



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
YVES'A BOTA
przedstawiona w dniu 24 kwietnia 2012 r.¹

Sprawa C-128/11

**Axel W. Bierbach, syndyk masy upadłościowej UsedSoft GmbH,
przeciwko
Oracle International Corp.**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesgerichtshof (Niemcy)]

Ochrona prawna programów komputerowych — Dyrektywa 2009/24/WE — Wprowadzanie do obrotu używanego oprogramowania komputerowego pobranego z Internetu — Wyczerpanie prawa do rozpowszechniania

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych².
2. Pytania zostały postawione w ramach sporu między UsedSoft GmbH, reprezentowaną przez Axela W. Bierbacha jako syndyka masy upadłościowej tej spółki³, a Oracle International Corp⁴. w związku z wprowadzaniem przez UsedSoft do obrotu „używanego” oprogramowania komputerowego Oracle.

I – Ramy prawne

A – Prawo międzynarodowe

3. Światowa Organizacja Własności Intelektualnej (WIPO) sporządziła w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r. traktat WIPO o prawie autorskim. Traktat ten został zatwierdzony w imieniu Wspólnoty Europejskiej decyzją Rady 2000/278/WE z dnia 16 marca 2000 r.⁵.
4. Zgodnie z art. 4 tego traktatu programy komputerowe są chronione jak utwory literackie w rozumieniu art. 2 konwencji berneńskiej. Ochrona ta odnosi się do programów komputerowych niezależnie od sposobu lub formy przejawiania się.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dz.U. L 111, s. 16.

3 — Zwaną dalej „UsedSoft”.

4 — Zwaną dalej „Oracle”.

5 — Dz.U. L 89, s. 6.

5. Artykuł 6 traktatu WIPO o prawie autorskim, zatytułowany „Prawo wprowadzania do obrotu” [prawo do rozpowszechniania], stanowi:

„1. Autorom utworów literackich i artystycznych przysługuje wyłączne prawo zezwalania na publiczne udostępnianie oryginału i zwielokrotnionych egzemplarzy utworów drogą sprzedaży lub innej formy przeniesienia własności.

2. Niniejszy traktat nie ogranicza swobody Umawiających się Stron określenia ewentualnych warunków, w których następuje wyczerpanie prawa, o którym mowa w ust. 1, po dokonanej za zezwoleniem autora pierwszej sprzedaży lub innej formy przeniesienia własności oryginału lub zwielokrotnionego egzemplarza utworu”.

6. W uzgodnionych deklaracjach do traktatu WIPO o prawie autorskim dotyczących art. 6 i 7 postanowiono, co następuje:

„Używane w tych artykułach wyrażenia »zwielokrotnione egzemplarze« i »oryginał i zwielokrotnione egzemplarze«, w kontekście prawa wprowadzania do obrotu [prawa rozpowszechniania] i prawa najmu przewidzianych w tych artykułach, odnoszą się wyłącznie do utrwalonych zwielokrotnionych egzemplarzy, które mogą zostać wprowadzone do obrotu jako przedmioty materialne”.

B – Prawo Unii

1. Dyrektywa 2009/24

7. Dyrektywa 2009/24 stanowi wersję ujednoczoną dyrektywy Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych⁶.

8. Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2009/24 „państwa członkowskie chronią prawem autorskim programy komputerowe w taki sposób jak dzieła literackie w rozumieniu konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych”.

9. Artykuł 4 tej dyrektywy, zatytułowany „Czynności zastrzeżone”, stanowi:

„1. Z zastrzeżeniem przepisów art. 5 i 6 prawa wyłączne uprawnionego, w rozumieniu art. 2, obejmują prawo do wykonywania lub zezwalania na:

- a) trwałe lub czasowe powielanie [zwielokrotnienie] programu komputerowego jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, częściowo lub w całości. W zakresie w jakim ładowanie, wyświetlanie, uruchamianie, transmitowanie [przekazywanie] lub przechowywanie programu komputerowego wymaga takiego powielenia [zwielokrotnienia], takie czynności wymagają uzyskania zezwolenia uprawnionego;
- b) translację, adaptację, porządkowanie i jakiejkolwiek inne modyfikacje programu komputerowego i powielenie wyników tych działań bez uszczerbku dla praw osoby, która modyfikuje program;
- c) jakąkolwiek formę publicznej dystrybucji [publicznego rozpowszechniania], włącznie z wypożyczeniem [najmem] oryginalnego programu komputerowego lub jego kopii.

⁶ — Dz.U. L 122, s. 42.

2. Pierwsza sprzedaż na terytorium [Unii Europejskiej] kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji [prawo do rozpowszechniania] na terytorium [Unii] tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń [późniejszego najmu] programu lub jego kopii”.

10. Artykuł 5 tej dyrektywy, zatytułowany „Wyjątki od czynności zastrzeżonych”, stanowi w swoim ust. 1:

„W braku szczególnych przepisów umownych czynności określone w art. 4 ust. 1 lit. a) i b) nie wymagają zezwolenia uprawnionego, jeśli są konieczne do użycia [korzystania z] programu przez uprawnionego nabywcę zgodnie z zamierzonym celem, włącznie z poprawianiem błędów”.

2. Dyrektywa 2001/29

11. Motywy 28 i 29 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym⁷ stanowią:

„(28) Ochrona prawa autorskiego na mocy niniejszej dyrektywy obejmuje wyłączne prawo do kontrolowania dystrybucji [rozpowszechniania] utworu w postaci materialnego nośnika. Pierwsza sprzedaż na obszarze [Unii] oryginału utworu lub jego kopii przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem wyczerpuje całkowicie prawo do kontrolowania odprzedaży tego przedmiotu na obszarze [Unii]. Prawo to nie powinno zostać wyczerpane w wyniku sprzedaży oryginału lub jego kopii poza obszarem [Unii] przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem. Prawa autora do najmu i użyczenia zostały określone w dyrektywie nr 92/100/EWG⁸. Prawo do rozpowszechniania przewidziane w niniejszej dyrektywie nie narusza przepisów w zakresie praw do najmu i użyczenia znajdujących się w rozdziale I wymienionej dyrektywy.

(29) Problem całkowitego wykorzystania [wyczerpania prawa] nie powstaje w przypadku usług, w szczególności usług świadczonych przez Internet. Dotyczy to również materialnych kopii utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną, wykonanych przez użytkownika takiej usługi za zezwoleniem podmiotu praw autorskich. Stąd to samo stosuje się do najmu i użyczenia oryginału utworu lub jego kopii, które ze względu na swój charakter są usługami. W przeciwieństwie do CD-ROM lub CD-I, gdzie własność intelektualna ma postać materialnego nośnika, a mianowicie rzeczy, każda usługa świadczona przez Internet stanowi w istocie czynność, na którą należy uzyskać zezwolenie, o ile tak stanowi prawo autorskie lub prawo pokrewne”.

12. Artykuł 3 dyrektywy 2001/29, zatytułowany „Prawo do publicznego udostępniania utworów i prawo podawania do publicznej wiadomości innych przedmiotów objętych ochroną”, stanowi:

„1. Państwa członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniaania na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając [w to] podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie.

[...]

⁷ — Dz.U. L 167, s. 10.

⁸ — Dyrektywa Rady z dnia 19 listopada 1992 r. w sprawie prawa najmu i użyczenia oraz niektórych praw pokrewnych prawu autorskiemu w zakresie własności intelektualnej (Dz.U. L 346, s. 61).

3. Czynności publicznego udostępniania utworów i podawania do publicznej wiadomości określone w niniejszym artykule nie powodują wyczerpania praw określonych w ust. 1 i 2”.

13. Zgodnie z przepisem art. 4 tej dyrektywy, zatytułowanego „Prawo do rozpowszechniania”:

„1. Państwa członkowskie powinny przewidzieć dla autorów wyłączne prawo do zezwalania lub zabrania jakiegokolwiek formy publicznego rozpowszechniania oryginału swoich utworów lub ich kopii w drodze sprzedaży lub w inny sposób.

2. Prawo do rozpowszechniania na obszarze [Unii] oryginału lub kopii danego utworu wyczerpuje się tylko w przypadku pierwszej sprzedaży danego przedmiotu lub innego przeniesienia własności na obszarze [Unii] przez podmiot praw autorskich lub za jego zezwoleniem”.

C – Prawo krajowe

14. Paragrafy 69c i 69d Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych) z dnia 9 września 1965 r.⁹, w brzmieniu obowiązującym w chwili wystąpienia okoliczności sporu przed sądem krajowym (zwanej dalej „UrhG”), implementują do prawa krajowego, po pierwsze, art. 4 dyrektywy 2009/24 i art. 3 dyrektywy 2001/29, oraz po drugie, art. 5 dyrektywy 2009/24.

15. Paragraf 69c UrhG stanowi:

„Uprawniony ma wyłączne prawo do dokonywania lub zezwalania na:

1) trwałe lub czasowe zwielokrotnienie programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie; w zakresie, w którym dla wprowadzania, wyświetlania, wykonania, przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie, czynności te wymagają zgody uprawnionego;

2) tłumaczenie, przystosowywanie, zmianę układu lub jaki[e]kolwiek inn[e] zmian[y] w programie komputerowym, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała;

3) rozpowszechnianie, w tym najem, programu komputerowego lub jego kopii w jakiegokolwiek formie. Wprowadzenie do obrotu w drodze sprzedaży na terytorium [Unii] lub państwa będącego stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym [z dnia 2 maja 1992 r.¹⁰] kopii programu komputerowego za zgodą uprawnionego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem z wyjątkiem jego najmu;

4) jakiegokolwiek podawanie programu komputerowego do publicznej wiadomości, drogą przewodową lub bezprzewodową, w tym publiczne udostępnianie tego programu, w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”.

16. Paragraf 69d ust. 1 UrhG przewiduje:

„Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, czynności wymienione w § 69c pkt 1 i 2 nie wymagają zgody uprawnionego, jeżeli są niezbędne do korzystania z programu komputerowego zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym do poprawiania błędów przez każdą osobę uprawnioną do korzystania z jego kopii”.

9 — BGBl. 1965 I, s. 1273.

10 — Dz.U. 1994, L 1, s. 3.

II – Okoliczności faktyczne i postępowanie przed sądem krajowym

17. Spółka Oracle tworzy i sprzedaje oprogramowanie komputerowe. Spółka ta jest podmiotem wyłącznych praw autorskich do korzystania z tych programów, a ponadto właścicielem niemieckiego słownego znaku towarowego i wspólnotowego słownego znaku towarowego „Oracle”, które są zarejestrowane w szczególności dla oprogramowania komputerowego.

18. W 85% przypadków Oracle sprzedaje swoje oprogramowanie poprzez system pobierania plików z Internetu. Klient pobiera oprogramowanie bezpośrednio ze strony internetowej Oracle na swój komputer. Oferowane programy stanowią tak zwane oprogramowanie typu klient-serwer. Prawo korzystania z nich obejmuje uprawnienie do trwałego przechowywania oprogramowania na serwerze i udostępnienia tego oprogramowania określonej liczbie użytkowników poprzez wprowadzenie go do pamięci głównej ich komputerów biurowych. Umowa serwisowania oprogramowania przewiduje możliwość pobierania ze strony internetowej Oracle zaktualizowanych wersji oprogramowania (updates) oraz programów służących poprawieniu błędów (patches).

19. Umowy licencyjne zawierane przez Oracle zawierają pod tytułem „Przyznanie prawa” następujące postanowienie:

„W ramach płatności za usługi uzyskują Państwo, wyłącznie do celów własnej działalności gospodarczej, bezterminowe, niewyłączne, nieprzenaszalne i wolne od opłat prawo korzystania z wszystkich produktów i usług Oracle udostępnionych Państwu na podstawie niniejszej umowy”.

20. Spółka UsedSoft, która prowadzi działalność w zakresie wprowadzania do obrotu „używanych” licencji na oprogramowanie, w październiku 2005 r. zaoferowała „używane” licencje Oracle, wskazując, że są one aktualne, co oznacza, iż umowa serwisowania zawarta z Oracle przez licencjobiorcę początkowego nadal wywołuje skutki prawne, oraz że legalność sprzedaży jest potwierdzana poświadczeniem notarialnym.

21. Klienci UsedSoft, którzy nie są posiadaczami oprogramowania Oracle, pobierają je, po nabyciu „używanej” licencji, bezpośrednio ze strony internetowej Oracle. Klienci, którzy są już posiadaczami oprogramowania i dokupują licencje dla dodatkowych użytkowników, pobierają oprogramowanie do pamięci głównej komputerów biurowych tych użytkowników.

22. Oracle wytoczyła przed Landgericht München I powództwo mające na celu powstrzymanie tych praktyk, które zostało uwzględnione zgodnie z żądaniami pozwu. Apelacja wniesiona przez UsedSoft przeciwko temu orzeczeniu została oddalona, w następstwie czego spółka ta wniosła kasację do Bundesgerichtshof (Niemcy).

III – Pytania prejudycjalne

23. Bundesgerichtshof postanowił zawiesić prowadzone przed nim postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy ten, kto może powołać się na wyczerpanie prawa do [rozpowszechniania] kopii programu komputerowego, jest »uprawnionym nabywcą« w rozumieniu dyrektywy art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 [...]?
- 2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy prawo do [rozpowszechniania] kopii programu komputerowego wyczerpuje zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 [...] sporządzenie przez nabywcę kopii poprzez [pobranie] programu z Internetu na nośnik danych za zgodą uprawnionego?

- 3) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej również na pytanie drugie: czy również ten, kto nabył »używaną« licencję na oprogramowanie, może w odniesieniu do sporządzenia kopii programu powołać się »jako uprawniony nabywca«, na podstawie art. 5 ust. 1 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 [...], na wyczerpanie prawa do [rozpowszechniania] kopii programu komputerowego sporządzonej przez pierwszego nabywcę poprzez [pobranie] programu z Internetu na nośnik danych za zgodą uprawnionego, jeżeli pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo jej nie używa?».

IV – Moja analiza

A – Uwagi wstępne

24. Sąd krajowy przyjmuje, że klienci UsedSoft, którzy pobierają programy komputerowe ze strony internetowej Oracle lub ładują je z nośnika danych do pamięci głównej kolejnych komputerów, dokonują czynności zwielokrotnienia w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2009/24, naruszając tym samym wyłączne prawo Oracle do zwielokrotnienia. Ponadto ze względu na to, że zgodnie z warunkami licencji udzielonej przez Oracle to prawo do korzystania jest „nieprzenaszalne”, zdaniem Bundesgerichtshof klienci Oracle nie mogą skutecznie przenieść na UsedSoft prawa do zwielokrotnienia, a spółka ta nie może w związku z tym przenieść tego prawa dalej na swoich klientów.

25. Zdaniem sądu krajowego rozstrzygnięcie sporu zależy w związku z tym od tego, czy klienci UsedSoft mogą skutecznie powołać się na przepis § 69d ust. 1 UrhG, za pomocą którego dokonana została transpozycja do prawa niemieckiego art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 i zgodnie z którym zwielokrotnienie programu komputerowego nie wymaga zezwolenia uprawnionego, jeśli jest niezbędne do korzystania z programu przez uprawnionego nabywcę zgodnie z jego przeznaczeniem.

26. Według sądu krajowego rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga ustosunkowania się do trzech zagadnień: po pierwsze, czy osobie, która może powołać się na wyczerpanie prawa do rozpowszechniania, przysługuje status „uprawnionego nabywcy” w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24; po drugie, czy w przypadku pobrania kopii programu z Internetu za zgodą uprawnionego następuje wyczerpanie prawa do rozpowszechniania; oraz po trzecie, czy nabywca używanej licencji może powołać na wyczerpanie tego prawa, jeżeli pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo przestał z niej korzystać.

27. Chociaż pytanie drugie zostało postawione tylko pod warunkiem udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze, uważam, że to właśnie na drugie pytanie należy odpowiedzieć w pierwszej kolejności. Jest tak dlatego, że przed zbadaniem kwestii, czy osoba, która może powołać się na wyczerpanie prawa do rozpowszechniania, może zostać uznana za „uprawnionego nabywcę” w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24, należy rozstrzygnąć, czy pobieranie programów komputerowych Oracle przez osobę, której miejsce pobytu znajduje się na terytorium Unii, prowadzi do „wspólnotowego” wyczerpania prawa do rozpowszechniania tych programów na podstawie art. 4 ust. 2 tej dyrektywy. Według mnie to właśnie ta kwestia, która dotyczy możliwości zastosowania zasady wyczerpania prawa do pobierania z Internetu, ma podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu.

28. W dalszej kolejności łącznie odpowiem na pytania pierwsze i trzecie, które dotyczą tego, czy nabywca używanej licencji może, na podstawie art. 5 ust. 2 dyrektywy 2009/24 w związku z jej art. 5 ust. 1, powołać się na wyczerpanie prawa do rozpowszechniania kopii programu komputerowego pobranego przez pierwszego nabywcę w celu sporządzenia, jako uprawniony nabywca, nowej kopii programu, jeżeli ów pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo przestał z niej korzystać.

B – W przedmiocie pytania drugiego

29. Sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy prawo do rozpowszechniania kopii programu komputerowego ulega wyczerpaniu, w myśl art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, w następstwie sporządzenia przez nabywcę, za zgodą uprawnionego, kopii tego programu poprzez pobranie go z Internetu na nośnik danych.

1. Uwagi stron przed sądem krajowym, rządów i Komisji Europejskiej

30. W pierwszej kolejności UsedSoft podnosi, że brzmienie art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 umożliwia stosowanie reguły wyczerpania prawa do pobierania oprogramowania z Internetu, gdyż z jednej strony sformułowanie „kopia programu komputerowego” można rozumieć w ten sposób, iż obejmuje ono proces umożliwiający nabywcy zarejestrowanie programu, a z drugiej strony sformułowanie „pierwsza sprzedaż” nie zakłada przeniesienia własności w formie przekazania nośnika, gdyż najistotniejsze jest tutaj osiągnięcie końcowego celu gospodarczego tej czynności, czyli umożliwienie trwałego korzystania z programu. Twierdząc, że ta sprzedaż charakteryzuje się, niezależnie od przekazania nośnika, przekazaniem prawa korzystania na czas nieoznaczony w zamian za jednorazową zapłatę ceny, UsedSoft podnosi, że z brzmienia dyrektywy 2009/24 wynika, iż wyczerpanie prawa do rozpowszechniania następuje w momencie, w którym klient Oracle sporządza za zgodą uprawnionego kopię programu komputerowego poprzez pobranie go na nośnik danych.

31. UsedSoft dodaje, że taką wykładnię, opartą na brzmieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, potwierdza cel zasady wyczerpania prawa, którym jest zapewnienie równowagi między ekonomicznym interesem autora dzieła polegającym na czerpaniu z niego korzyści a interesem polegającym na zapewnieniu swobodnego przepływu towarów i usług. Ze względu na to, że w przypadku trwałego udostępnienia oprogramowania komputerowego w zamian za zapłatę ceny uprawniony ma możliwość czerpania korzyści ekonomicznych ze swojej pracy twórczej w drodze sprzedaży przedmiotu objętego ochroną, UsedSoft twierdzi, że ów autor dzieła nie może decydować o możliwości ewentualnego zastosowania zasady wyczerpania prawa, dokonując wyboru między dwoma sposobami rozpowszechniania, które z ekonomicznego punktu widzenia są sobie równoważne. Gdyby tak było, prowadziłoby to do przyznania monopolu na rozpowszechnianie, czemu właśnie zasada wyczerpania prawa ma przeciwdziałać. W przypadku gdyby omawianą działalność należało uznać za świadczenie usług, zasada wyczerpania prawa nadal powinna znajdować zastosowanie, gdyż swobodne świadczenie usług również stanowi część podstawowych zasad Unii.

32. UsedSoft wyjaśnia, że Trybunał odrzucił możliwość stosowania zasady wyczerpania prawa do typowo niematerialnych sposobów korzystania, takich jak prawo do publicznego wykonania, wyświetlania lub nadawania, nie z powodu niematerialnego charakteru tych praw, lecz dlatego, że każdorazowe skorzystanie z nich daje możliwość pobrania opłaty, co w konsekwencji oznacza, iż interes ekonomiczny autora nie zostałby zaspokojony w momencie pierwszego wprowadzenia do obrotu.

33. UsedSoft podnosi, że ani art. 3 ust. 3 dyrektywy 2001/29, ani jej motyw 29 nie dają podstaw do przyjęcia odmiennego stanowiska, gdyż dotyczą one jedynie szczególnego przypadku udostępnienia usługi, z której można skorzystać jednorazowo w okresie ograniczonym do czasu połączenia z serwerem autora. Inaczej niż w przypadku udostępnienia celem trwałego korzystania w zamian za jednorazową zapłatę ceny, omawiane usługi, skonstruowane na zasadzie powtarzalnych odpłatnych świadczeń, nie pozwalają zabezpieczyć interesów ekonomicznych uprawnionego w momencie pierwszego ich świadczenia.

34. Oracle twierdzi, że pobieranie kopii programów komputerowych nie stanowi sprzedaży, gdyż wynagrodzenie nie jest pobierane z tytułu samego pobrania programu, lecz z tytułu umowy licencyjnej, w zamian za prawo korzystania z niego na podstawie tej umowy. Po zawarciu umowy serwisowania pierwszy nabywca nie ma ponadto możliwości odsprzedania wersji pobranej początkowo, lecz jedynie innej wersji, uzupełnionej i zaktualizowanej.

35. Odwołując się do orzecznictwa Trybunału, a w szczególności do wyroku z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie *British Horseracing Board i in.*¹¹, do uzgodnionych deklaracji do traktatu WIPO o prawie autorskim, a także do sprawozdania Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego i Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wdrożenia i skutków dyrektywy 91/250 z dnia 10 kwietnia 2000 r.¹², Oracle dodaje, że wyczerpanie prawa do rozpowszechniania może nastąpić tylko w przypadku przeniesienia własności fizycznego obiektu, co wyklucza całkowicie niematerialną czynność pobierania. Zdaniem tej spółki „kopia programu komputerowego” w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 może odnosić się wyłącznie do rzeczy fizycznej, czyli „produktu”. Taka koncepcja jest zgodna z charakterem i celem zasady wyczerpania prawa, służącej zapewnieniu swobodnego przepływu fizycznych egzemplarzy, które zostały wprowadzone do obrotu za zgodą uprawnionego, nie zaś umożliwieniu rozpowszechniania kopii sporządzonych przez samego użytkownika.

36. W każdym razie Oracle zwraca uwagę, że nawet gdyby na omawiane pytanie udzielić odpowiedzi pozytywnej, wyczerpanie prawa do rozpowszechniania, które następowaloby w następstwie pobrania programu komputerowego, nie uprawniałoby pierwszego nabywcy do przeniesienia kopii na inny nośnik. Użytkownik mógłby jedynie fizycznie przenieść sam nośnik, co wymagałoby na przykład wyjęcia dysku twardego, na który pobrał ów program.

37. Oracle wyjaśnia, że nie ma różnicy między sytuacją, w której program komputerowy został uzyskany w drodze nabycia płyty CD-ROM, a sytuacją, w której został on pobrany z Internetu, gdyż w obu tych przypadkach możliwość korzystania z kopii tego programu wymaga zawarcia umowy licencyjnej.

38. Rządy francuski i hiszpański, Irlandia oraz rząd włoski podnoszą, że prawo do rozpowszechniania programu komputerowego ulega wyczerpaniu wyłącznie wówczas, gdy kopia tego programu zostaje wprowadzona do obrotu poprzez umieszczenie jej na materialnym nośniku. Rząd francuski, Irlandia i rząd włoski opierają się na kontekście prawnym, w świetle którego należy interpretować dyrektywę 2009/24, a w szczególności na dyrektywie 2001/29.

39. Irlandia podkreśla ponadto, że nawet gdyby przyjąć, iż udzielenie przez uprawnionego licencji stanowi sprzedaż, to licencja ta nie została udzielona w odniesieniu do kopii, które zostały pobrane lub przeniesione przez późniejszych nabywców. Irlandia przypomina, że zasada wyczerpania prawa, która rozwinęła się w ramach swobodnego przepływu towarów, nie skutkuje wyczerpaniem prawa uprawnionego z patentu do rozpowszechniania, jeśli chodzi o egzemplarze inne niż te, które zostały wprowadzone do obrotu za jego zgodą. Odwołując się do wyroku z dnia 9 lipca 1985 r. w sprawie *Pharmon*¹³, Irlandia uważa, że rozpatrywany w niniejszej sprawie przypadek jest porównywalny do sytuacji, w której produkty są wprowadzane do obrotu na podstawie obowiązkowej licencji. Irlandia dodaje, że zezwolenie na korzystanie z licencji bez zgody uprawnionego może prowadzić do zahamowania innowacji i naruszać uprawnione interesy autora programu komputerowego.

11 — Wyrok w sprawie C-203/02, Zb.Orz. s. I-10415, pkt 58, 59.

12 — COM(2000) 199 wersja ostateczna.

13 — Wyrok w sprawie 19/84, Rec. s. 2281.

40. Rząd francuski dodaje do argumentów osadzonych w kontekście prawnym prawa Unii argumenty oparte na prawie międzynarodowym i orzecznictwie Trybunału¹⁴. Rząd ten podnosi, że w przypadku pobierania nie może być mowy o wyczerpaniu prawa, gdyż chodzi tu o ofertę składaną przez pośrednika usługi internetowej, i podkreśla, że umowa serwisowania bezsprzecznie dotyczy świadczenia usług.

41. Rząd włoski, którego zdaniem należy odróżnić sytuację właściciela kopii oprogramowania od sytuacji użytkownika uprawnionego do korzystania z oprogramowania na podstawie licencji, podnosi, że ze względu na to, iż prawo do rozpowszechniania nie obejmuje przypadków przeniesienia on-line elektronicznej kopii oprogramowania, ograniczenia wynikające z wyczerpania prawa do rozpowszechniania nie znajdują zastosowania. Rząd ten uważa, że odmienne rozwiązanie godziłoby w ochronę oprogramowania komputerowego w prawie Unii.

42. Komisja, która przypomina, że istotą sporu jest to, czy dozwolone jest odsprzedawanie programów komputerowych i czy prawa uprawnionego ulegają wyczerpaniu w momencie udostępnienia programu komputerowego do pobrania z serwera na warunkach ograniczających prawo użytkownika do przenoszenia programu na osobę trzecią, twierdzi, iż nie tylko z motywu 28 dyrektywy 2001/29, lecz również z art. 4 tej dyrektywy w związku z art. 8 traktatu WIPO o prawie autorskim i uzgodnionymi deklaracjami do tego traktatu, których transpozycja była jednym z celów dyrektywy 2001/29, wynika, że art. 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2009/24, bez względu na swoje brzmienie, nie obejmuje prawa do rozpowszechniania dzieła niezintegrowanego z obiektem fizycznym, który to przypadek objęty jest wyłącznie art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29. Tymczasem art. 3 ust. 3 tej dyrektywy stanowi, że prawo do publicznego udostępniania utworów, o którym mowa w art. 3 ust. 1 tej dyrektywy, nie ulega wyczerpaniu, zaś jej motyw 29 potwierdza ponadto, że problem wyczerpania prawa nie powstaje w przypadku usług, w szczególności usług świadczonych przez Internet.

2. Moja ocena

43. Zasada wyczerpania prawa, która wywodzi się z prawa niemieckiego i amerykańskiego¹⁵, służy zapewnieniu równowagi między koniecznością ochrony praw własności intelektualnej, które co do zasady przyznają uprawnionym monopol na korzystanie z nich, a wymogami swobodnego przepływu towarów. Zasada ta, która ogranicza wyłączne prawa uprawnionego z tytułu praw własności intelektualnych do pierwszego wprowadzenia do obrotu produktu chronionego przez te prawa, stanowi „wyraz [...] zamysłu prawnego, zgodnie z którym wyłączne prawo do wprowadzenia do obrotu nie pozwala na sprzeciwienie się rozpowszechnianiu tego samego produktu począwszy od momentu jego pierwszego wprowadzenia do obrotu”¹⁶.

44. Cel urzeczywistnienia obszaru bez granic wewnętrznych doprowadził Trybunał do włączenia tej zasady do porządku prawnego Unii. W swoim wyroku z dnia 8 czerwca 1971 r. w sprawie *Deutsche Grammophon*¹⁷ Trybunał uznał, że „wykonywanie przez producenta nośników dźwięku wyłącznego prawa do wprowadzania do obrotu chronionych artykułów wynikającego z ustawodawstwa państwa członkowskiego, w taki sposób, by zabronić wprowadzania na rynek w tym państwie produktów już wprowadzonych przez niego lub za jego zgodą w innym państwie członkowskim wyłącznie dlatego, że takie wprowadzanie do obrotu nie następuje na terytorium tego pierwszego państwa członkowskiego, byłoby niezgodne z przepisami przewidującymi swobodny przepływ towarów wewnątrz wspólnego rynku”.

14 — W szczególności wyroku z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-200/96 *Metronome Musik*, Rec. s. I-1953.

15 — W przedmiocie genezy tej zasady i jej uzasadnień zob. B. Castell, *L'«épuisement» du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, Paris 1989.

16 — Zobacz F.K. Beier, *La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux*, *Journal du droit international*, 1971, s. 5, a zwłaszcza s. 14.

17 — Wyrok w sprawie 78/70, Rec. s. 487.

45. Zgodnie z zasadą wyczerpania prawa uprawniony z tytułu praw własności intelektualnej, który wprowadził artykuły do obrotu na terytorium jednego państwa członkowskiego, traci możliwość powołania się na swój monopol na korzystanie w celu sprzeciwienia się ich przywozowi do innego państwa członkowskiego. Zasada ta znajduje uzasadnienie – ekonomiczne – w koncepcji, zgodnie z którą uprawniony z tytułu takich praw nie powinien czerpać nadmiernych dochodów dzięki korzystaniu z nich, a tak byłoby, gdyby mógł czerpać korzyści ekonomiczne z tytułu tego prawa przy okazji każdego przekroczenia granicy wewnętrznej Unii.

46. Wywodząca się z orzecznictwa zasada wyczerpania prawa została przejęta przez prawodawcę Unii, który powołał się na nią w wielu dyrektywach, w szczególności dotyczących znaków towarowych¹⁸, baz danych¹⁹, odmian roślin²⁰, prawa najmu i użyczenia utworów chronionych²¹, praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym oraz programów komputerowych. Wprawdzie bogate orzecznictwo Trybunału dotyczące tej dziedziny tworzy „doktrynę wspólnotowego wyczerpania prawa”, która może znajdować jednolite zastosowanie we wszystkich obszarach prawa własności intelektualnej, jednak przesłanki zastosowania tej zasady oraz jej zakres mogą istotnie różnić się w zależności od szczególnych cech każdej rozpatrywanej gałęzi prawa własności intelektualnej i szczególnych przepisów, które ją regulują.

47. Co się bardziej szczegółowo tyczy programów komputerowych, zasada wyczerpania prawa została ustanowiona w art. 4 dyrektywy 2009/24, która powtarza brzmienie art. 4 dyrektywy 91/250, dzieląc go jednak na dwa odrębne ustępy.

48. Podczas gdy art. 4 ust. 1 dyrektywy 2009/24 pośród wyłącznych praw przysługujących autorowi programu wymienia prawo do trwałego lub czasowego zwielokrotnienia, prawo do modyfikowania oraz prawo do wykonywania lub zezwalania na „jakąkolwiek formę publicznego rozpowszechniania włącznie z najmem oryginalnego programu komputerowego lub jego kopii”, art. 4 ust. 2 tej dyrektywy wyjaśnia, że zasada wyczerpania prawa znajduje zastosowanie wyłącznie do prawa do rozpowszechniania, z wyjątkiem „prawa do kontroli późniejszego najmu programu lub jego kopii”. Z przepisów tych wynika, że zasada wyczerpania prawa znajduje zastosowanie wyłącznie do prawa do rozpowszechniania, nie zaś do prawa do zwielokrotnienia lub modyfikowania. Ponadto, chociaż prawo do rozpowszechniania zostało zdefiniowane szeroko, wyłącznie jedna forma rozpowszechniania, a mianowicie sprzedaż, prowadzi do zastosowania zasady wyczerpania prawa. Raz jednak zastosowana, zasada ta zaczyna wywoływać skutki w odniesieniu do każdej innej formy rozpowszechniania, z wyjątkiem najmu.

18 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 października 2008 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz.U. L 299, s. 25). Artykuł 7 dyrektywy 2008/95 przewiduje:

„1. Znak towarowy nie uprawnia właściciela do zakazania używania tego znaku w odniesieniu do towarów, które zostały wprowadzone do obrotu na terytorium [Unii] pod tym znakiem towarowym przez właściciela lub za jego zgodą.

2. Ustęp 1 nie ma zastosowania, jeżeli właściciel ma prawnie uzasadnione powody, aby sprzeciwić się dalszemu obrotowi towarami, w szczególności jeżeli stan towarów zmienił się lub pogorszył się po wprowadzeniu ich do obrotu”.

19 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 96/9/WE z dnia 11 marca 1996 r. w sprawie ochrony prawnej baz danych (Dz.U. L 77, s. 20). Artykuł 5 lit. c) zdanie drugie dyrektywy 96/9 stanowi, iż „[p]ierwsza sprzedaż kopii bazy danych w [Unii] przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo do kontrolowania odsprzedaży tej kopii w [Unii]”.

20 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 2100/94 z dnia 27 lipca 1994 r. w sprawie wspólnotowego systemu ochrony odmian roślin (Dz.U. L 277, s. 1; sprostowanie: Dz.U. 2001, L 111, s. 31). Artykuł 16 rozporządzenia nr 2100/94 stanowi:

„Wspólnotowe prawo do ochrony odmian roślin zasadniczo nie obejmuje działań dotyczących jakiegokolwiek materiału chronionej odmiany lub odmiany chronionej przepisami art. 13 ust. 5 oraz jakiegokolwiek materiału pochodzącego z wymienionego materiału, który został przekazany osobom trzecim przez posiadacza lub za jego zgodą w jakiegokolwiek części [Unii], chyba że działania te:

a) obejmują dalsze rozmnażanie danej odmiany, chyba że takie rozmnażanie było zamierzone gdy przekazywano ten materiał;lub

b) obejmują wywóz składników odmiany do kraju trzeciego, który nie chroni rodzaju lub gatunku, do którego przynależy odmiana, chyba że wywożony materiał przeznaczono do konsumpcji”.

21 — Artykuł 1 ust. 4 dyrektywy 92/100 stanowi, że „[p]rawa określone w ust. 1 nie wygasną ani przez sprzedaż oryginałów lub egzemplarzy powielonych utworów chronionych prawem autorskim i innych przedmiotów ochrony wskazanych w art. 3 ust. 1, ani przez inne dotyczące ich czynności rozpowszechniania”.

49. Kwestia, czy zasada wyczerpania prawa, taka jak ustanowiona w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, może obejmować swoim zakresem wprowadzanie do obrotu „używanego” oprogramowania komputerowego pobranego z Internetu, była źródłem poważnych dyskusji w państwach członkowskich, w szczególności w Niemczech²², które to dyskusje odzwierciedlają prowadzone w Stanach Zjednoczonych dyskusje dotyczące możliwości stosowania doktryny „pierwszej sprzedaży” w środowisku cyfrowym²³.

50. Ponieważ wyczerpanie prawa następuje w momencie pierwszej „sprzedaży kopii programu komputerowego” na terytorium Unii przez uprawnionego lub za jego zgodą, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy istnieje konieczność nadania temu pojęciu, które już w momencie przyjęcia dyrektywy 2009/24 budziło wiele wątpliwości²⁴, jednolitej wykładni.

51. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zarówno względy jednolitego stosowania prawa wspólnotowego, jak i zasady równości wskazują na to, że treści przepisu prawa wspólnotowego, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii jednolitą wykładnię²⁵. Ponieważ dyrektywa 2009/24 nie zawiera odesłań do prawa krajowego w zakresie skutków użycia pojęcia sprzedaży kopii, należy uznać, że do celów stosowania tej dyrektywy pojęcie to stanowi autonomiczne pojęcie prawa Unii, któremu należy nadać autonomiczną wykładnię na terytorium wszystkich państw członkowskich, w szczególności w świetle sformułowań i kontekstu, w jakim zostało użyte, a także celów, do których dąży ta dyrektywa, i przepisów prawa międzynarodowego²⁶.

52. Z motywów 4 i 5 dyrektywy 2009/24 wynika, że ma ona na celu wyeliminowanie różnic istniejących w prawodawstwie państw członkowskich, które istotnie naruszają funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Ze względu na to, że Trybunał w swoim wyroku z dnia 20 listopada 2001 r. w sprawach połączonych Zino Davidoff i Levi Strauss²⁷ orzekł, że pojęciu zgody, która stanowi czynnik przesądzający o wygaśnięciu wyłącznego prawa, należy nadać jednolitą wykładnię, mając na uwadze osiągnięcie celu „takiej samej ochrony na podstawie systemów prawnych wszystkich państw członkowskich”²⁸, uznać należy, że warunkowi odnoszącemu się do sprzedaży kopii programu komputerowego nie powinno się przypisywać różnego znaczenia w zależności od odmiennych interpretacji przyjętych w poszczególnych krajowych systemach prawnych.

53. W związku z powyższym należy zbadać, czy pojęcie sprzedaży kopii programu komputerowego, w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24, może znajdować zastosowanie w okolicznościach takich jak występujące w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym.

22 — Zobacz P. Bräutigam, 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, s. 1; T. Overdijk, P. van der Putt, E. de Vries, T. Schafft, Exhaustion and Software Resale Rights, *Computer Law Review International*, 2/2011, s. 33.

23 — Zobacz S. Frankel, L. Harvey, Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law?, *Intellectual Property Magazine*, marzec 2011, s. 40.

24 — Zobacz w szczególności A. Strowel, E. Derclaye, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles 2001. Zobacz podobnie M. Vivant, *Le programme d'ordinateur au pays des muses; observations sur la directive du 14 mai 1991*, „La semaine juridique – Édition entreprise”, 1991, nr 47, s. 479. Autor artykułu wskazuje na „niezdolność redaktorów [dyrektywy] do oddzielenia od siebie pojęć twórczości intelektualnej i nośnika” (pkt 16.2, s. 484).

25 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie C-246/05 Häupl, Zb.Orz. s. I-4673, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo.

26 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-393/09 Bezpečnostní softwarová asociace, Zb.Orz. s. I-13971, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo.

27 — Wyrok w sprawach połączonych od C-414/99 do C-416/99, Rec. s. I-8691.

28 — Punkty 41–43.

54. Oracle podnosi, że opłata, którą uiszcza klient, nie wynika jedynie z tytułu pobrania przez niego programu komputerowego ani z tytułu udostępnienia kodu obiektowego tego oprogramowania, lecz z tytułu umowy o korzystanie z tego oprogramowania na podstawie umowy licencyjnej. Oracle dodaje, że w większości przypadków klient zawiera również umowę serwisowania, która pozwala mu na uaktualnianie oprogramowania i usuwanie błędów, która stanowi umowę w sprawie świadczenia usług. Spółka ta wywodzi to z tego, że w takim przypadku nie może być mowy o sprzedaży w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24.

55. Takie rozumowanie jest według mnie błędne.

56. Moim zdaniem z dyrektywy 2009/24 jasno wynika, że wprowadza ona rozróżnienie między sprzedażą a najmem, stanowiące „summa divisio”, od czego zależy zarówno możliwość ewentualnego zastosowania zasady wyczerpania prawa²⁹, jak i jej zakres³⁰. Motyw 12 tej dyrektywy określa najem jako umożliwienie korzystania przez określony czas, w celach [dochodowych], z programu komputerowego lub jego kopii. A contrario należy uznać, że w przypadku czynności, niezależnie od tego, jak nazwały ją strony, polegającej na przeniesieniu własności kopii programu komputerowego na okres nieoznaczony w zamian za jednorazową zapłatę ceny, ma miejsce sprzedaż programu komputerowego lub jego kopii w rozumieniu art. 4 ust. 2 tej dyrektywy. Takie rozróżnienie znajduje ponadto poparcie w orzecznictwie Trybunału, który wykluczył możliwość zastosowania zasady wyczerpania prawa w przypadku najmu³¹, podczas gdy dopuścił jej stosowanie w przypadku przeniesienia własności³².

57. Udzielenie licencji pozwalającej na udostępnianie kopii programu komputerowego w drodze pobierania z Internetu jest skomplikowanym procesem, który może obejmować zawarcie umowy o świadczenie usług obejmującej udostępnianie, korzystanie z programu komputerowego i jego serwisowanie, oraz umowy sprzedaży kopii umożliwiającej korzystanie tych usług³³. Zakres tak udzielonego zezwolenia na korzystanie może się więc istotnie różnić.

58. Wspomniane prawo korzystania posiada cechy najmu, jeżeli zostało udzielone na czas oznaczony, w zamian za płacony okresowo czynsz, zaś dostawca nie zrzeka się własności kopii programu komputerowego, który musi mu zostać zwrócony przez uprawnionego. Natomiast cechy sprzedaży prawo to posiada, moim zdaniem, jeżeli klient nabywa ostatecznie prawo korzystania z kopii programu komputerowego, którego własności dostawca zrzekł się w zamian za zapłatę ustalonej ceny.

59. Uważam bowiem, że biorąc pod uwagę cel zasady wyczerpania prawa, którym jest ograniczenie wyłącznych praw z tytułu praw własności intelektualnej w sytuacji, gdy wprowadzenie do obrotu pozwoliło uprawnionemu osiągnąć korzyść ekonomiczną, pojęciu sprzedaży w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 należy nadać szeroką wykładnię, obejmującą wszystkie formy wprowadzania

29 — Co oznacza, że do wyczerpania prawa dochodzi tylko w przypadku sprzedaży.

30 — Co oznacza, że wyczerpanie prawa, które następuje w następstwie sprzedaży, nie pozwala na późniejszy najem kopii. Zobacz B. Czarnota, R. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A guide to the EC Directive*, Butterworths 1991, s. 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 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie *Metronome Musik*.

32 — Zobacz wyrok z dnia 17 kwietnia 2008 r. w sprawie C-456/06 *Peek & Cloppenburg*, Zb.Orz. s. I-2731.

33 — Zobacz podobnie S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larquier, Bruxelles 2007, nr 529 i 530. Autor określa ten proces mianem „skomplikowanej [...] czynności umownej”, którą można podzielić na umowę sprzedaży nośnika lub umowę o świadczenie usług, jeśli w grę wchodzi pobieranie lub korzystanie na odległość, i umowę licencyjną odnoszącą się do praw autorskich do dzieła utrwalonego na nośniku lub przenoszonego w formie cyfrowej.

do obrotu produktu, charakteryzujące się przyznaniem prawa korzystania z kopii programu komputerowego na czas nieoznaczony w zamian za jednorazową zapłatę ceny. Przyjęcie zawężającej wykładni tego pojęcia groziłoby tym, że przepis ten zostałby pozbawiony swojej skuteczności (effet utile) ze względu na to, iż zasada ta utraciłaby swoje znaczenie, jako że wprowadzanie do obrotu oprogramowania komputerowego coraz częściej odbywa się w formie udzielania licencji na korzystanie. W związku z tym dostawca mógłby obejść tę zasadę, nazywając umowę „licencyjną” zamiast umową „sprzedaży”.

60. Moim zdaniem wynika z tego, że nawet jeżeli uprawniony wprowadza – jak Oracle – rozróżnienie, trochę sztuczne, między udostępnieniem kopii programu komputerowego a przyznaniem prawa korzystania, przeniesienie prawa korzystania z kopii programu komputerowego w oczywisty sposób stanowi sprzedaż w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24.

61. Uznanie danej czynności za „sprzedaż” nie wystarczy jednak, aby stwierdzić, że w okolicznościach takich jak okoliczności sprawy będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym może dojść do wyczerpania prawa do rozpowszechniania.

62. Oracle, rządy hiszpański i francuski, Irlandia, rząd włoski oraz Komisja podnoszą, że zasada wyczerpania prawa, do którego może dojść w następstwie sprzedaży kopii programu komputerowego, z konieczności ma ograniczony zakres, gdyż dotyczy wyłącznie prawa do rozpowszechniania kopii programu komputerowego w postaci materialnego nośnika.

63. Na poparcie takiej wykładni wysuwanych jest szereg argumentów.

64. Podnosi się, że pobieranie programu komputerowego z Internetu nie stanowi czynności rozpowszechniania w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 i art. 4 ust. 1 dyrektywy 2001/29, lecz czynność podawania dzieła do publicznej wiadomości w rozumieniu art. 3 ust. 1 tej ostatniej dyrektywy. Artykuł 3 ust. 3 dyrektywy 2001/29 wyjaśnia zaś, że czynność podawania do publicznej wiadomości nie powoduje wyczerpania praw.

65. Ponadto ze wspomnianego wyżej sprawozdania Komisji z dnia 10 kwietnia 2000 r. ma jasno wynikać, że wyczerpanie praw autorskich może dotyczyć wyłącznie sprzedaży kopii, tzn. towarów, podczas gdy wyklucza się je w przypadku dostaw realizowanych za pośrednictwem usług świadczonych w Internecie³⁴.

66. Podobne wąskie ujęcie pojęcia wyczerpania prawa odnaleźć można w dyrektywie 2001/29, z której jasno wynika chęć ograniczenia przez prawodawcę Unii tej zasady do jednej formy rozpowszechniania utworu, cechującej się sprzedażą towaru, na którym został utrwalony program komputerowy.

67. W szczególności podnosi się, że art. 4 ust. 2 dyrektywy 2001/29 przewiduje wyczerpanie prawa do rozpowszechniania tylko w przypadku pierwszej sprzedaży lub innego przeniesienia własności „danego przedmiotu”. Ponadto w motywach 28 i 29 dyrektywy wyjaśniono, po pierwsze, że ochrona prawa autorskiego na mocy tej dyrektywy obejmuje „wyłączne prawo do kontrolowania dystrybucji [rozpowszechniania] utworu w postaci materialnego nośnika [35]”, a po drugie, że „[p]roblem całkowitego wykorzystania [wyczerpania prawa] nie powstaje w przypadku usług, w szczególności usług świadczonych przez Internet”. W tym ostatnim motywie dodano, że „[d]otyczy to również materialnych kopii utworu lub innego przedmiotu objętego ochroną, wykonanych przez użytkownika takiej usługi za zezwoleniem podmiotu praw autorskich. Stąd to samo stosuje się do najmu

34 — Zobacz s. 18 tego sprawozdania.

35 — Moje podkreślenie.

i użyczenia oryginału utworu lub jego kopii, które ze względu na swój charakter są usługami [oraz że w] przeciwieństwie do CD-ROM lub CD-I, gdzie własność intelektualna ma postać materialnego nośnika, a mianowicie rzeczy, każda usługa świadczona przez Internet stanowi w istocie czynność, na którą należy uzyskać zezwolenie, o ile tak stanowi prawo autorskie lub prawo pokrewne”.

68. Co więcej, motyw 29 dyrektywy 2001/29 stanowi powtórzenie motywu trzydziestego trzeciego dyrektywy 96/9, która już wówczas wyraźnie wskazywała na chęć ograniczenia przez prawodawcę Unii możliwości stosowania zasady wyczerpania prawa wyłącznie do obrotu produktami składającymi się z substratu materialnego i substratu intelektualnego. Zamiar ten widoczny jest również w motywie czterdziestym trzecim tejże dyrektywy, który stanowi, że „w przypadku transmisji on-line prawo do zakazania wtórnego wykorzystania danych nie zostaje wyczerpane ani w odniesieniu do bazy danych, ani w odniesieniu do materialnej kopii bazy danych lub jej części, sporządzonej przez adresata transmisji za zgodą uprawnionego”.

69. Wreszcie również w prawie międzynarodowym spotkać można wąskie ujęcie zasady wyczerpania prawa. Celem dyrektywy 2001/29 jest w szczególności wprowadzenie w państwach członkowskich traktatu WIPO o prawie autorskim. Tymczasem, zgodnie z tym, co stwierdził Trybunał w ww. wyroku w sprawie Peek & Cloppenburg, przepisy prawa wspólnotowego należy, o ile to możliwe, interpretować w świetle prawa międzynarodowego, w szczególności jeśli są to przepisy, które mają właśnie na celu wprowadzenie w życie umowy międzynarodowej zawartej przez Wspólnotę³⁶. W konsekwencji należałoby z tego wysnuć, że wykładni dyrektywy 2001/29, której celem jest wprowadzenie w życie pewnych zobowiązań międzynarodowych zawartych w traktacie WIPO o prawie autorskim i traktacie WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach, przyjętym w Genewie w dniu 20 grudnia 1996 r.³⁷, należy dokonywać w świetle uzgodnionych deklaracji do traktatu WIPO o prawie autorskim, zgodnie z którymi wyczerpanie prawa do rozpowszechniania, do którego odsyła art. 6 ust. 2 tego traktatu, odnosi się „wyłącznie do utwalonych zwielokrotnionych egzemplarzy, które mogą zostać wprowadzone do obrotu jako przedmioty materialne”.

70. Argumenty te nie do końca mnie przekonują.

71. W pierwszej kolejności, wbrew temu, co podnosi Komisja, nie uważam, aby rozpowszechnianie programu komputerowego w formie pobierania z Internetu można było zakwalifikować inaczej niż jako „prawo do rozpowszechniania” i objąć definicją prawa podawania do publicznej wiadomości wymienioną w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2001/29. W stosunku do takiej wykładni istnieją według mnie dwa podstawowe zastrzeżenia.

72. Po pierwsze, nawet gdyby przyjąć, że przepisy ogólne dyrektywy 2001/29, której celem jest przecież dostosowanie prawa autorskiego do środowiska cyfrowego, mogą stanowić wskazówkę do celów interpretacji szczegółowych przepisów dyrektywy 2009/24, która jedynie stanowi wersję ujednoczoną dyrektywy 91/250, przyjętą przed gwałtownym rozwojem Internetu, to jednak należy stwierdzić, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2001/29 stanowi, iż „pozostawia [ona] niezmienione przepisy [prawa Unii] i w żaden sposób nie narusza tych przepisów dotyczących ochrony prawnej programów komputerowych”. Ze względu na to, że dyrektywa 2009/24 w żaden sposób nie odsyła do pojęcia prawa podania do publicznej wiadomości, zaś prawo do rozpowszechniania definiuje bardzo szeroko, jako obejmujące „jakąkolwiek formę publicznego rozpowszechniania [...] oryginalnego programu komputerowego lub jego kopii”, moim zdaniem trudno uznać, na podstawie łącznej lektury obu tych

36 — Punkt 30 wyroku i przytoczone tam orzecznictwo.

37 — Zobacz motyw 15 tej dyrektywy.

dyrektyw, że prawo do publicznego udostępniania, o którym mowa w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, znajduje zastosowanie do programów komputerowych. Nie sądzę ponadto, aby właśnie w taki sposób można było interpretować przywołany przez Komisję na poparcie jej argumentacji ww. wyrok w sprawie *Bezpečnostní softwarová asociace*³⁸.

73. Po drugie, ze względu na to, że dyrektywa 2001/29 nie zawiera żadnej definicji prawa podawania do publicznej wiadomości, prawa do publicznego udostępniania utworów ani prawa rozpowszechniania, jej art. 3 i 4 należy interpretować, w miarę możliwości, w świetle traktatu WIPO o prawie autorskim³⁹. Tymczasem art. 6 ust. 1 tego traktatu dotyczy prawa do rozpowszechniania, które definiuje jako prawo zezwalania na publiczne udostępnianie oryginału i kopii utworów „drogą sprzedaży lub innej formy przeniesienia własności”. Brzmienie tego przepisu jest jednoznaczne. Akt przeniesienia własności bez wątplenia przekształca czynność podania do publicznej wiadomości w czynność rozpowszechniania.

74. W drugiej kolejności wskazówki zawarte w motywach dyrektywy 2001/29 nie są ani jasne, ani jednoznaczne.

75. Otóż z wykładni a contrario zdania pierwszego motywu 28 tej dyrektywy, który stanowi, że „[o]chrona prawa autorskiego na mocy niniejszej dyrektywy obejmuje^[40] wyłączne prawo do kontrolowania dystrybucji [rozpowszechniania] utworu w postaci materialnego nośnika”, wynika, że prawo to zawiera w sobie również inne formy rozpowszechniania. Tymczasem zdanie drugie tego motywu, który dotyczy wyczerpania prawa, nie ogranicza go do żadnej szczególnej formy rozpowszechniania.

76. Motyw 29 dyrektywy 2001/29 również nie jest pozbawiony niejasności. Wprawdzie wydaje się, że zamierzano w nim odróżnić sprzedaż towarów, w przypadku której zastosowanie znajduje zasada wyczerpania prawa, od świadczenia usług, w przypadku którego zasada ta nie znajduje zastosowania, jednakże zgodnie z definicją zawartą w prawie Unii pojęcie usług on-line obejmuje sprzedaż towarów w Internecie⁴¹. Gdyby przykładowo trzymać się brzmienia tego motywu, zasada wyczerpania prawa nie mogłaby znajdować zastosowania do sprzedaży w Internecie płyty CD-ROM zawierającej kopię programu komputerowego. Tymczasem to, czy sprzedaż nastąpiła na odległość, czy nie, pozostaje moim zdaniem bez znaczenia dla możliwości stosowania tej zasady.

77. W trzeciej kolejności, gdyby wykładni art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 dokonywać w ten sposób, że zastosowanie zasady wyczerpania prawa byłoby wyłączone w przypadku pobierania z Internetu, w sytuacji gdy programy komputerowe są masowo rozpowszechniane właśnie przy użyciu takiej formy wprowadzania do obrotu, skutkowałoby to znacznym zawężeniem zakresu zastosowania tej zasady, a tym samym ograniczałoby swobodę przepływu.

38 — Nie rozumiem, w jaki sposób z orzeczenia dotyczącego graficznych interfejsów użytkownika można wywnioskować, że prawo publicznego udostępniania, o którym mowa w art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29, mogłoby znajdować zastosowanie do programów komputerowych, w sytuacji gdy Trybunał wyraźnie stwierdził, że graficzne interfejsy użytkownika nie stanowią formy wyrażenia programu komputerowego.

39 — Zobacz pkt 69 niniejszej opinii.

40 — Moje podkreślenie.

41 — Zobacz podobnie motyw 18 dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywy o handlu elektronicznym) (Dz.U. L 178 z 17.7.2000, s. 1).

78. Jakkolwiek na gruncie art. 36 TFUE tego rodzaju ograniczenia mogą zostać uzasadnione między innymi względami ochrony własności przemysłowej i handlowej, jednak zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, odstępstwa oparte na tych względach dopuszcza się jedynie w przypadku, gdy są one uzasadnione ochroną praw, które stanowią szczególny przedmiot tej własności⁴². Z zasady tej wynika konieczność ustalenia w odniesieniu do każdego rozpatrywanego prawa własności intelektualnej warunków, w jakich wykonywanie tego prawa będzie uznawane za zgodne lub niezgodne z prawem Unii.

79. Mam jednak wątpliwości, czy umożliwienie uprawnionemu zakazania osobie, które zgodnie z prawem nabyła własność kopii programu komputerowego, dokonywania jej odsprzedaży, wchodzi w zakres ochrony praw, które stanowią szczególny przedmiot prawa autorskiego.

80. Trybunał, dokonując oceny legalności odstępstw od swobody przepływu uzasadnionych koniecznością ochrony praw autorskich, bada, czy uprawniony z tytułu tych praw miał możliwość otrzymania wynagrodzenia, jakie mu się należało.

81. W ww. wyroku w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 Football Association Premier League i in. Trybunał, przypominawszy, że odstępstwa od zasady swobody przepływu są dopuszczalne wyłącznie w zakresie, w jakim jest to uzasadnione względami ochrony praw, które stanowią szczególny przedmiot własności intelektualnej, i że ów szczególny przedmiot ma na celu w szczególności zapewnienie podmiotom danych praw ochrony uprawnienia do handlowego eksploataowania wprowadzenia do obrotu lub udostępnienia objętych ochroną przedmiotów w drodze udzielania licencji w zamian za zapłatę wynagrodzenia, stwierdził, iż taki szczególny przedmiot nie gwarantuje podmiotom danych praw możliwości żądania najwyższego możliwego wynagrodzenia, a jedynie wynagrodzenie stosowne, tzn. pozostające w rozsądnym związku z wartością ekonomiczną świadczonej usługi za każde użycie przedmiotów objętych ochroną⁴³.

82. Następnie, uznając, że dodatkowe opłaty uiszczane przez organizacje nadawcze w zamian za przyznanie wyłączności terytorialnej mogą doprowadzić do sztucznych różnic cenowych pomiędzy krajowymi rynkami podzielonymi barierami, Trybunał stwierdził, że uiszczanie takich dodatkowych opłat wykracza poza to, co jest konieczne, aby zapewnić tym podmiotom stosowne wynagrodzenie⁴⁴.

83. Uważam, że w okolicznościach takich jak w sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym uprawniony otrzymał stosowne wynagrodzenie w chwili, gdy otrzymał zapłatę w zamian za przyznanie prawa korzystania z kopii programu komputerowego. Przyznanie, że mógłby on sprawować kontrolę nad możliwością odsprzedaży tej kopii i z tego tytułu otrzymywać nowe wynagrodzenie z tego tylko powodu, iż dana kopia została utrwalona przez klienta na nośniku danych po jej pobraniu z Internetu, zamiast zostać utrwalona przez uprawnionego na nośniku, który stanowiłby przedmiot sprzedaży, prowadziłoby nie do ochrony szczególnego przedmiotu prawa autorskiego, lecz do wzmocnienia monopolu uprawnionego do korzystania.

84. W związku z powyższym na drugie pytanie sądu krajowego należy odpowiedzieć, iż wykładni art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 należy dokonywać w ten sposób, że prawo do rozpowszechniania kopii programu komputerowego zostaje wyczerpane, jeśli podmiot tego prawa, który zezwolił na pobranie z Internetu tej kopii i zapisanie jej na nośniku danych, przyznał również za wynagrodzeniem prawo

42 — Zobacz wyroki: z dnia 23 kwietnia 2002 r. w sprawie C-143/00 Boehringer Ingelheim i in., Rec. s. I-3759, pkt 28); a także z dnia 4 października 2011 r. w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08 Football Association Premier League i in., Zb.Orz. s. I-9083, pkt 106 i przytoczone tam orzecznictwo.

43 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawach połączonych Football Association Premier League i in., pkt 106–109 i przytoczone tam orzecznictwo.

44 — Ibidem, pkt 115 i 116.

korzystania z tej kopii na czas nieokreślony. Sprzedażą w rozumieniu tego przepisu jest bowiem wszelkie udostępnienie w Unii, w jakiegokolwiek formie i jakimikolwiek środkami, kopii programu komputerowego w celu nieograniczonego w czasie korzystania z niego w zamian za zapłatę ustalonej ceny.

C – W przedmiocie pytań pierwszego i trzeciego

85. Poprzez pytania pierwsze i trzecie sąd krajowy pragnie się w istocie dowiedzieć, czy nabywca licencji na korzystanie jako „uprawniony nabywca” w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 może powołać się na zasadę wyczerpania prawa przewidzianą w art. 4 ust. 2 tej dyrektywy, aby sporządzić nową kopię programu komputerowego, w sytuacji gdy pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo z niej nie korzysta.

1. Uwagi stron w postępowaniu przed sądem krajowym, rządów i Komisji

86. UsedSoft podnosi, że zasada wyczerpania prawa zostałaby pozbawiona swojej treści, gdyby przyjęć, że uprawniony nie może sprawować kontroli nad dalszym rozpowszechnianiem kopii programów, lecz nadal może sprawować kontrolę nad czynnościami korzystania, które wymagają zwielokrotnienia programu.

87. UsedSoft dodaje, że to, iż pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu komputerowego albo przestał z niej korzystać, pozwala zagwarantować, że oprogramowanie przekazane przez jego producenta nie będzie stanowić przedmiotu podwójnego czy nawet wielokrotnego wykorzystania.

88. Zdaniem Oracle pojęcie „uprawnionego nabywcy” zawarte w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 obejmuje wyłącznie nabywcę upoważnionego na podstawie umowy licencyjnej do korzystania z programu komputerowego, podczas gdy pojęcie „korzystania zgodnie z przeznaczeniem [programu komputerowego]” odnosi się do korzystania zgodnego z prawem korzystania udzielonego przez uprawnionego, efektem czego korzystanie to powinno zostać zdefiniowane w razie konieczności w odpowiednich postanowieniach umowy licencyjnej określających charakter i zakres prawa korzystania.

89. Oracle dodaje, że zasada wyczerpania prawa dotyczy wyłącznie prawa do rozpowszechniania kopii programu komputerowego wprowadzonego do obrotu i nie może odnosić się do prawa korzystania, które obejmuje prawo do zwielokrotnienia w odniesieniu do programu komputerowego, z którego korzystanie wymaga zwielokrotnienia.

90. Zdaniem Oracle, która posługuje się argumentem z analogii do prawa znaków towarowych, znaczenie i cel zasady wyczerpania prawa polegają na tym, że jedynie podmiotowi uprawnionemu przysługuje możliwość rozbicia i podzielenia pierwotnego prawa korzystania, odpowiadającego pewnej określonej liczbie użytkowników, na szereg dodatkowych praw korzystania. Praktyka odsprzedawania „używanych” licencji uniemożliwiłaby sprzedawanie licencji po obniżonych cenach, ułatwiających korzystanie z oprogramowania użytkownikom zbiorowym dysponującym ograniczonymi środkami finansowymi, takim jak instytucje szkoleniowe.

91. Oracle podnosi również, że ani uprawniony, ani kolejni nabywcy nie są w stanie stwierdzić, czy pierwszy nabywca rzeczywiście usunął kopię programu komputerowego albo przestał z niej korzystać.

92. Rząd francuski, Irlandia i rząd włoski podnoszą w istocie, że „uprawnionym nabywcą” w myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 może być jedynie osoba, która posiada prawo korzystania z programu komputerowego udzielone jej przez uprawnionego. Rząd francuski i Irlandia podnoszą ponadto, że osoba, która nie nabyła licencji od podmiotu uprawnionego i która w konsekwencji nie ma statusu uprawnionego nabywcy, nie może powoływać się na zasadę wyczerpania prawa.

93. Uznając, że osobą, która może powoływać się na zasadę wyczerpania prawa do rozpowszechniania kopii programu komputerowego, jest „uprawniony nabywca” w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24, rząd hiszpański i Komisja twierdzą, że nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na trzecie pytanie sądu krajowego, ponieważ według nich na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

2. Moja ocena

94. Odpowiedź na to pytanie sprowadza się według mnie do wprowadzenia rozróżnienia między prawem do rozpowszechniania, które podlega wyczerpaniu, a prawem do zwielokrotniania, które wyczerpaniu nie podlega.

95. W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości co do tego, że licencja na korzystanie udzielona przez Oracle umożliwia, poprzez połączenie się ze stroną internetową Oracle, zwielokrotnienie programu komputerowego. Moim zdaniem wynika stąd, że przeniesienie prawa korzystania udzielonego na mocy tej licencji objęte jest nie prawem do rozpowszechniania, lecz prawem do zwielokrotniania.

96. Chociaż odprzedanie kopii pobranej przez pierwszego nabywcę objęte jest prawem do rozpowszechniania, przeniesienie licencji na korzystanie, takiej jak ta, której udziela Oracle swoim klientom, dotyczy wykonywania wyłącznego prawa do zwielokrotniania, gdyż umożliwia ono sporządzenie nowej kopii programu komputerowego poprzez pobranie jej z Internetu lub zwielokrotnienie kopii, która znajduje się już w posiadaniu użytkownika.

97. Tymczasem z jasno sformułowanego art. 4 ust. 2 dyrektywy 2009/24 wynika, że zasada wyczerpania prawa dotyczy wyłącznie rozpowszechniania kopii programu komputerowego i nie może wpływać na treść prawa do zwielokrotniania, którego nie można ograniczyć, nie zmieniając istoty samego prawa autorskiego.

98. Uważam ponadto, że art. 5 ust. 1 tej dyrektywy nie pozwala na obejście tej przeszkody. Sądzę, że cel tego przepisu ogranicza się do umożliwienia osobie, która jest już posiadaczem kopii programu komputerowego, zwielokrotnienia tej kopii w celu korzystania z niej zgodnie z przeznaczeniem. Przepis ten nie pozwala natomiast osobie, która nie jest posiadaczem kopii programu, na jej zwielokrotnienie nie w celu korzystania z niej zgodnie z przeznaczeniem, lecz po to, by w ogóle z niej korzystać. Ponadto wspomniany przepis, który zastrzega możliwość stosowania szczególnych postanowień umownych, może moim zdaniem znajdować zastosowanie jedynie w przypadku nabywcy związanego umową z podmiotem uprawnionym.

99. Nie wydaje mi się, aby w obecnym stanie prawnym możliwe było rozciągnięcie zasady wyczerpania prawa, zasadniczo związanej z prawem do rozpowszechniania, na prawo do zwielokrotniania. Jestem świadomy tego, że zawężenie zastosowania tej zasady jedynie do kopii znajdującej się fizycznie na nośniku danych w praktyce ogranicza w sposób szczególny jej zakres, lecz nawet jeśli byłoby to podyktowane koniecznością zachowania skuteczności (effet utile) zasady wyczerpania prawa i ochroną swobodnego przepływu towarów i usług, przyjęcie odmiennego rozwiązania, które rozszerzałoby

zakres zasady wyczerpania prawa poza zakres przewidziany przez prawodawcę Unii⁴⁵, wydaje mi się niemożliwe, gdyż zagrażałoby zasadzie bezpieczeństwa prawnego, która zakłada przewidywalność norm prawa Unii.

100. W związku z powyższym uważam, że wykładni art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 należy dokonywać w ten sposób, że w przypadku odsprzedaży prawa korzystania z kopii programu komputerowego drugi nabywca nie może powoływać się na zasadę wyczerpania prawa do rozpowszechniania tej kopii po to, aby zwielokrotnić program poprzez sporządzenie nowej kopii, nawet gdy pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo przestał z niej korzystać.

V – Wnioski

101. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję, aby Trybunał udzielił Bundesgerichtshof następującej odpowiedzi:

- 1) Wykładni art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych należy dokonywać w ten sposób, że prawo do rozpowszechniania kopii programu komputerowego zostaje wyczerpane, jeśli podmiot tego prawa, który zezwolił na pobranie z Internetu tej kopii i zapisanie jej na nośniku danych, przyznał również za wynagrodzeniem prawo korzystania z tej kopii na czas nieokreślony.

Sprzedazą w rozumieniu tego przepisu jest bowiem wszelkie udostępnienie w Unii, w jakiegokolwiek formie i jakimikolwiek środkami, kopii programu komputerowego w celu nieograniczonego w czasie korzystania z niego w zamian za zapłatę ustalonej ceny.

- 2) Wykładni art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 1 dyrektywy 2009/24 należy dokonywać w ten sposób, że w przypadku odsprzedaży prawa korzystania z kopii programu komputerowego drugi nabywca nie może powoływać się na zasadę wyczerpania prawa do rozpowszechniania tej kopii po to, aby zwielokrotnić program poprzez sporządzenie nowej kopii, nawet gdy pierwszy nabywca usunął swoją kopię programu albo przestał z niej korzystać.

45 — Należy też zauważyć, że w komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 11 stycznia 2012 r. w sprawie spójnych ram na rzecz wzmocnienia zaufania na jednolitym rynku cyfrowym handlu elektronicznego i usług online [COM(2011) 942 wersja ostateczna] Komisja zobowiązała się do podjęcia działań zmierzających do „dopilnowania szybkiej i ambitnej realizacji europejskiej strategii na rzecz praw własności intelektualnej, w szczególności poprzez [...] przegląd [dyrektywy 2001/29]” (zob. pkt 2 kluczowych działań, s. 8).