездно право на използване с вътрешна търговска цел на всички стоки и услуги, разработвани от Oracle и предоставяни на разположение на този клиент въз основа на настоящия договор“.

20. UsedSoft, което търгува с „използвани“ лицензи за софтуер, предлага през октомври 2005 г. „вече използвани“ лицензи на Oracle, като отбелязва, че те били актуални, тъй като подписаният от първоначалния лицензополучател договор за поддръжка с Oracle все още пораждал действие и правомерността на продажбата била потвърдена чрез нотариално заверено удостоверение.

21. Клиентите на UsedSoft, които все още не притежават съответния софтуер на Oracle, изтеглят този софтуер непосредствено от интернет страницата на Oracle след придобиването на „използван“ лиценз. Клиентите, които вече разполагат с посочения софтуер и допълнително закупуват лицензи за допълнителни потребители, изтеглят софтуера в централната памет на стационарните компютри на тези други потребители.

22. След като Oracle предявява иск за преустановяване на тези практики пред Landgericht München I, тази юрисдикция уважава искането му. Тъй като подадената от UsedSoft въззивна жалба срещу решението е отхвърлена, дружеството подава ревизионна жалба пред Bundesgerichtshof (Германия).

III – Преюдициалните въпроси

23. Bundesgerichtshof решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) Има ли качеството „законен приобретател“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2009/24[...] лицето, което може да се позовава на изчерпване на правото на разпространение на копие от компютърна програма?
- 2) При утвърдителен отговор на първия въпрос: изчерпва ли се правото на разпространение върху копие от компютърна програма по смисъла на член 4, параграф 2 [...] от Директива 2009/24[...], когато приобретателят изготви копието с разрешението на носителя на правата чрез изтегляне на програмата от интернет върху носител на данни?
- 3) При утвърдителен отговор и на втория въпрос: може ли и лице, което е придобило „използван“ лиценз за софтуер за изготвянето на копие от програма в качеството му на „законен приобретател“ съгласно член 5, параграф 1 и член 4, параграф 2 от Директива 2009/24[...], да се позове на изчерпване на правото на разпространение върху копието от компютърната програма, изготвено от първия приобретател с разрешението на носителя на правата чрез изтегляне на програмата от интернет върху носител на данни, когато този първи приобретател е изтрил своето копие от програмата или не го използва повече?“.

IV – Моите съображения

A – Предварителни бележки

24. Запитващата юрисдикция приема за дадено, че като изтеглят компютърни програми от интернет страницата на Oracle или от носител на данни в централната памет на допълнителни компютри, клиентите на UsedSoft извършват действия на възпроизвеждане по смисъла на член 4, параграф 1, буква а) от Директива 2009/24, които засягат изключителното право на разпространение на Oracle. От друга страна, тъй като в условията на лиценза на Oracle се уточнява, че правото на използване е „непрехвърлимо“, Bundesgerichtshof отбелязва, че клиентите на Oracle не могат валидно да прехвърлят правото на възпроизвеждане в полза на UsedSoft, което поради това не може да го прехвърли на собствените си клиенти.

25. Оттук запитващата юрисдикция стига до извода, че разрешаването на спора зависи от това дали клиентите на UsedSoft могат да се позоват на член 69d, параграф 1 от UrhG, който транспонира член 5, параграф 1 от Директива 2009/24 в германското право, като освобождава от получаване на разрешение от притежателя на правото възпроизвеждането, необходимо за използване на компютърната програма от законния приобретател съгласно нейното предназначение.

26. Според запитващата юрисдикция този въпрос се подразделя на три подвъпроса, първият от които се отнася до качеството „законен приобретател“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2009/24 на лицето, което може да се позове на изчерпване на правото на разпространение, вторият — до това дали е налице изчерпване на правото на разпространение в случай на изтегляне на копие от програмата от интернет с разрешението на носителя на правото, и третият — до възможността за получателя на използван лиценз да се позове на това изчерпване, когато първият приобретател е изтрил копието си или не го използва повече.

27. Въпреки че запитващата юрисдикция поставя втория въпрос само в случай на утвърдителен отговор на първия, считам, че най-напред следва да се отговори на него. Всъщност, преди да се провери дали лицето, което може да се позовава на изчерпване на правото на разпространение, може да се квалифицира като „законен приобретател“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2009/24, трябва също да се установи дали изтеглянето на програмите на Oracle от лице, пребиваващо на територията на Съюза, води до „общностното“ изчерпване на правото на разпространение върху тези програми съгласно член 4, параграф 2 от тази директива. Струва ми се, че първо трябва да се отговори на този въпрос, който е свързан с прилагането или неприлагането на принципа на изчерпване на правата по отношение на изтеглянето от интернет.

28. След това ще разгледам заедно първия и третия въпрос, които се отнасят до това дали приобретателят на използван лиценз може на основание на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 във връзка с член 5, параграф 1 от тази директива да се позове на изчерпване на правото на разпространение върху изтегленото от първия приобретател копие от компютърната програма, за да изготви ново копие на програмата като законен приобретател, когато първият приобретател е изтрил своето копие или вече не го използва.

Б – По втория въпрос

29. Запитващата юрисдикция иска да установи по същество дали правото на разпространение върху копие от компютърна програма е изчерпано по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24, когато приобретателят изготви копието с разрешението на носителя на правото чрез изтегляне на програмата от интернет върху носител на данни?

1. Становищата на страните в главното производство, на правителствата и на Европейската комисия

30. UsedSoft преди всичко изтъква, че текстът на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 позволява правилото за изчерпване на правата да се приложи по отношение на прехвърлянето на софтуер онлайн, тъй като, от една страна, изразът „копие от програма“ можел да се разглежда като отнасящ се до начина, по който приобретателят може да запише програмата, и от друга страна, изразът „първа продажба“ не предполагал прехвърляне на собственост под формата на предаване на носител, тъй като било важно по-скоро да се постигне крайната икономическа цел на операцията, която е програмата да стане трайно използвана. Като поддържа, че независимо от предаването на носител продажбата се характеризирала с предоставянето на разположение на безсрочно право на използване срещу еднократно заплащане на цена, UsedSoft твърди, че съгласно текста на Директива 2009/24 изчерпването на правото на разпространение настъпвало в момента, в който клиентът на Oracle изготви копието със съгласието на притежателя на правото чрез изтегляне на програмата върху носител на данни.

31. UsedSoft добавя, че това тълкуване, основано на текста на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24, се подкрепяло от целта на правилото за изчерпване на правата, която се състои в постигането на баланс между икономическите интереси на автора, що се отнася до използването на неговите произведения, и интереса на свободното движение на стоки и услуги. Като смята, че в случай на постоянно предоставяне на разположение на софтуер срещу заплащане на цена притежателят на правото има възможност за търговско използване на творческата си работа чрез продажба на закрилияния обект, UsedSoft приема, че този автор не може да решава дали да се приложи, или да не се приложи принципът на изчерпване на правата, като избира между двата начина на разпространение, които обаче са напълно еднакви от икономическа гледна точка. Ако случаят беше такъв, това би довело до монопол върху

разпространението, който правилото за изчерпване на правата именно имало за цел да избегне. Дори да се предположи, че операцията трябва да се квалифицира като предоставяне на услуги, принципът на изчерпване на правата трябвало да остане приложим, тъй като свободното предоставяне на услуги също е част от основните принципи на Съюза.

32. UsedSoft уточнява, че Съдът отхвърлял прилагането на принципа на изчерпване на правата по отношение на типичните форми на нематериално използване, като правата на представяване, на изпълнение или на излъчване, не поради тяхната нематериалност, а защото тези права са основание за плащането на възнаграждение за всяко използване и следователно икономическите интереси на автора не били удовлетворени при първото пускане в обращение.

33. UsedSoft твърди, че никакъв довод в обратен смисъл не може да се изведе от член 3, параграф 3 от Директива 2001/29 или от съображение 29 на тази директива, които се отнасяли само до особената хипотеза на осигуряване на услуги за отделно използване само за времето на свързването със сървъра на автора. За разлика от осигуряването за постоянно използване срещу еднократно заплащане на цена, тези услуги, замислени да бъдат предмет на повторяеми възмездни престации, не позволявали да се удовлетворят икономическите интереси на притежателя на правото от момента на първата престация.

34. Oracle смята, че изтеглянето на компютърни програми не представлява продажба, тъй като възнаграждението не се искало за самото изтегляне на програмата, а се заплащало въз основа на лицензионния договор като насрещна престация за предоставеното с този договор право на използване. Впрочем, когато е сключен договор за поддръжка, първият приобретател не бил в състояние да препродаде първоначално изтеглената версия, а само различна, допълнена и актуализирана версия.

35. Като се позовава на практиката на Съда, по-специално на Решение от 9 ноември 2004 г. по дело *The British Horseracing Board* и др.¹¹, на съвместните декларации относно Договора на СОИС за авторското право, както и на доклада на Комисията до Съвета, до Европейския парламент и до Икономическия и социален комитет за прилагането и действието на Директива 91/250 от 10 април 2000 година¹², Oracle добавя, че изчерпване на правото на разпространение можело да има само в случай на прехвърляне на собствеността върху материален обект, което изключвало напълно нематериалната операция на изтегляне. Според това дружество „копие от програма“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 можело да бъде само материално благо, а именно „стока“. Това схващане съответствало на смисъла на принципа на изчерпване на правата и на неговата цел да се осигури свободното движение на физически копия, пуснати преди това в обращение със съгласието на притежателя на правата, а не да се даде възможност за пускане в обращение на копия, изготвени от самия ползвател.

36. Във всеки случай Oracle отбелязва, че дори на този въпрос да се даде утвърдителен отговор, изчерпването на правото на разпространение в резултат на изтеглянето на програмата не разрешавало на първия приобретател да прехвърли копие върху друг носител. То му позволявало само да предаде физически самия носител, което например налагало демонтиране на диска, върху който той е изтеглил програмата.

37. Oracle уточнява, че не следва да се прави разлика дали компютърната програма е получена чрез придобиване на CD-ROM, или чрез изтегляне онлайн, тъй като и в двата случая използването на копие от програмата предполага сключване на лицензионен договор.

11 — C-203/02, Recueil, стр. I-10415, точки 58 и 59.

12 — COM(2000) 199 окончателен.

38. Испанското и френското правителство, Ирландия, както и италианското правителство поддържат, че правото на разпространение върху компютърна програма е изчерпано едва когато копие от тази програма е пуснато в обращение чрез записването му на материален носител. Френското правителство, Ирландия и италианското правителство основават този довод на законодателния контекст, в светлината на който трябва да се тълкува Директива 2009/24 и по-специално на Директива 2001/29.

39. Ирландия отбелязва освен това, че дори предоставеният от притежателя на правото лиценз да се квалифицира като продажба, копията, за които е издаден лицензът, не са тези, които са изтеглени или прехвърлени от вторичните приобретатели. Тя припомня, че правилото за изчерпване на правата, което е установено в рамките на свободното движение на стоки, не води до изчерпване на правото на разпространение на притежател на патент по отношение на други партии, освен пуснатите на пазара с негово съгласие. Като се позовава на Решение от 9 юли 1985 г. по дело *Pharmon*¹³, Ирландия смята, че случаят по настоящото дело е подобен на положението, при което стоките са пуснати на пазара въз основа на задължителен лиценз. Тя добавя, че ако се разреши използването на лицензи без съгласието на притежателя на правото, това би могло да възпрепятства нововъведенията и да засегне законните интереси на автора на програмата.

40. Към доводите, основани на законодателния контекст в правото на Съюза, френското правителство добавя съображения, изведени от международното право и практиката на Съда¹⁴. То изтъква, че в случай на изтегляне не може да има изчерпване на правата, тъй като става въпрос за предлагане на онлайн услуга, и обръща внимание, че договорът за поддръжка явно спада към предоставянето на услуги.

41. Италианското правителство, което смята, че следва да се прави разлика между положението на собственика на копие на софтуера и статута на ползвател, оправомощен да използва софтуера по силата на лиценз, изтъква, че доколкото при онлайн предаването на електронно копие на софтуер правото на разпространение не е относимо, ограничението поради изчерпване на правото на разпространение не намира приложение. То счита, че по-различен подход би ограничил закрилата на софтуера според правото на Съюза.

42. Комисията, която припомня, че спорът се отнася по същество до това дали препродажбата на компютърна програма е разрешена и дали правата на притежателя са изчерпани, когато компютърната програма е пусната на пазара, за да бъде изтеглена от сървър при условия, които ограничават правото на ползвателя да прехвърли програмата на трето лице, смята, че не само от съображение 28 на Директива 2001/29, но и от член 4 от тази директива във връзка с член 8 от Договора на СОИС за авторското право и от съвместните декларации относно този договор, чието транспониране е една от целите на Директива 2001/29, следва, че въпреки формулировката си член 4, параграф 1, буква в) от Директива 2009/24 не обхваща разпространението на произведение, което не е върху материализиран носител, попадащо само в приложното поле на член 3, параграф 1 от Директива 2001/29. Член 3, параграф 3 от тази директива обаче определял, че правото на предоставяне на публично разположение по член 3, параграф 1 от директивата не се изчерпва, а нейното съображение 29 освен това потвърждавало, че въпросът за изчерпването на правата като цяло не възниква за услуги, и по-специално за онлайн услуги.

¹³ — 19/84, Recueil, стр. 2281.

¹⁴ — По-конкретно Решение от 28 април 1998 г. по дело *Metronome Musik* (C-200/96, Recueil, стр. I-1953).

2. Моите съображения

43. Установеният в германското и американското право принцип на изчерпване на правата¹⁵ има за цел постигането на баланс между необходимата закрила на правата на интелектуална собственост, които по принцип предоставят на техните притежатели монопол върху използването им, и изискванията на свободното движение на стоки. Този принцип, който ограничава изключителното право на притежателя на интелектуална собственост до първото пускане в обращение на стоката, за която се отнася разглежданото право, е „израз [...] на правната идея, че [това] право [...] не допуска да се възпрепятства разпространението на автентична стока след предлагането ѝ на пазара“¹⁶.

44. Целта за постигането на пространство без вътрешни граници е причина Съдът да включи това правило в правния ред на Съюза. В Решение от 8 юни 1971 г. по дело *Deutsche Grammophon*¹⁷ той посочва, че „упражняването от страна на производител на звукови носители на изключителното право да пуска в обращение обектите, ползващи се от закрила съгласно законодателството на държава членка, за да забрани пускането на пазара в тази държава на стоки, които са пласирани от него или с неговото съгласие в друга държава членка, единствено с довода, че това пускане в обращение не е настъпило на територията на първата държава членка, противоречи на правилата, които предвиждат свободното движение на стоки в рамките на общия пазар“.

45. Съгласно правилото за изчерпване на правата притежателят на правото на интелектуална собственост, който е пуснал в обращение стоки на територията на държава членка, губи възможността да се позове на монопола си на използване, за да се противопостави на техния внос в друга държава членка. От икономическа гледна точка това правило се обосновава със съображението, че притежателят на паралелни права не трябва да извлича прекомерна полза от използването на своето право, какъвто би бил случаят, ако при всяко преминаване на вътрешна граница на Съюза той можеше да се ползва от предоставеното му от това право икономическо предимство.

15 — По възникването и обосноваването на принципа вж. Castell, B. *L'«épuisement» du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*. PUF, Paris, 1989.

16 — Вж. Beier, F.-K. *La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux*. — *Journal du droit international*, 1971, стр. 5, по-специално стр. 14.

17 — 78/70. Recueil, стр. 487.

46. Установен от съдебната практика, принципът на изчерпване на правата е възприет от законодателя на Съюза, който се позовава на него в няколко директиви, по-конкретно за марките¹⁸, базите данни¹⁹, сортовете растения²⁰, правото на отдаване под наем и в заем на защитени произведения²¹, авторското право и сродните права в информационното общество и компютърните програми. Въпреки че значителната по обем практика на Съда в тази област формира „докрината на общностното изчерпване на правата“, която може да се приложи по един и същ начин по отношение на всички права на интелектуална собственост, това не променя факта, че условията за прилагане и обхвата на правилото могат значително да се различават в зависимост от особеностите на всяко разглеждано право на интелектуална собственост и от конкретните разпоредби, които го уреждат.

47. Що се отнася по-специално до компютърните програми, правилото за изчерпване на правата е предвидено в член 4 от Директива 2009/24, който се основава на текста на член 4 от Директива 91/250, като разделя този член на два отделни параграфа.

48. Докато в член 4, параграф 1 от Директива 2009/24 сред изключителните права на автора на програмата се отграничават правото на постоянно или временно възпроизвеждане, правото на изменение и правото да се извършва или да се разрешава „всяка форма на публично разпространение, включително отдаването под наем, на оригинална компютърна програма или на копия от нея“, в член 4, параграф 2 от тази директива се уточнява, че изчерпването на правата се прилага само по отношение на правото на разпространение, с изключение на „правото на контрол върху по-нататъшното отдаване под наем“. От тези разпоредби се установява, че само правото на разпространение подлежи на изчерпване, но не и правото на възпроизвеждане или на изменение. Освен това макар правото на разпространение да е определено широко, само една форма на разпространение, продажбата, води до задействане на правилото за изчерпване на правата, въпреки че веднъж приложимо, това правило поражда действието си по отношение на всяка форма на разпространение, с изключение на отдаването под наем.

18 — Директива 2008/95/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 октомври 2008 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно марките (ОВ L 299, стр. 25). Член 7 от Директива 2008/95 предвижда:

„1. Марката не дава право на притежателя да забрани използването ѝ във връзка със стоки, които са пуснати на пазара в [Съюза] с тази марка от самия притежател или с негово съгласие.

2. Параграф 1 не се прилага, когато притежателят има основателни причини да се противопостави на последващи продажби на стоките, особено когато тяхното състояние е променено или влошено след пускането им на пазара“.

19 — Директива 96/9/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 март 1996 година за правна закрила на базите данни (ОВ L 77, стр. 20; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 17, стр. 102). Член 5, буква в), второ изречение от Директива 96/9 гласи, че „[п]ървата продажба на копия от базата данни [в Съюза] от носител на правото или с негово съгласие изчерпва правото на контрол върху препродажбата на това копие в [Съюза]“.

20 — Регламент (ЕО) № 2100/94 на Съвета от 27 юли 1994 година относно правната закрила на Общността на сортовете растения (ОВ L 227, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 3, том 15, стр. 197). Член 16 от Регламент № 2100/94 предвижда:

„Правната закрила на Общността на сортовете растения не се разпростира върху действията, свързани с материала от защитения сорт или от сорт, обхванат от разпоредбите на член 13, параграф 5, който е предоставен на други лица от титуляра или с негово съгласие на територията на [Съюза], или с материала, който е произведен на посочения материал, освен ако тези действия:

а) включват по-нататъшното размножаване на въпросния сорт, освен когато това размножаване е предвидено при предоставянето на материала; или

б) включват износ на сортови компоненти към трета страна, която не защитава сортовете от растителния род или от растителния вид, към който принадлежи сортът, освен ако крайното предназначение на изнасяния материал е консумация.“

21 — Член 1, параграф 4 от Директива 92/100 гласи, че „[п]равата, посочени в параграф 1, не се изчерпват чрез продажба или чрез друг акт на разпространение на оригиналите и екземплярите от произведения на авторското право и други обекти, посочени в член 2, параграф 1“.

49. Въпросът дали правилото за изчерпване на правата, по начина, по който то е формулирано в член 4, параграф 2 от Директива 2009/24, може да обхване предлагането на пазара на изтеглен от интернет „използван“ софтуер, предизвиква значителни разногласия в държавите членки, по-конкретно в Германия²², които са в съзвучие с обсъжданията в Съединените щати относно прилагането на „first sale doctrine“ в цифровата среда²³.

50. Тъй като изчерпването на правата е обусловено от първата „продажба на копие от компютърна програма“ в Съюза от притежателя на правото или с негово съгласие, най-напред следва да се определи дали това понятие, което след приемането на Директива 2009/24 предизвиква множество въпроси²⁴, налага еднакво тълкуване.

51. Съгласно постоянната практика на Съда както от изискването за еднакво прилагане на правото на Съюза, така и от принципа за равенство следва, че разпоредба от правото на Съюза, чийто текст не съдържа изрично препращане към правото на държава членка с оглед на определяне на нейния смисъл и обхват, трябва по принцип да получи еднакво тълкуване навсякъде в Съюза.²⁵ Тъй като Директива 2009/24 не препраща към националното право по отношение на начина, по който трябва да се разбира изразът „продажба на копие“, то за целите на прилагането на тази директива той трябва да се разглежда като обозначаващ самостоятелно понятие от правото на Съюза, което трябва да се тълкува еднакво на територията на всички държави членки, като се държи сметка по-конкретно за неговата формулировка и за контекста, в който то е използвано, както и за целите, преследвани както от посочената директива, така и от международното право²⁶.

52. От съображения 4 и 5 на Директива 2009/24 се установява, че целта ѝ е да се премахнат различията в законодателствата на държавите членки, които засягат значително вътрешния пазар. Освен това в Решение от 20 ноември 2001 г. по дело Zino Davidoff и Levi Strauss²⁷ Съдът приема, че понятието за съгласие, което представлява определящия елемент за изчерпването на изключителното право, трябва да се тълкува еднакво, за да се постигне целта за „еднаква закрила в законодателството на всички държави членки“²⁸, като дори следва да се приеме, че условието, свързано с продажбата на копие от програма, не трябва да се променя в зависимост от противоречиви тълкувания в различните национални правни системи.

53. Ето защо следва да се провери дали понятието „продажба на копие от компютърна програма“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 може да се прилага при обстоятелства като тези в главното производство.

22 — Вж. Bräutigam, P. Second-hand software in Europe: thoughts on the three questions of the German Federal Court of Justice referred to the Court of Justice of the European Union. — Computer Law Review International, 1/2012, стр. 1 и Overdijk, T., van der Putt, P., de Vries, E., et Schafft, T. Exhaustion and Software Resale Rights. — Computer Law Review International, 2/2011, стр. 33.

23 — Вж. Frankel, S. et Harvey, L. Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law — Intellectual Property Magazine, 3/2011, стр. 40.

24 — Вж. по-специално Strowel, A. et Derclaye, E. Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia — Droit belge, européen et comparé. Bruylant, Bruxelles, 2001. Вж. и Vivant, M. Le programme d'ordinateur au pays des musées; observations sur la directive du 14 mai 1991. La semaine juridique — Édition entreprise, 1991, № 47, стр. 479. Този автор подлага на критика „концептуалната неспособност на редакторите да различават интелектуалното творчество от носителя“ (точка 16.2, стр. 484).

25 — Вж. в този смисъл Решение от 14 юни 2007 г. по дело Häupl (C-246/05, Сборник, стр. I-4673, точка 43 и цитираната съдебна практика).

26 — Вж. в този смисъл Решение от 22 декември 2010 г. по дело Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, Сборник, стр. I-13971, точка 30 и цитираната съдебна практика).

27 — C-414/99?C-416/99, Recueil, стр. I-8691.

28 — Точки 41?43.

54. Oracle твърди, че възнаграждението, което се иска от клиента, не е само за изтеглянето на програмата или за предоставянето на разположение на обектовия код, а е насрещна престация по договора за използване, предоставен с лицензионния договор. Oracle добавя, че обикновено клиентът сключва и договор за поддръжка, даващ възможност за актуализиране на програмата и за отстраняване на грешките, който представлява договор за предоставяне на услуги. Оттук достига до заключението, че липсва продажба по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24.

55. Считам, че този анализ е погрешен.

56. Според мен от Директива 2009/24 ясно се установява, че тя прокарва „*summa divisio*“ [основно деление] на продажба и отдаване под наем, от което зависи както прилагането или неприлагането на правилото за изчерпване на правата²⁹, така и обхватът на това правило³⁰. Съображение 12 от тази директива определя отдаването под наем като предоставянето за ползване за ограничен период от време и с търговска цел на компютърна програма или нейно копие. А *contrario*, трябва да се приеме, че продажба на компютърна програма или на копие от нея по смисъла на член 4, параграф 2 от посочената директива е налице, когато независимо от направената от страните квалификация, операцията се характеризира с безсрочно прехвърляне на собственост върху копие от компютърна програма срещу еднократното заплащане на цена. Впрочем това разделение съответства на практиката на Съда, който изключва изчерпване на правата в случай на отдаване под наем³¹, но го прилага при прехвърляне на собственост³².

57. Издаването на лиценз, позволяващ предоставянето на разположение на копие от компютърна програма чрез изтегляне от интернет, е сложна операция, която може да обхваща едновременно договор за предоставяне на услуги, отнасящ се по-специално до предоставянето на разположение, въвеждането и поддръжката на компютърна програма, и договор за продажба на копието, необходимо за изпълнението на тези услуги³³. Така предоставеното разрешение за използване може да има различно съдържание.

58. Това право на използване има характеристиките на отдаване под наем, когато е предоставено временно срещу заплащането на периодично възнаграждение и доставчикът не е изгубил собствеността върху копието от компютърната програма, което трябва да му бъде върнато от притежателя на правото. За сметка на това смятам, че то има характеристиките на продажба, когато клиентът придобива окончателно възможността да си служи с копието от компютърната програма, чийто доставчик го губи срещу заплащането на общо определена сума.

29 — В смисъл че изчерпване на правата настъпва само при продажба.

30 — В смисъл че изчерпването на правата, което настъпва в резултат на продажбата, не позволява последващото отдаване под наем на копието. Вж. Czarnota, B. et Hart, R. *Legal Protection of Computer Programs in Europe — A guide to the EC Directive*. Butterworths, 1991, стр. 60:

„If sale is the first means of distribution which the rightholder chooses, he can now under the Directive not prevent the resale of the copy which he has sold. Property rights pass from the rightholder to the purchaser in the physical support of the copy of the program, and the purchaser is free to dispose of that tangible property in any way he chooses, except that he may not offer it for rental or licensing. He may, however, lend, give or otherwise dispose of the physical support.

The intellectual property rights of the author in the program contained in that physical support remain unchanged by any of the above transactions. His interests in the intellectual property are only affected when the sold copy is offered for rental, because the act of rental is a form of distribution which would be in direct competition with other forms of exploitation, such as sale of copies, and would therefore prejudice the rightholder's ability to control the normal exploitation of his work“.

31 — Вж. Решение по дело *Metronome Musik*, посочено по-горе.

32 — Вж. Решение от 17 април 2008 г. по дело *Peek & Cloppenburg* (C-456/06, Сборник, стр. I-2731).

33 — Вж. в този смисъл *Dusollier, S. Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique — Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*. Larcier, Bruxelles, 2007, №№ 529 и 530. Този автор квалифицира операцията като „сложна договорна [...] фигура“, която може да се раздели на договор за продажба на носителя на данни или за предоставяне на услуги, ако става въпрос за изтегляне или за използване от разстояние, и на лицензионен договор, който се отнася до правото на автора върху произведението, съдържащо се в носителя или предадено по електронен път.

59. Всъщност според мен, като се има предвид целта на изчерпването на правата, която е да се ограничи изключителният характер на правото на интелектуална собственост от момента, в който предлагането на пазара е дало възможност на притежателя на правото да реализира икономическата стойност на своето право, понятието „продажба“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 трябва да се тълкува разширително, като се обхванат всички форми на предлагане на пазара на дадена стока, характеризиращи се с предоставянето на право на безсрочно използване на копие от компютърна програма срещу еднократното заплащане на цена. Прекалено ограничителен прочит на термина би осуетил полезното действие на тази разпоредба, лишавайки правилото за изчерпване на правата от всякакво значение, тъй като предлагането на пазара на софтуер най-често става под формата на лицензи за използване и за доставчиците би било достатъчно да квалифицират договора като „лицензионен“, а не като „продажба“, за да заобиколят това правило.

60. Оттук стигам до извода, че дори когато притежателят на правото раздели като Oracle донякъде изкуствено предоставянето на разположение на копие от компютърната програма от предоставянето на право на използване, прехвърлянето на правото на използване върху копие от компютърна програма действително представлява продажба по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24.

61. Квалифицирането на операцията като „продажба“ обаче не е достатъчно, за да се стигне до извода, че изчерпването на правото на разпространение може да настъпи при обстоятелства като тези в главното производство.

62. Oracle, испанското и френското правителство, Ирландия, италианското правителство, както и Комисията поддържат, че изчерпването на правата, което може да настъпи в резултат на продажбата на копията от компютърната програма, задължително има ограничен обхват, доколкото то засяга изключително правото на разпространение на копие от компютърна програма върху материален носител.

63. Няколко довода подкрепяли това тълкуване.

64. Твърди се, че изтеглянето на компютърна програма от интернет не спадало към разпространението по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 и на член 4, параграф 1 от Директива 2001/29, а към публичното разгласяване на произведението по смисъла на член 3, параграф 1 от последно посочената директива. В член 3, параграф 3 от Директива 2001/29 обаче се уточнява, че правото на публично разгласяване не се изчерпва.

65. Освен това от споменатия по-горе доклад на Комисията от 10 април 2000 г. ясно се установявало, че изчерпването на авторското право се прилага само по отношение на продажбата на копия, т.е. на стоки, докато то било изключено в случай на предлагане на онлайн услуги³⁴.

66. Същото ограничително схващане на понятието за изчерпване на правата се съдържало в Директива 2001/29, която предоставяла ясни указания за волята на законодателя на Съюза да ограничи правилото само до една форма на разпространение на произведението, за която е характерна продажбата на съдържаща компютърна програма стока.

67. Отбелязва се по-специално, че член 4, параграф 2 от Директива 2001/29 предвижда изчерпването на правото на разпространение само в случай на първа продажба или на друго първо прехвърляне на собственост върху „обект“. Освен това в съображения 28 и 29 от тази директива се уточнява съответно, че закрилата на авторското право съгласно посочената

34 — Вж. т. 18 от този доклад.

директива включва „изключителното право върху контрола на разпространението на произведение *върху материализиран носител*”³⁵ и че „въпросът за изчерпване на правото не възниква в случая на услуги, и по-специално на онлайн услуги“. В последното съображение се добавя, че „[т]ова също се прилага за материализирано копие на произведение или друг обект, [изготвен] от ползвател на такава услуга със съгласието на притежателя на право, [и че] за разлика от CD-ROM или CD-I, при които интелектуалната собственост е включена в материалния носител, а именно стока, всяка онлайн услуга е в действителност акт, който следва да подлежи на разреш[ение], когато авторското право или сродните му права предвиждат това“.

68. Нещо повече, съображение 29 от Директива 2001/29 е установено по модела на съображение 33 от Директива 96/9, което ясно показвало желанието на законодателя на Съюза да разглежда изчерпването на правата само с оглед на движението на дадена стока, състояща се от материализиран носител и от интелектуално съдържание. Това желание се установявало и от съображение 43 от последната директива, в което се уточнява, че в случаите на предаване онлайн правото да се забрани повторното използване, не се изчерпва както по отношение на базата данни, така и по отношение на материално копие на базата данни или на част от нея, направено от адресата на предаването със съгласието на носителя на право.

69. Накрая, ограничителното схващане за изчерпването на правата се подкрепяло и от международното право. Целта на Директива 2001/29 по-специално е да въведе в държавите членки Договора на СОИС за авторското право. Както обаче припомня Съдът в Решение по дело Peek & Cloppenburg, посочено по-горе, разпоредбите на правото на Съюза трябва да се тълкуват, доколкото е възможно, с оглед на международното право, особено когато целта на подобни разпоредби е именно да се приведе в действие сключено от Съюза международно споразумение³⁶. Ето защо оттук следвало да се стигне до извода, че тълкуването на Директива 2001/29, чиято цел е да въведе някои от международните задължения, съдържащи се в Договора на СОИС за авторското право и Договора на СОИС за изпълненията и звукозаписите, приет в Женева на 20 декември 1996 г.³⁷, трябва да се извършва в светлината на съвместните декларации относно Договора на СОИС за авторското право, съгласно които изчерпването на правото на разпространение, посочено в член 6, параграф 2 от този договор, се отнася „изключително до записани екземпляри, които могат да бъдат пуснати в оборот като материални предмети“.

70. Считам, че тези доводи не са съвсем убедителни.

71. На първо място, обратно на онова, което твърди Комисията, не смятам, че разпространението на компютърна програма чрез изтегляне от интернет може да избегне квалифицирането като „право на разпространение“, за да бъде обхванато от определението за право на публично разгласяване, което попада в обхвата на член 3, параграф 3 от Директива 2001/29. Според мен по отношение на това тълкуване могат да се направят две основния възражения.

72. Най-напред, ако се приеме, че общите разпоредби на Директива 2001/29, чиято цел е именно да приспособи авторското право към цифровата среда, могат да представляват насока при тълкуването на специалните разпоредби на Директива 2009/24, която само кодифицира Директива 91/250, приета преди развитието на интернет, все пак следва да се приеме за установено, че член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2001/29 уточнява, че тя „запазва и не засяга по никакъв начин съществуващите разпоредби на [правото на Съюза], отнасящи се до [...] правната закрила на компютърните програми“. Доколкото в Директива 2009/24 изобщо не се посочва понятието за право на разгласяване и правото на разпространение е определено

35 — Курсивът е мой.

36 — Точка 30 и цитираната съдебна практика.

37 — Вж. съображение 15 от тази директива.

възможно най-широко като обхващащо „всяка форма на публично разпространение [...] на оригинална компютърна програма или на копия от нея“, то според мен въз основа на съвместния прочит на тези две директиви трудно би могло да се приеме, че правото на предоставяне на публично разположение по член 3, параграф 1 от Директива 2001/29 е приложимо по отношение на компютърните програми. Впрочем не смятам, че Решение по дело *Bezpečnostní softwarová asociace*, посочено по-горе, на което се позовава Комисията в подкрепа на съображенията си, може да се тълкува в такъв смисъл³⁸.

73. По-нататък, при липсата на каквото и да е определение в Директива 2001/29 на правото на публично разгласяване на произведения, на предоставяне на публично разположение и на разпространение, членове 3 и 4 от тази директива трябва да се тълкуват, доколкото това е възможно, в светлината на Договора на СОИС за авторското право³⁹. Член 6, параграф 1 от този договор обаче се отнася до правото на разпространение, определено като право да се разреши предоставянето на публично разположение на оригинала и на копия от произведения „чрез продажба или друго прехвърляне на собствеността върху тях“. Текстът на тази разпоредба е недвусмислен. Наличието на прехвърляне на собственост явно преобразува обикновеното действие на публично разгласяване в действие на разпространение.

74. На второ място, съдържащите се в съображенията на Директива 2001/29 указания не са нито ясни, нито недвусмислени.

75. Така, прочит а *contrario* на първото изречение на съображение 28 от тази директива, което гласи, че „[з]акрилата на авторското право съгласно настоящата директива *включва* [40] изключителното право върху контрола на разпространението на произведение върху материализиран носител“, предполага, че това право обхваща и други форми на разпространение. Второто изречение на това съображение, отнасящо се до изчерпване на правата, обаче не го ограничава до особена форма на разпространение.

76. Съображение 29 от Директива 2001/29 също не е недвусмислено. Макар да изглежда, че се прокарва разграничение между продажбата на стоки, за която влиза в действие правилото за изчерпване на правата, и предоставянето на услуги, за което това правило било неприложимо, това не променя обстоятелството, че по начина, по който то е определено в правото на Съюза, понятието за онлайн услуги обхваща продажбата на стоки онлайн⁴¹. Така например, ако текстът на това съображение се приеме буквално, правилото за изчерпване на правата не би трябвало да се прилага в случай на покупка онлайн на CD-ROM, който съдържа копие от компютърна програма. Според мен обаче разграничението в зависимост от това дали продажбата е от разстояние, или не, е без значение за прилагането на това правило.

77. На трето място, тълкуването на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 в смисъл, че правилото за изчерпване на правата било изключено в случай на изтегляне от интернет, при положение че компютърните програми масово се разпространяват чрез тази форма на предлагане на пазара, би довело до много значително стесняване на приложното поле на това правило и оттам — до ограничаване на свободното движение.

38 — Не виждам как от това решение относно графичните потребителски интерфейси би могло да се стигне до извода, че посоченото в член 3, параграф 1 от Директива 2001/29 право на предоставяне на разположение се прилагало по отношение на компютърните програми, при положение че Съдът е установил именно че графичните потребителски интерфейси не представляват форма на изразяване на компютърна програма.

39 — Вж. точка 69 от настоящото заключение.

40 — Курсивът е мой.

41 — Вж. в този смисъл съображение 18 от Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (Директива за електронната търговия) (ОВ L 178, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257).

78. Въпреки че съгласно член 36 ДФЕС такива ограничения могат да бъдат основани по-специално на съображения за закрила на индустриалната и търговската собственост, съгласно постоянната съдебна практика обаче отклонение, основано на този довод, е допустимо само доколкото е оправдано с оглед на защитата на правата, които представляват специфичният предмет на тази собственост⁴². Този принцип предполага по отношение на всяко съответно право на интелектуална собственост да се определят условията, при които упражняването на това право ще се разглежда като съвместимо или несъвместимо с правото на Съюза.

79. Съмнявам се обаче, че разрешаването на притежателя на правото да попречи на лице, което редовно е придобило собствеността върху копие от компютърна програма, да я препродаде, попада в обхвата на закрилата на правата, които представляват специфичният предмет на авторското право.

80. При преценката на законосъобразността на отклоненията от свободното движение, обосновани от защитата на авторското право, Съдът проверява дали притежателят на авторското право е бил лишен или не от възнаграждението, на което е имал законно право.

81. В Решение по дело Football Association Premier League и др., посочено по-горе, след като припомня, че отклоненията от принципа на свободното движение са допустими само доколкото са оправдани с оглед на защитата на правата, които представляват специфичен предмет на разглежданата интелектуална собственост, и че този специфичен предмет има за цел по-конкретно да осигури на носителите на съответните права защита на възможността да използват по търговски начин пускането в обращение или предоставянето на разположение на обектите, предмет на защита, чрез даването на лицензии срещу заплащане на възнаграждение, Съдът посочва, че такъв специфичен предмет не гарантира на носителите на разглежданите права възможността да изискват възможно най-високото възнаграждение, а само съответно възнаграждение, т.е. в разумна връзка с икономическата стойност на предоставената услуга за всяко използване на защитените обекти⁴³.

82. По-нататък, като приема за установено, че допълнителното заплащане от страна на излъчващите организации за предоставянето на изключително териториално право можело да доведе до изкуствени ценови разлики между разделените национални пазари, той стига до извода, че това заплащане надхвърляло необходимото за осигуряването на съответно възнаграждение за носителите на права⁴⁴.

83. Смятам, че при обстоятелства като тези в главното производство притежателят на правата е получил съответно възнаграждение, което му е платено като насрещна престация за предоставянето на право на използване върху копие от компютърна програма. Да се приеме, че той би могъл да упражнява контрол върху препродажбата на това копие и да изисква по този повод ново възнаграждение, под претекст че след изтегляне от интернет копието е записано от клиента върху носител на данни, вместо да бъде включено от притежателя на правата в носител, който е пуснат в продажба, би означавало не да се защити специфичният предмет на авторското право, а да се разшири монополът за използване на последния.

84. Предвид изложеното по-горе на поставения от запитващата юрисдикция втори въпрос следва да се отговори, че член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 трябва да се тълкува в смисъл, че правото на разпространение върху копие от компютърна програма е изчерпано, ако притежателят на правото, който е разрешил изтеглянето на това копие от интернет върху

42 — Вж. Решение от 23 април 2002 г. по дело Boehringer Ingelheim и др. (C-143/00, Recueil, стр. I-3759, точка 28) и Решение от 4 октомври 2011 г. по дело Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, Сборник, стр. I-9083, точка 106 и цитираната съдебна практика).

43 — Решение по дело Football Association Premier League и др., посочено по-горе (точки 106-109 и цитираната съдебна практика).

44 — Пак там (точки 115 и 116).

носител на данни, е предоставил възмездно и право на използване върху посоченото копие без ограничение във времето. Всъщност по смисъла на тази разпоредба всяко предоставяне на разположение в Съюза под каквато и да е форма и по какъвто и да е начин на копие от компютърна програма с оглед на неговото неограничено използване във времето срещу заплащането на общо определена цена представлява продажба.

В – По първия и третия въпрос

85. С първия и третия си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество Съдът да установи дали в качеството си на „законен приобретател“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2009/24 получателят на лиценза за използване може да се позове на предвиденото в член 4, параграф 2 от тази директива правило за изчерпване на правата, за да изготви ново копие от компютърната програма, когато първият приобретател е изтрил своето копие или не го използва повече.

1. Становищата на страните в главното производство, на правителствата и на Комисията

86. UsedSoft твърди, че принципът за изчерпване на правата би се обезсмислил, ако се приеме, че притежателят на правото не би могъл да контролира по-нататъшното разпространение на копия от програми, но би могъл да продължи да контролира действията на използване, за които е необходимо възпроизвеждане на програмата.

87. В допълнение, за UsedSoft фактът, че първият приобретател изтрива или не използва повече своето копие на компютърната програма, позволява да се гарантира, че прехвърленият от производителя софтуер няма да бъде използван повторно или дори многократно.

88. Според Oracle съдържащото се в член 5, параграф 1 от Директива 2009/24 понятие „законен приобретател“ се отнасяло само за приобретателя, оправомощен по силата на лицензионен договор да използва компютърната програма, докато понятието „използване в съответствие с предназначението [на компютърната програма]“ се отнасяло до използване в съответствие с правото на използване, предоставено от притежателя на правото, така че то трябвало да се определи евентуално въз основа на относимите клаузи на лицензионния договор, установяващи естеството и обхвата на правото на използване.

89. Oracle добавя, че изчерпването се отнасяло само до правото на разпространение върху пуснатото в обращение копие от компютърната програма и не може да засегне правото на използване, което обхваща право на възпроизвеждане по отношение на компютърни програми, чието използване предполага възпроизвеждане.

90. Според Oracle, по аналогия с правото на марките, смисълът и целта на принципа на изчерпване на правата не се състоял в това на лица, различни от притежателя на правото, да се предостави необходимата правна власт, така че първоначалното право на използване, съответстващо на определен брой ползватели, да се раздели и раздоби на множество допълнителни права на използване. Освен това недостатък на практиката на препродажба на „използвани“ лицензи била невъзможността за предлагане на пазара на лицензи на намалени цени, улесняващи използването на програмите от групи финансово уязвими ползватели, каквито са институтите за обучение.

91. Oracle отбелязва също, че нито притежателят на правото, нито вторичните приобретатели могат да проверят дали първият приобретател действително е изтрил своето копие, или не го използва повече.

92. Френското правителство, Ирландия и италианското правителство твърдят по същество, че само лицето, което разполага с право на използване върху компютърната програма, предоставено от притежателя на правото, може да се разглежда като „законен приобретател“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2009/24. Френското правителство и Ирландия посочват също, че лицето, което не е получило лиценз от притежателя на правото и което следователно не е законен приобретател, не може да се позове на правилото за изчерпване на правата.

93. Като смятат, че лицето, което може да се позове на изчерпване на правото на разпространение върху копието от компютърна програма, е „законен приобретател“ по смисъла на член 5, параграф 1 от Директива 2009/24, испанското правителство и Комисията приемат, че не следва да се отговоря на третия въпрос на запитващата юрисдикция, тъй като те дават отрицателен отговор на втория въпрос.

2. Моите съображения

94. Според мен отговорът на този въпрос следва от разграничението между правото на разпространение, което се изчерпва, и правото на възпроизвеждане, което не се изчерпва.

95. В настоящото дело е безспорно, че предоставеният от Oracle лиценз за използване позволява възпроизвеждане на компютърната програма чрез свързване с интернет страницата на Oracle. Според мен оттук следва, че прехвърлянето на предоставените с този лиценз права се отнася не до правото на разпространение, а до правото на възпроизвеждане.

96. Ако препродажбата на изтегленото от първият приобретател копие се отнася до правото на разпространение, прехвърлянето на лиценз за използване, като изданията от Oracle на неговите клиенти, се отнася до упражняването на изключителното право на възпроизвеждане, тъй като то позволява изготвянето на ново копие от програма чрез изтегляне от интернет или чрез възпроизвеждане от вече притежавано от ползвателя копие.

97. От ясния текст на член 4, параграф 2 от Директива 2009/24 следва, че принципът на изчерпване на правата се отнася изключително до разпространението на копие от компютърна програма и не може да промени правото на възпроизвеждане, което не може да бъде засегнато, без да се промени самата същност на авторското право.

98. Освен това не смятам, че член 5, параграф 1 от тази директива може да позволи заобикаляне на посоченото препятствие. Според мен целта на разпоредбата се свежда до това да даде възможност на лицето, което вече разполага с копие от компютърна програма, да възпроизведе това копие, за да може да го използва в съответствие с нейното предназначение. За сметка на това не може да се разреши на лице, което вече не разполага с копие от програмата, да я възпроизвежда не в съответствие с нейното предназначение, а просто да я използва. Освен това според мен посочената разпоредба, която запазва прилагането на специфичните договорни разпоредби, може да се прилага само по отношение на приобретател, който е договорно обвързан с притежателя на правото.

99. Смятам, че при съществуващите разпоредби не е възможно правилото за изчерпване на правата, което е неразделно свързано с правото на разпространение, да се разшири и по отношение на правото на възпроизвеждане. Давам си сметка, че това ограничено прилагане на правилото само по отношение на материализираното копие на носител с данни след изтеглянето му на практика ще стесни обхвата му дори ако то може да бъде обосновано поради необходимостта от запазване на полезното действие на правилото за изчерпване на правата и отдаването на предимство на свободата на движение на стоките и услугите, но смятам, че обратното разрешение, което би довело до разширяване на правилото за изчерпване на правата

отвъд предвидения от законодателя на Съюза обхват⁴⁵, не може да се приеме, без да се застраши принципът на правната сигурност, който налага европейската правна норма да бъде предвидима.

100. От изложеното по-горе стигам до извода, че член 4, параграф 2 и член 5, параграф 1 от Директива 2009/24 трябва да се тълкуват в смисъл, че при препродажба на правото на използване на копие от компютърна програма вторият приобретател не може да се позове на изчерпването на правото на разпространение върху това копие, за да възпроизведе програмата, като създаде ново копие, въпреки че първият приобретател е изтрил своето копие или не го използва повече.

V – Заключение

101. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам Съдът да отговори на Bundesgerichtshof по следния начин:

- „1) Член 4, параграф 2 от Директива 2009/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 април 2009 година относно правната закрила на компютърните програми трябва да се тълкува в смисъл, че правото на разпространение върху копие от компютърна програма е изчерпано, ако притежателят на правото, който е разрешил изтеглянето на това копие от интернет върху носител на данни, е предоставил възмездно и право на използване върху посоченото копие без ограничение във времето.

Всъщност по смисъла на тази разпоредба всяко предоставяне на разположение в Съюза под каквато и да е форма и по какъвто и да е начин на копие от компютърна програма с оглед на неговото неограничено използване във времето срещу заплащането на общо определена цена представлява продажба.

- 2) Член 4, параграф 2 и член 5, параграф 1 от Директива 2009/24 трябва да се тълкуват в смисъл, че при препродажба на правото на използване на копие от компютърна програма вторият приобретател не може да се позове на изчерпването на правото на разпространение върху това копие, за да възпроизведе програмата, като създаде ново копие, въпреки че първият приобретател е изтрил своето копие или не го използва повече“.

45 — Впрочем следва да се отбележи, че в Съобщение на Комисията до Европейския парламент, до Съвета, до Европейския икономически и социален комитет и до Комитета на регионите от 11 януари 2012 г. за съгласувана уредба за повишаване на доверието в цифровия единен пазар за електронната търговия и интернет услугите (COM(2011) 942 окончателен) Комисията посочва, че тя ще предприеме действия, за да „следи за бързото и амбициозно прилагане на европейската стратегия за правата върху интелектуалната собственост, по-конкретно чрез [...] [преразглеждането] на [Директива 2001/29]“ (вж. точка 2 от основните действия, стр. 8).