



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 1. lipnja 2016.¹

Predmet C-166/15

Aleksandrs Ranks
Jurijs Vasiļevičs

(zahtjev za prethodnu odluku koji je postavio Rīgas apgabaltiesas Krimināllietu tiesu kolēģija
(Regionalni sud u Rigi, odjel za kaznene predmete, Latvija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 91/250/EEZ – Pravna zaštita računalnih programa – Prodaja primjeraka računalnih programa koji nisu originalni – Primjerci na fizičkom nosaču različitom od originalnog fizičkog nosača – Postojanje povrede prava distribucije – Mogućnost pozivanja na to da je iscrpljeno pravo distribucije – Postojanje povrede prava reproduciranja“

I – Uvod

1. Rješenjem od 18. ožujka 2015., koje je Sud zaprimio 13. travnja 2015., Rīgas apgabaltiesas Krimināllietu tiesu kolēģija (Regionalni sud u Rigi, odjel za kaznene predmete, Latvija) postavio je dva prethodna pitanja u vezi s tumačenjem članka 4. i 5. Direktive 2009/25/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pravnoj zaštiti računalnih programa (SL 2009., L 111, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, svezak 1., poglavlje 17. str. 268.).

2. Pitanje je postavljeno u okviru kaznenog postupka pokrenutog protiv Aleksandra Ranksa i Jurijsa Vasiļevičsa (u daljnjem tekstu: optuženici) između ostalog zbog navodne povrede autorskih prava društva Microsoft Corporation (u daljnjem tekstu: Microsoft) pri prodaji primjeraka računalnih programa na fizičkom nosaču različitom od izvornog fizičkog nosača.

II – Pravni okvir

3. Na temelju svojega članka 10., Direktiva 2009/24 stavila je izvan snage Direktivu Vijeća 91/250/EEZ od 15. svibnja 1991. o pravnoj zaštiti računalnih programa (SL 1991., L 122, str. 42.), kako je izmijenjena Direktivom Vijeća 93/98/EEZ od 29. listopada 1993. godine o usklađivanju trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava (SL 1993., L 290, str. 9.) (u daljnjem tekstu: Direktiva 91/250).

4. Direktiva 2009/24 u skladu sa svojim člankom 11. stupila je na snagu 25. svibnja 2009. Međutim, iz odluke kojom je upućeno prethodno pitanje proizlazi da su se događanja relevantna u glavnom postupku odvila između 20. prosinca 2001. i 22. prosinca 2004. Stoga u ovom predmetu treba primijeniti odredbe Direktive 91/250.

¹ – Izvorni jezik: francuski

5. Članak 4. Direktive 91/250 naslovljen „Ograničene radnje” propisuje:

„Podložno odredbama članka 5. i 6. isključiva prava nositelja prava u smislu članka 2. uključuju pravo izvršiti ili odobriti:

(a) trajno ili privremeno reproduciranje računalnog programa bilo kojim sredstvom i u bilo kojem obliku, djelomično ili u cijelosti. Ako je za učitavanje, prikazivanje, izvođenje, prenošenje ili pohranu računalnog programa potrebno takvo reproduciranje, takvi postupci podliježu odobrenju nositelja prava;

[...]

(c) svaki oblik distribucije javnosti, uključujući iznajmljivanje izvornika računalnog programa ili njegovih primjeraka. Prvom prodajom primjerka programa u Zajednici od strane nositelja prava ili uz njegovu suglasnost iscrpljuje se pravo distribucije tog primjerka u Zajednici, uz iznimku prava na nadzor daljnjeg iznajmljivanja programa ili njegova primjerka.” [neslužbeni prijevod]

6. Članak 5. Direktive 91/250 naslovljen „Iznimke od ograničenih radnji” glasi kako slijedi:

„1. U nedostatku posebnih ugovornih odredaba za poduzimanje radnji iz točaka (a) i (b) članka 4. nije potrebno odobrenje nositelja prava ako su te radnje zakonitom stjecatelju potrebne za korištenje računalnog programa u skladu s njegovom namjeravanom svrhom, uključujući i za ispravljanje pogrešaka.

2. Osobi koja ima pravo koristiti računalni programa ugovorom ne može se zabraniti izrada sigurnosnog primjerka ako je to potrebno za to korištenje programa.

[...]” [neslužbeni prijevod]

7. Članak 7. Direktive 91/250 naslovljen „Posebne mjere zaštite” propisuje:

„1. Ne dovodeći u pitanje odredbe članka 4., 5. i 6. države članice predviđaju, u skladu s njihovim nacionalnim zakonodavstvima, odgovarajuća pravna sredstva protiv osobe koja poduzme bilo koju od radnji iz točaka (a), (b) i (c) navedenih dolje:

(a) stavljanje u promet primjerka računalnog programa, znajući ili imajući razloga vjerovati da je to primjerak kojim se povređuje pravo;

(b) posjedovanje, u komercijalne svrhe, primjerka računalnog programa, znajući ili imajući razloga vjerovati da je to primjerak kojim se povređuje pravo;

[...]

2. Svaki primjerak računalnog programa kojim se povređuje pravo podliježe zapljeni u skladu sa zakonodavstvom predmetne države članice.

[...]” [neslužbeni prijevod]

III – Glavni postupak i prethodna pitanja

8. Optuženici su između 28. prosinca 2001. i 22. prosinca 2004., djelujući zajedno na temelju prethodnog dogovora, prodali putem platforme za internetsku prodaju na internetskoj stranici www.ebay.com više od 3000 primjeraka računalnog programa zaštićenog autorskim pravom.

9. Društvo Microsoft nositelj je autorskog prava koje postoji na računalnim programima koji su tim putem prodani, među kojima su programi pod nazivom „Windows 95”, „Windows 98”, „Windows 2000 Professional”, „Windows Millenium”, „Windows XP Home 2002”, „Office 2000 Professional”, „Office XP Small Business” i „Office 2003”.

10. Tijekom istrage nije se mogao precizno utvrditi ukupan iznos koji su optuženici stekli tim prodajama. Ipak je utvrđeno da su okrivljenici primili iznos od 229 724,67 eura putem sustava prijenosa novčanih sredstava „PayPal” ponuđenog na internetskoj stranici www.ebay.com.

11. Optuženici su u okviru tih prodaja prodali, među ostalim:

- primjerak programa „Windows Millenium Edition” u čijim je uvjetima licencije propisano da se može isporučiti isključivo s novim računalom (na engleskom jeziku: for distribution only with a new PC);
- dva primjerka programa „Windows 2000 Professional OEM” s uputama za uporabu i potvrdom o autentičnosti, za koje je vještak ocijenio da je riječ o nezakonitim reproduciranjima tvrdog diska i programa za instaliranje „Microsoft Windows 2000 Professionala”;
- trideset primjeraka programa „Windows 98 Second Edition OEM” s uputama za uporabu i potvrdom o autentičnosti, za koje je vještak ocijenio da je riječ o nezakonitim reproduciranjima tvrdog diska i programa za instaliranje „Microsoft Windows 98 Starts Here 4/98” i „Microsoft Windows 98 Second Edition”.

12. Sud koji je uputio zahtjev navodi da su se optuženicama stavljala na teret sljedeća kaznena djela:

- organizirana nezakonita prodaja predmeta zaštićenih autorskim pravom, koje se reproduciralo ili koristilo na drugi način uz povredu autorskog prava (članak 149. stavak 3. Kaznenog zakona u verziji koja je bila na snazi 17. listopada 2002.);
- namjerna nezakonita upotreba tuđeg žiga koja nanosi znatnu štetu pojedinačnim zakonom zaštićenim pravima i interesima (članak 206. stavak 2. Kaznenog zakona) i
- obavljanje poslovne djelatnosti bez registracije koja nanosi znatnu štetu pojedinačnim zakonom zaštićenim interesima (članak 207. stavak 2. Kaznenog zakona).

13. Rīgas pilsētas Vidzemes priekšpilsētas tiesa (Okružni sud u Vidzemi, grad Riga, Latvija) u presudi od 3. siječnja 2012. proglasio je optuženike krivima za kaznena djela iz članka 149. stavka 3. i članka 206. stavka 2. Kaznenog zakona i naložio im djelomično plaćanje naknade štete i svih troškova postupka. Taj sud presudio je da optuženici nisu krivi za kazneno djelo iz članka 207. stavka 2. Kaznenog zakona.

14. Sud koji je uputio zahtjev presudom od 22. ožujka 2013. ukinuo je prvostupanjsku presudu u dijelu u kojem su optuženici osuđeni za kazneno djelo iz članka 149. stavka 3. Kaznenog zakona i u dijelu u kojem je izrečena kazna. Taj sud je međutim optuženike proglasio krivima na temelju članka 149. stavka 3. Kaznenog zakona u verziji koja je bila na snazi 17. listopada 2002. Ostatak presude nije preinačen.

15. Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāts (Senat Vrhovnog suda Latvije) presudom od 13. listopada 2013. u cijelosti je ukinuo presudu od 22. ožujka 2013. i vratio predmet na ponovno odlučivanje žalbenom sudu.

16. Sud koji je uputio zahtjev presudom od 8. listopada 2013. prihvatio je zahtjev da u žalbenom postupku ponovno odluči u kaznenom predmetu u vezi s podizanjem optužnice protiv optuženika na temelju članka 149. stavka 3. (u verziji koja je bila na snazi 31. prosinca 2010.), članka 206. stavka 2. i članka 207. stavka 2. Kaznenog zakona.

17. Rīgas apgabaltiesas Krimināllietu tiesu kolēģija (Regionalni sud u Rigi, odjel za kaznene predmete), pitajući se o važnosti presude UsedSoft² u okolnostima u predmetu u glavnom postupku, odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Može li se, u skladu s [člankom] 5. stavkom 1. i [člankom] 4. stavkom 2. Direktive 2009/24, osoba koja je kupila rabljeni računalni program pod licencijom na disku koji nije [originalan], koji funkcionira i koji ne koristi nijedan drugi korisnik, pozvati na to da je iscrpljeno pravo distribucije primjerka (kopije) računalnog programa koji je prvi stjecatelj kupio od nositelja prava na [originalni] disk, [ako] se disk oštetio [i ako] je prvi stjecatelj izbrisao svoj primjerak (kopiju) ili ga ne koristi?
2. Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, ima li tada osoba koja se može pozvati na to da je iscrpljeno pravo distribucije primjerka (kopije) računalnog programa pravo preprodati trećoj osobi taj računalni program na disku koji nije [originalan], u smislu [članka] 4. stavka 2. i [članka] 5. stavka 2. Direktive 2009/24?”

IV – Postupak pred Sudom

18. Tajništvo Suda zahtjev za prethodnu odluku zaprimilo je 13. travnja 2015.

19. Optuženici, društvo Microsoft, latvijska, talijanska i poljska vlada kao i Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja.

20. Zastupnici optuženika, društva Microsoft, latvijska vlada i Europska komisija pristupili su raspravi 16. ožujka 2016. da bi tamo iznijeli svoja usmena očitovanja.

V – O prethodnim pitanjima

21. Pitanja upućena Sudu odnose se na postojanje povrede autorskog prava zbog prodaje, bez suglasnosti nositelja prava, primjeraka računalnih programa izrađenih bez odobrenja nositelja prava na fizičkom nosaču različitom od originalnog nosača (u daljnjem tekstu: fizički primjerci koji nisu originalni). Ta pitanja se stoga ne odnose na prodaju, od strane nositelja prava ili uz njegovu suglasnost, primjeraka koje je izradio nositelj prava ili su izrađeni s njegovim odobrenjem, na originalnom fizičkom nosaču (u daljnjem tekstu: originalni fizički primjerci).

22. U sporu u glavnom postupku, optuženicima se stavlja na teret da su prodali tisuće fizičkih primjeraka računalnih programa koji nisu originalni za koje autorska prava pripadaju društvu Microsoft. Optuženici su u svojim pisanim očitovanjima potvrdili da su kupili te primjerke od poduzetnika ili pojedinaca koji ih više nisu koristili.

2 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407).

23. Prodaja fizičkih primjeraka koji nisu originalni može povrijediti dva isključiva prava koja nositelj prava ima na temelju članka 4. točke (a) i (c) Direktive 91/250, odnosno isključivo pravo izvršavanja i odobravanja trajnog ili privremenog reproduciranja računalnog programa (u daljnjem tekstu: pravo reproduciranja) kao i isključivo pravo izvršavanja i odobravanja svakog oblika distribucije, uključujući iznajmljivanje javnosti izvornika računalnog programa ili njegovih primjeraka (u daljnjem tekstu: pravo distribucije).

24. Usto, iako se u upućenim pitanjima izrijeком spominje samo iscrpljenje prava distribucije, ta pitanja također se odnose na odredbe o iznimkama od prava reproduciranja, odnosno na članak 5. stavke 1. i 2. Direktive 91/250.

25. Stoga smatram da je pitanja upućena Sudu potrebno preformulirati na sljedeći način. Tim pitanjima, koja treba ispitati zajedno, sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 4. točke (a) i (c) kao i članak 5. stavke 1. i 2. Direktive 91/250 tumačiti na način da su povrijeđena isključiva prava reproduciranja i distribucije nositelja prava kada je primjerak računalnog programa izradio korisnik, bez odobrenja nositelja prava, na fizičkom nosaču različitom od originalnog fizičkog nosača i kada je taj primjerak prodao, bez odobrenja nositelja prava, taj ili neki drugi korisnik, i to čak i u okolnostima kada:

- je originalni fizički nosač oštećen i
- prodavatelj tog primjerka učinio neupotrebljivim svaki drugi primjerak u svojem posjedu.

A – *Dopuštenost pitanja*

26. Latvijska vlada izrazila je svoje sumnje u vezi s dopuštenosti pitanja suda koji je uputio zahtjev jer se ta pitanja odnose na prodaju fizičkih nosača pod licencijom koji nisu originalni, a u odluci kojom se upućuje zahtjev navodi se nalaz i mišljenje vještaka u kojem se utvrđuje prodaja krivotvorenih primjeraka. Stoga upućena pitanja ne bi bila relevantna za rješavanje spora u glavnom postupku.

27. U tom pogledu valja podsjetiti da je prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, u okviru suradnje između njega i nacionalnih sudova uspostavljene u članku 267. UFEU-a, isključivo na nacionalnom sudu pred kojim je pokrenut postupak i koji mora preuzeti odgovornost za sudsku odluku koja će biti donesena da ocijeni, uvažavajući posebnosti predmeta, nužnost prethodne odluke za donošenje svoje presude i relevantnost pitanja koje je postavljeno Sudu. Posljedično, kada se postavljena pitanja odnose na tumačenje prava Unije, Sud je načelno obvezan donijeti odluku³.

28. Stoga Sud može odbiti da donese odluku o zahtjevu koji je uputio nacionalni sud samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nije ni u kakvoj vezi sa stvarnim stanjem ili predmetom glavnog postupka, ako je pitanje hipotetske naravi ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima kako bi na koristan način odgovorio na pitanja koja su mu postavljena.⁴

29. U ovom slučaju, kako na raspravi iznosi i sâma latvijska vlada, kvalifikacija „krivotvorenja” ovisit će o odgovoru Suda na postavljena pitanja. Primjera radi, ako bi Sud presudio da izrada i prodaja fizičkih primjeraka koji nisu originalni, u okolnostima poput onih u glavnom postupku, ne povređuje prava reproduciranja i distribucije, nacionalni sud te primjerke više ne bi mogao smatrati krivotvorinama.

30. U tim okolnostima smatram da su postavljena pitanja izravno povezana s predmetom glavnog postupka te su stoga dopuštena.

3 — Vidjeti osobito presudu od 6. listopada 2015., Delvigne (C-650/13, EU:C:2015:648, t. 36. i navedenu sudsku praksu).

4 — Vidjeti osobito presudu od 6. listopada 2015., Delvigne (C-650/13, EU:C:2015:648, t. 37. i navedenu sudsku praksu).

B – Postojanje povrede prava distribucije pri prodaji fizičkih primjeraka računalnih programa koji nisu originalni

31. Sada treba ispitati treba li članak 4. točku (c) Direktive 91/250 tumačiti na način da se u okolnostima opisanima u točki 25. ovog mišljenja povređuje isključivo pravo distribucije koje pripada nositelju prava.

32. Prema prvoj rečenici ove odredbe, distribucija javnosti, bez odobrenja nositelja prava, originala ili primjerka računalnog programa povreda je prava distribucije. U sporu u glavnom postupku nije sporno da su optuženici na platformi za internetsku prodaju na internetskoj stranici www.ebay.com prodali više tisuća fizičkih primjeraka računalnih programa koji nisu originalni bez suglasnosti nositelja prava, odnosno društva Microsoft. Nije nadalje sporno da su te prodaje distribucija u smislu gore navedene odredbe.

33. Stoga se prodajom primjeraka o kojima je riječ u glavnom postupku povređuje pravo distribucije društva Microsoft, osim ako se utvrdi da se na te prodaje primjenjuje jedna od iznimki od prava distribucije. U tom pogledu, većina očitovanja podnesenih Sudu odnosi se na pitanje treba li se na takve prodaje primjenjivati pravilo o iscrpljenju prava distribucije iz članka 4. točke (c) druge rečenice Direktive 91/250.

34. U očitovanjima podnesenima Sudu mogu se razlikovati tri pristupa u vezi s eventualnom primjenom pravila o iscrpljenju na fizičke primjerke koji nisu originalni.

35. Prema strogom pristupu čiju primjenu zastupaju društvo Microsoft kao i talijanska i poljska vlada, na fizički primjerak koji nije originalan nikada se ne može primijeniti pravilo o iscrpljenju prava distribucije te ga korisnik stoga ne može prodati bez odobrenja nositelja prava.

36. Prema liberalnom pristupu koji zastupaju optuženici i latvijska vlada, na fizički primjerak koji nije originalan može se primijeniti iscrpljenje prava distribucije kada su ispunjeni uvjeti koje je Sud odredio u presudi *UsedSoft*⁵, odnosno:

- to da nositelj prava dodijeli izvornom stjecatelju pravo na uporabu primjerka bez ograničenja razdoblja uz plaćanje cijene koja mu treba dati naknadu koja odgovara ekonomskoj vrijednosti primjerka djela čiji je vlasnik i
- to da izvorni stjecatelj koji preprodaje fizički primjerak koji nije originalan učini neupotrebljivim sve ostale primjerke u svojem posjedu u trenutku njegove preprodaje.

37. Prema srednjem pristupu koji predlaže Komisija, primjena rješenja koje je usvojio Sud u presudi *UsedSoft*⁶ može se proširiti na fizičke primjerke koji nisu originalni samo u točno određenom slučaju, a to je kada je originalni fizički primjerak bio oštećen. Točno je da se na izradu fizičkih primjeraka koji nisu originalni u svrhe različite od onih iz članka 5. Direktive 91/250, a osobito radi njihove preprodaje, ne može primijeniti iscrpljenje prava distribucije. Međutim, na izradu fizičkog primjerka koji nije originalan kada je originalni primjerak oštećen primjenjuje se članak 5. stavak 1. ili 2. Direktive 91/250 ako je to zakonitom stjecatelju potrebno za korištenje primjerka u skladu s njegovom namjeravanom svrhom. Komisija na temelju toga zaključuje da se na preprodaju fizičkog primjerka koji nije originalan i izrađen je u takvim okolnostima primjenjuje pravilo o iscrpljenju, pod uvjetom da su ispunjene pretpostavke iz te presude sažete u točki 36. ovog mišljenja.

5 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

6 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

38. Čini mi se da sljedeći elementi govore u prilog strogom pristupu koji brane društvo Microsoft kao i talijanska i poljska vlada.

39. Na prvom mjestu, tekst članka 4. točke (c) druge rečenice koji propisuje jedinu iznimku od prava distribucije u vezi s tom direktivom mi se čini nespojivim s liberalnim i srednjim pristupom zbog sljedeća dva razloga.

40. S jedne strane, tekstom te odredbe ograničava se pravo iscrpljenja samo na originalni primjerak. U skladu s tom odredbom, naime, prodajom primjerka računalnog programa, od strane nositelja prava ili uz njegovu suglasnost, „iscrpljuje se pravo distribucije *tog* primjerka” (moje isticanje). Kao što to naglašava društvo Microsoft, uporaba izraza „*tog* primjerka” isključuje mogućnost da se na pravilo o iscrpljenju pozove kada je riječ o bilo kojem drugom primjerku osim originalnog primjerka koji je prodao nositelj prava ili se prodaje uz njegovu suglasnost.

41. S druge strane, tekst te odredbe ne podvrgava iscrpljenje prava distribucije tomu da je preprodavatelj učinio neupotrebljivim sve druge primjerke u njegovu posjedu ili pak tomu da je originalni fizički primjerak oštećen, suprotno onome što navode optuženici, latvijska vlada i Komisija. Ta odredba zapravo propisuje bezuvjetnu primjenu pravila o iscrpljenju prava distribucije na svaki originalni primjerak koji je prodao nositelj prava ili se prodaje uz njegovu suglasnost.

42. Na drugom mjestu, čini mi se da je strogi pristup u skladu s općim smislom pravila o iscrpljenju prava distribucije kako je propisano zakonodavstvom Unije u području autorskog prava i kako je to istaknulo društvo Microsoft. Odredba analogna članku 4. točki (c) drugoj rečenici Direktive 91/250 uvrštena je uostalom u članak 4. stavak 2. Direktive 2001/29/EZ⁷.

43. Sud je dao tumačenje te odredbe u presudi *Art & Allposters International*⁸. U toj presudi bila je riječ o povredi autorskog prava koje postoji na slikama zaštićenih djela, koje su, bez odobrenja nositelja prava, prenesene s papirnatoj plakata na slikarsko platno i nakon toga prodane na tom novom nosaču. Sud je presudio da se iscrpljenje prava distribucije iz članka 4. stavka 2. Direktive 2001/29 odnosi jedino na originalni nosač prodat uz suglasnost nositelja prava (papirnati plakat) i njegova primjena ne može se proširiti na novi nosač koji uključuje sliku zaštićenog djela (slikarsko platno).

44. Prema mojem mišljenju, okolnost da je originalni nosač oštećen ne dovodi u pitanje rješenje koje je Sud usvojio u presudi *Art & Allposters International*⁹. Dakle, eventualno oštećenje papirnatoj plakata ne znači da korisnik može, a da pritom ne povrijedi pravo distribucije, prenijeti sliku na slikarsko platno i preprodati je bez odobrenja nositelja prava. Isto tako, oštećenje knjige njezinu vlasniku ne daje pravo na preprodaju njezine kopije, isto kao što ni oštećenje ploče ne daje pravo na prenošenje njezina sadržaja na kompaktni disk i njegovu preprodaju bez odobrenja nositelja prava.

45. Analogijom, iscrpljenje prava distribucije iz članka 4. točke (c) druge rečenice Direktive 91/250 primjenjuje se samo na originalni nosač koji je prodao njegov nositelj ili je prodat uz njegovu suglasnost (originalni fizički nosač). Suprotno onomu što tvrde tuženici, latvijska vlada i Komisija, pravilo o iscrpljenju ne primjenjuje se na preprodaju, bez suglasnosti nositelja prava, drugih nosača na kojima se nalazi računalni program (fizički primjerci koji nisu originalni), čak ni u slučaju oštećenja originalnog nosača.

7 — Direktiva 2001/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2001. o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacijskom društvu (SL 2001., L 167, str. 10.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 119.) Prema članku 4. stavku 2. „[p]ravo distribucije unutar [Unije] ne iscrpljuje se u pogledu izvornika ili primjeraka djela, osim kada je prva prodaja ili drugi prijenos vlasništva *na tom predmetu* u [Uniji] izvršen od strane nositelja prava ili uz njegov pristanak”. (moje isticanje)

8 — Presuda od 22. siječnja 2015. (C-419/13, EU:C:2015:27)

9 — Presuda od 22. siječnja 2015. (C-419/13, EU:C:2015:27)

46. Na trećem mjestu, čini mi se da liberalni i srednji pristup dovode do miješanja pravila koja uređuju pravo distribucije s pravilima koja uređuju pravo reproduciranja.

47. Isto proizlazi i iz uvjeta prema kojem preprodavatelj mora „učiniti neupotrebljivim” sve primjerke u njegovu posjedu u trenutku preprodaje¹⁰. Naime, ta obveza, na koju se upućuje u točkama 70. i 78. presude *UsedSoft*¹¹, obvezuje preprodavatelja jer će u protivnom povrijediti pravo *reproduciranja*. Nasuprot tomu, ta obveza nije bitna za utvrđivanje postojanja povrede prava distribucije.

48. Isto tako, srednji pristup koji zastupa Komisija¹² podrazumijeva to da korisnik koji izrađuje fizički primjerak pod uvjetima iz članka 5. stavka 1. ili 2. Direktive 91/250 ima pravo, pod određenim uvjetima, distribuirati taj primjerak.

49. Međutim, tim odredbama propisane su iznimke od samog prava *reproduciranja*. Pod pretpostavkom da se primjerkom koji je izradio korisnik ne povređuje pravo s obzirom na uvjete iz članka 5. stavka 1. ili 2. Direktive 91/250, to ne znači da taj korisnik ima pravo prodati taj primjerak a da pritom povrijedi pravo distribucije. Pravo izrade primjerka za vlastito korištenje ne uključuje pravo prodati taj primjerak nekome drugome.

50. Na četvrtom mjestu, imam osjećaj da liberalni pristup koji zastupaju optuženici i latvijska vlada te srednji pristup koji zastupa Komisija nameću stjecatelju fizičkog primjerka koji nije originalan težak, štoviše nemoguć, teret dokazivanja koji je nemoguće zadovoljiti.

51. Prema mojem saznanju, Sud nikada nije izrijeком odlučio o teretu dokazivanja iscrpljenja u vezi s Direktivom 91/250. Ipak, u skladu s općim načelima koja uređuju teret dokazivanja, na stranci koja se poziva na određeno sredstvo obrane je da dokaže da za to ispunjava uvjete. U području prava žiga Sud je presudio, u skladu s tim načelima, da je na osobi koja se poziva na iscrpljenje da dokaže da za to ispunjava uvjete¹³. Ne vidim niti jedan razlog za odstupanje od tog pristupa u području autorskog prava, što potvrđuje i pravna nauka¹⁴.

52. Primjenom tih načela, na stjecatelju fizičkog primjerka koji nije originalan je da dokaže da su ispunjene pretpostavke koje navode optuženici, latvijska vlada i Komisija, na način da osobito dokaže da je originalni primjerak oštećen i da je preprodavatelj učinio neupotrebljivim sve druge primjerke u svojem posjedu. Prema mojem mišljenju, stjecatelju bi to bilo teško, štoviše nemoguće, dokazati, osobito u vezi s transakcijama na daljinu poput onih o kojima je riječ u sporu u glavnom postupku. Dodajem da se stjecatelj, ako ne uspije dokazati da se na kupljeni primjerak primjenjuje pravo na iznimku, izlaže riziku da se taj primjerak zaplijeni primjenom članka 7. stavka 2. Direktive 91/250.

10 — Vidjeti točku 36. ovog mišljenja.

11 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

12 — Vidjeti točku 37. ovog mišljenja.

13 — Vidjeti u tom smislu presudu od 20. listopada 2001., Zino Davidoff i Levi Strauss (C-414/99 do C-416/99, EU:C:2001:617, t. 54.). Sud je također presudio da se člancima 34. i 36. UFEU-a ne protivi nacionalno pravilo koje propisuje da pretpostavke za primjenu pravila o iscrpljenju treba dokazati osoba koja se na to poziva, osim u okolnostima kada takvo pravilo nositelju žiga omogućava razdvajanje nacionalnih žigova. Vidjeti u tom smislu presudu od 8. travnja 2003., Van Doren + Q (C-244/00, EU:C:2003:204, t. 35. do 42.).

14 — Walter, M. i von Lewinski, S., *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010., br. 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.” (slobodan prijevod: „Svaka osoba koja se poziva na to da je pravo distribucije iscrpljeno u vezi s točno određenim primjerkom mora, u načelu, snositi teret dokazivanja u skladu s općim pravilima.”)

53. Na petom i posljednjem mjestu, imam osjećaj da liberalni pristup koji zastupaju optuženici i latvijska vlada i srednji pristup koji zastupa Komisija osjetno kompliciraju borbu protiv krivotvorenih primjeraka. Naime, i u skladu s onim što naglašava društvo Microsoft, u praksi je često nemoguće razlikovati sigurnosni primjerak kojim se ne povređuje pravo (jer je izrađen u skladu s člankom 5. stavkom 2. Direktive 91/250) od krivotvorenog primjerka. Stoga bi dopuštanje prodaje sigurnosnih primjeraka, u skladu s prijedlogom optuženika, latvijske vlade i Komisije, dovelo do velikih praktičnih poteškoća za tijela zadužena za borbu protiv krivotvorenja.

54. Uzimajući u obzir sve te razloge, smatram da članak 4. točku (c) Direktive 91/250 treba tumačiti na način da se u okolnostima opisanima u točki 25. ovog mišljenja povređuje isključivo pravo distribucije koje pripada nositelju prava.

C – Postojanje povrede prava reproduciranja zbog prodaje fizičkih primjeraka računalnih programa koji nisu originalni

55. Unatoč tomu što povreda prava distribucije može biti dostatan odgovor na pitanja upućena Sudu, čini mi se da je važno, s obzirom na sumnje koje je izrazio sud koji je uputio zahtjev i odredbe Direktive 91/250 na koje se on poziva, ispitati treba li članak 4. točku (a) kao i članak 5. stavke 1. i 2. Direktive 91/250 tumačiti na način da se u okolnostima opisanima u točki 25. ovog mišljenja povređuje isključivo pravo reproduciranja koje pripada nositelju prava.

56. U sporu u glavnom predmetu nesporno je da su optuženici prodali više fizičkih primjeraka računalnih programa koji nisu originalni i izrađeni su bez suglasnosti nositelja prava, odnosno društva Microsoft. Izradom takvih primjeraka nanosi se šteta pravu reproduciranja društva Microsoft, osim u slučaju da se dokaže da se na te primjerke primjenjuje iznimka od prava reproduciranja.

57. Članak 5. Direktive 91/250 propisuje dvije iznimke koje mogu biti relevantne u okolnostima iz spora u glavnom postupku i na koje se pozvao sud koji je uputio zahtjev. Za radnju reproduciranja nije, u načelu, potrebno odobrenje nositelja prava, s jedne strane, ako je ona zakonitom stjecatelju potrebna za korištenje računalnog programa u skladu s njegovom namjeravanom svrhom (članak 5. stavak 1. te direktive) ili, s druge strane, ako se ta radnja sastoji od izrade sigurnosnog primjerka potrebnog za njegovo korištenje (članak 5. stavak 2. te Direktive).

58. Na sudu koji je uputio zahtjev je da odredi jesu li, u trenutku njihove izrade, fizički primjerci koji nisu originalni, a o kojima je riječ u sporu u glavnom postupku, uistinu primjerci potrebni za korištenje tih programa ili sigurnosni primjerci u smislu tih odredbi. Činjenična utvrđenja navedena u odluci kojom se upućuje zahtjev ne sadržavaju ništa što bi upućivalo na to.

59. Međutim, čak i pod pretpostavkom da fizički primjerci koji nisu originalni, a o kojima je riječ u glavnom postupku, ulaze u područje primjene iznimki propisanih člankom 5. Direktive 91/250 u trenutku njihove izrade, smatram da njihova naknadna prodaja dovodi do gubitka prava na te iznimke, zbog sljedećih razloga.

60. S jedne strane, iz teksta članka 5. stavka 1. Direktive 91/250 proizlazi da fizički primjerak koji nije originalan treba izraditi zakoniti stjecatelj ako mu je to potrebno za korištenje računalnog programa u skladu s njegovom namjeravanom svrhom. Međutim, u slučaju preprodaje računalnog programa, taj zakoniti stjecatelj prenosi prava korištenja koja ima na tom programu i mora ga prestati koristiti. Stoga on više ne može ispunjavati uvjet prema kojem mu fizička kopija koja nije originalna mora biti potrebna za korištenje računalnog programa u skladu s njegovom namjeravanom svrhom. Kao što je to navela Komisija, pojam „korištenje” iz te odredbe ne smije se tumačiti na način da uključuje izradu fizičkih kopija koje nisu originalne radi njihove preprodaje.

61. S druge strane, članak 5. stavak 2. Direktive 91/250 podrazumijeva da osoba koja ima pravo koristiti program izrađuje sigurnosni primjerak „ako je to potrebno za to korištenje programa”. Na isti način, u slučaju preprodaje računalnog programa, njegov imatelj će ga morati prestati koristiti i više neće moći ispunjavati taj uvjet.

62. Iz prethodno navedenog proizlazi da će, kako navode društvo Microsoft ili talijanska vlada, prodaja fizičkog primjerka koji nije originalan – a koju, po definiciji, nije odobrio nositelj prava – dovesti do povrede prava reproduciranja, zbog gubitka prava na iznimke iz članka 5. stavaka 1. i 2. Direktive 91/250.

63. Čini mi se da točke 70. i 78. presude UsedSoft¹⁵ govore u prilog tom tumačenju, s obzirom na to da je Sud presudio da preprodavatelj treba učiniti neupotrebljivim sve primjerke u svojem posjedu osim primjerka koji se preprodaje, jer će u protivnom povrijediti pravo reproduciranja. Naime, primjerci koje treba učiniti neupotrebljivim su osobito, prema mojem mišljenju, oni koje je izradio preprodavatelj u skladu s člankom 5. stavkom 1. i 2. Direktive 91/250.

64. Optuženici su u svojim pisanim očitovanjima potvrdili da su kupili sve primjerke računalnih programa o kojima je riječ u sporu u glavnom postupku od poduzetnika ili pojedinaca koji ih više nisu koristili.

65. Očito je da je na sudu koji je uputio zahtjev, a ne na Sudu, da odluči o tom činjeničnom pitanju. Ako se utvrdi da su optuženici uistinu prodali fizičke primjerke koji nisu originalni koje su izradile treće osobe, ne može im se pripisati, kao takva, povreda prava reproduciranja propisana člankom 4. točkom (a) Direktive 91/250.

66. U tom slučaju, optuženici se ipak mogu pozvati na članak 7. stavak 1. točku (a) ili (b) Direktive 91/250. U tom pogledu je na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi ispunjavaju li optuženici uvjete iz tih odredbi, i, osobito, jesu li znali ili su imali razloga vjerovati da se primjercima o kojima je riječ u glavnom postupku povređuje pravo.

67. Dodajem da se primjerke računalnog programa kojima se povređuje pravo može zaplijeniti u skladu sa zakonodavstvom države članice o kojoj je riječ, primjenom članka 7. stavka 2. Direktive 91/250.

68. S obzirom na prethodna razmatranja, smatram da članak 4. točku (a) kao i članak 5. stavke 1. i 2. Direktive 91/250 treba tumačiti na način da se u okolnostima opisanima u točki 25. ovog mišljenja povređuje isključivo pravo reproduciranja koje pripada nositelju prava.

D – Doseg presude UsedSoft u ovom postupku

69. Optuženici, latvijska vlada i Komisija u svojim očitovanjima utemeljili su argumente na više točaka presude UsedSoft¹⁶. Sud koji je uputio zahtjev također se pita o važnosti te presude u okolnostima predmeta u glavnom postupku.

70. Nakon što sam ispitao postoji li povreda prava distribucije i povreda prava reproduciranja u okolnostima poput onih u sporu u glavnom postupku, procjenjujem da je važno iznijeti i razloge zbog kojih smatram da ta presuda ima samo ograničenu važnost u okviru ovog predmeta.

¹⁵ — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

¹⁶ — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

71. Valja se prisjetiti da se taj postupak odnosi na preprodaju, od strane društva UsedSoft, licencija za korištenje u vezi s primjercima računalnih programa koji nisu fizički koje se učinilo dostupnima na internetskoj stranici nositelja prava, društva Oracle. To društvo usprotivilo se takvoj preprodaji tvrdeći osobito da se pravilo o iscrpljenju prava distribucije ne primjenjuje na takve primjerke koji nisu fizički¹⁷.

72. Sud je presudio da se pravilo o iscrpljenju mora primijeniti kako na fizičke primjerke računalnih programa tako i na one koji nisu fizički¹⁸. Kada je riječ konkretno o primjercima koji nisu fizički, Sud je pojasnio da se iscrpljenje treba primijeniti na primjerak koji je učinjen dostupnim putem interneta kada je nositelj prava dodijelio pravo na uporabu tog primjerka bez ograničenja razdoblja uz plaćanje cijene koja mu treba dati naknadu koja odgovara ekonomskoj vrijednosti tog primjerka čiji je vlasnik¹⁹.

73. Osim toga, radi očuvanja korisnog učinka pravila o iscrpljenju, Sud je presudio da, odstupanjem od isključivog prava reproduciranja koje ima nositelj prava, drugi stjecatelj takvog primjerka koji nije fizički ima pravo izraditi primjerak na svojem računalu s ciljem korištenja tog programa na način koji je u skladu s njegovom namjeravanom svrhom, primjenom članka 5. stavka 1. Direktive 91/250²⁰.

74. Prema mojem mišljenju, rješenje koje je usvojio Sud u toj presudi bilo je vođeno željom da se sačuva korisni učinak iscrpljenja prava distribucije proširivanjem njegova područja primjene na primjerke računalnog programa koji nisu fizički. Suprotno rješenje potaknulo bi, naime, nositelje prava na distribuiranje njihovih računalnih programa u obliku koji nije fizički radi izbjegavanja primjene pravila o iscrpljenju.

75. Međutim, okolnosti u glavnom postupku osjetno se razlikuju od onih u kojima je donesena presuda UsedSoft²¹.

76. S jedne strane, nijedan element iz spisa dostavljenog Sudu u ovom predmetu ne dopušta zaključak da su optuženici prodali licencije za korištenje u vezi s primjercima koji nisu fizički, a koji su bili predmet presude UsedSoft²². Suprotno tome, nesporno je da se spor u glavnom postupku odnosi na *fizičke* primjerke računalnih programa koji nisu originalni.

77. S druge strane, razlozi zbog kojih je Sud usvojio rješenje iz te presude ne mogu se prenijeti na ovaj slučaj. Naime, u „klasičnijim” okolnostima u kojima je riječ o fizičkim primjercima prodanima uz suglasnost nositelja prava, ne postoji osobiti rizik koji bi utjecao na korisni učinak pravila o iscrpljenju prava distribucije. U tom pogledu naglašavam da društvo Microsoft ne osporava to da se na originalne fizičke primjerke tih računalnih programa, koje prodaje ono samo ili se prodaju uz njegovu suglasnost, primjenjuje iscrpljenje prava distribucije. Dakle, suprotno društvu Oracle u predmetu UsedSoft²³, društvo Microsoft ne protivi se nastanku tržišta prodaje rabljenih originalnih primjeraka nego nastanku tržišta prodaje rabljenih primjeraka koji nisu originalni i izrađuju se i prodaju bez njegove suglasnosti.

78. S obzirom na razlike između okolnosti u ovom postupku i okolnosti u kojima je donesena presuda UsedSoft²⁴, smatram da ta presuda ima samo ograničenu važnost u okviru ovog predmeta. Kao što je to opravdano navela Komisija, Sud u toj presudi jednostavno nije ispitao pitanje preprodaje fizičkih primjeraka koji nisu originalni.

17 — Presuda od 3. srpnja 2012., UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, t. 53.)

18 — Presuda od 3. srpnja 2012., UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, t. 59.)

19 — Presuda od 3. srpnja 2012., UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, t. 72.)

20 — Presuda od 3. srpnja 2012., UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, t. 83. i 88.)

21 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

22 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

23 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

24 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

79. Važnost tog pojašnjenja nije isključivo teorijske prirode. Naime, iz toga proizlazi da se rješenje iz te presude, u kojoj se određuju uvjeti u kojima preprodaja primjerka koji nije fizički ne povređuje pravo distribucije, ne primjenjuje analogijom na okolnosti poput onih u sporu u glavnom postupku, suprotno onome što tvrde optuženici, latvijska vlada i Komisija²⁵.

80. Zaključno, rješenje iz presude UsedSoft²⁶ odnosi se na poseban kontekst prodaje licencija za korištenje u vezi s primjercima računalnih programa koji nisu fizički, a koji zakonodavac Unije nije izričito predvidio pri donošenju Direktive 91/250. Izvan tog posebnog konteksta, treba na klasičan način primijeniti odredbe o isključivom pravu distribucije i reproduciranja, a osobito članke 4. i 5. Direktive 91/250.

E – *Praktične posljedice predloženog pristupa*

81. Praktične posljedice pristupa koji predlažem Sudu su sljedeće.

82. Kada se originalni primjerak računalnog programa, koji je prodao nositelj prava ili je prodan uz njegovu suglasnost, nalazi na fizičkom nosaču, pravilo o iscrpljenju prava distribucije primjenjuje se samo na taj originalni fizički primjerak. Preprodavatelj takvog primjerka dužan je, među ostalim, učiniti neupotrebljivim sve druge primjerke u svojem posjedu jer će u protivnom povrijediti pravo reproduciranja. Stoga bi taj pristup pravno spriječio nastanak tržišta rabljene robe za fizičke primjerke računalnih programa koji nisu originalni, ali ne bi ometao nastanak takvog tržišta za originalne primjerke.

83. Kada se originalni primjerak ne nalazi na fizičkom nosaču, treba primijeniti rješenje Suda iz presude UsedSoft²⁷ radi očuvanja korisnog učinka pravila o iscrpljenju. Dakle, pravo distribucije na primjerku koji nije fizički, iscrpljeno je kada je nositelj prava dodijelio izvornom stjecatelju pravo na uporabu tog primjerka bez ograničenja razdoblja uz plaćanje cijene koja mu treba dati naknadu koja odgovara ekonomskoj vrijednosti primjerka djela čiji je vlasnik (točka 72.) Preprodavatelj takvog primjerka dužan je, među ostalim, učiniti neupotrebljivim sve druge primjerke u svojem posjedu jer će u protivnom povrijediti pravo reproduciranja (točke 70. i 78.). To rješenje omogućava nastanak tržišta rabljene robe za primjerke računalnih programa koji nisu u fizičkom obliku.

VI – **Zaključak**

84. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem da Sud na prethodna pitanja koja je uputio Rigas apgabaltiesas Kriminālietu tiesu kolēģija (Regionalni sud u Rigi, odjel za kaznene predmete, Latvija) odgovori kako slijedi:

Članak 4. točke (a) i (c) kao i članak 5. stavke 1. i 2. Direktive Vijeća 91/250/EEZ od 14. svibnja 1991. o pravnoj zaštiti računalnih programa, kako je izmijenjena Direktivom Vijeća 93/98/EEZ od 29. listopada 1993. godine o usklađivanju trajanja zaštite autorskog prava i određenih srodnih prava treba tumačiti na način da se povređuje isključivo pravo reproduciranja i distribucije nositelja prava kada je primjerak računalnog programa izradio korisnik, bez odobrenja nositelja prava, na fizičkom nosaču različitom od originalnog fizičkog nosača i kada je taj primjerak prodao, bez odobrenja nositelja prava, taj ili neki drugi korisnik, i to čak i u okolnostima kada je:

— originalni fizički nosač oštećen i

25 — Vidjeti točke 36. i 37. ovog mišljenja.

26 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

27 — Presuda od 3. srpnja 2012. (C-128/11, EU:C:2012:407)

— prodavatelj tog primjerka učinio neupotrebljivim svaki drugi primjerak u svojem posjedu.