



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
YVESA BOTA,
predstavljeni 24. aprila 2012¹

Zadeva C-128/11

**Axel W. Bierbach, stečajni upravitelj družbe UsedSoft GmbH,
proti
Oracle International Corp.**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof (Nemčija))

„Pravno varstvo računalniških programov — Direktiva 2009/24/ES — Prodaja rabljene programske opreme, prenesene z interneta — Izčrpanje pravice distribuiranja“

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 4(2) in 5(1) Direktive 2009/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o pravnem varstvu računalniških programov².
2. Vprašanja so bila predložena v sporu med družbo UsedSoft GmbH, ki jo zastopa Axel W. Bierbach, stečajni upravitelj te družbe³, in korporacijo Oracle International Corp.⁴, potem ko je družba UsedSoft prodala „rabljeno“ programsko opremo korporacije Oracle.

I – Pravni okvir

A – Mednarodno pravo

3. Svetovna organizacija za intelektualno lastnino (SOIL) je v Ženevi 20. decembra 1996 sprejela Pogodbo SOIL o avtorski pravici. Ta pogodba je bila v imenu Evropske skupnosti potrjena s Sklepom Sveta 2000/278/ES z dne 16. marca 2000⁵.
4. Člen 4 navedene pogodbe določa, da so računalniški programi varovani kot književna dela v smislu člena 2 Bernske konvencije. To varstvo se uporablja za računalniške programe, ne glede na način ali obliko, v kateri so izraženi.
5. Člen 6 Pogodbe SOIL o avtorski pravici z naslovom „Pravica distribuiranja“ določa:
„(1) Avtorji književnih in umetniških del uživajo izključno pravico dovoljevati, da izvirnik in primerki njihovih del postanejo dostopni javnosti s prodajo ali drugačnim prenosom lastninske pravice.“

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — UL L 111, str. 16.

3 — V nadaljevanju: UsedSoft.

4 — V nadaljevanju: Oracle.

5 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 33, str. 208.

(2) Nič v tej pogodbi ne vpliva na svobodo pogodbenic, da določijo morebitne pogoje, pod katerimi se šteje, da je po prvi prodaji ali drugačnem prenosu lastninske pravice izvirnika ali primerka dela z dovoljenjem avtorja pravica iz odstavka 1 izčrpana.“

6. Skupne izjave o Pogodbi SOIL o avtorski pravici v zvezi s členoma 6 in 7 določajo:

„Pojma ‚primerki‘ in ‚izvirnik in primerki‘, kakor se uporabljata v teh členih, za katere velja pravica do distribuiranja in dajanja v najem po navedenih členih, se nanašajo izključno na posnete primerke, ki se lahko dajo v promet kot materialni predmeti.“

B – Pravo Unije

1. Direktiva 2009/24

7. Z Direktivo 2009/24 je kodificirana Direktiva Sveta 91/250/EGS z dne 14. maja 1991 o pravnem varstvu računalniških programov⁶.

8. V skladu s členom 1(1) Direktive 2009/24 „države članice varujejo računalniške programe z avtorsko pravico kot književna dela v smislu Bernske konvencije za varstvo književnih in umetniških del“.

9. Člen 4 te direktive z naslovom „Dejanja, za katera je potrebno dovoljenje“ določa:

„1. Če ni v členu 5 in 6 drugače določeno, ima imetnik pravice v smislu člena 2 izključno pravico, da stori ali dovoli storiti:

- (a) trajno ali začasno reproduciranje delov ali celotnega računalniškega programa, s katerim koli sredstvom in v kateri koli obliki. Kolikor nalaganje, prikazovanje, izvajanje, prenašanje ali shranjevanje računalniškega programa zahteva takšno reproduciranje, je za ta dejanja potrebno dovoljenje imetnika pravice;
- (b) prevod, priredbo, aranžiranje ali vsako drugo predelavo računalniškega programa ter reproduciranje rezultatov teh predelav, vendar brez vpliva na pravice osebe, ki je spremembo opravila;
- (c) vsako obliko distribuiranja javnosti izvirnika računalniškega programa ali njegovih kopij, vključno z dajanjem v najem.

2. S prvo prodajo kopije računalniškega programa v [Evropski uniji] s strani imetnika pravice ali z njegovim dovoljenjem je pravica distribuiranja za to kopijo v [Uniji] izčrpana z izjemo pravice do nadzora nadaljnega dajanja programa ali njegove kopije v najem.“

10. Člen 5 navedene direktive z naslovom „Izjeme od dejanj, za katera je potrebno dovoljenje“ v odstavku 1 določa:

„Če ni posebnih pogodbenih določb, za dejanja iz točk (a) in (b) člena 4(1) ni potrebno dovoljenje imetnika pravice, če so s strani zakonitega pridobitelja potrebna za uporabo računalniškega programa v skladu z njegovim namenom, vključno z odpravo napak.“

⁶ — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 114.

2. Direktiva 2001/29

11. Uvodni izjavi 28 in 29 Direktive 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi⁷ določata:

„(28) Avtorsko-pravno varstvo pravic po tej direktivi vključuje izključno pravico nadzora distribuiranja dela, utelešenega v materialnem predmetu. Prva prodaja izvornika ali primerkov dela s strani imetnika pravice ali z njegovim privoljenjem v [Uniji] izčrpa pravico do nadzora ponovne prodaje tega predmeta v [Uniji]. Ta pravica se ne sme izčrpati za izvornik ali primerek, ki ga proda zunaj [Unije] imetnik pravic ali z njegovim privoljenjem. Najemno pravico in pravico posojanja za avtorje vzpostavlja Direktiva 92/100/ES⁸. Pravica distribuiranja, ki jo zagotavlja ta direktiva, ne vpliva na določbe v zvezi z najemno pravico in pravico posojanja, ki ju vsebuje Poglavlje I navedene direktive.

(29) Vprašanje izčrpanja se ne pojavi v primeru storitev, še posebej sprotnih storitev. To velja tudi v primeru fizičnega primerka dela ali predmeta sorodnih pravic, ki ga je izdelal uporabnik takšne storitve s privoljenjem imetnika pravic. Enako torej velja za najem in posojanje izvornika in primerkov del ali predmetov sorodnih pravic, ki so po naravi storitve. Za razliko od CD-ROM ali CD-I, kjer je intelektualna lastnina fiksirana na materialnem nosilcu, namreč na posamičnem blagu, je vsaka sprotna storitev pravzaprav dejanje, ki naj bo pogojeno z dovoljenjem, kjer to predvideva avtorska ali sorodna pravica.“

12. Člen 3 Direktive 2001/29 z naslovom „Pravica priobčitve del javnosti in pravica do dajanja na voljo javnosti predmetov sorodnih pravic“ določa:

„1. Države članice predvidijo za avtorje izključno pravico, da dovolijo ali prepovejo vsakršno obliko priobčenja njihovih del javnosti, po žici ali na brezžični način, vključno z dajanjem svojih del na voljo javnosti tako, da imajo člani javnosti do njih dostop s kraja in v času, ki si ju izberejo sami.

[...]

3. Pravice iz odstavka 1 [...] se ne izčrpajo z nobenim dejanjem priobčitve javnosti oziroma dajanja na voljo javnosti, kot ju določa ta člen.“

13. Člen 4 te direktive z naslovom „Pravica distribuiranja“ določa:

„1. Države članice predvidijo za avtorje v zvezi z izvornikom ali primerki del izključno pravico, da dovolijo ali prepovedo kakršno koli javno distribuiranje s prodajo ali drugače.

2. Pravica distribuiranja se v [Uniji] ne izčrpa v zvezi z izvornikom ali primerki dela, razen kadar se prva prodaja ali drug prenos lastništva tega predmeta v [Uniji] izvrši s strani imetnika pravic ali z njegovim privoljenjem.“

7 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 230.

8 — Direktiva Sveta z dne 19. novembra 1992 o pravici dajanja v najem in pravici posojanja ter o določenih pravicah, sorodnih avtorski, na področju intelektualne lastnine (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 120).

C – Nacionalno pravo

14. S členoma 69c in 69d zakona o avtorski in sorodnih pravicah (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte) z dne 9. septembra 1965⁹ v različici, ki je veljala v času dejanskega stanja spora o glavni stvari (v nadaljevanju: UrhG), so bili v nacionalno pravo preneseni člen 4 Direktive 2009/24 in člen 3 Direktive 2001/29 ter člen 5 Direktive 2009/24.

15. Člen 69c UrhG določa:

„Imetnik pravice ima izključno pravico, da izvede ali dovoli:

1. trajno ali začasno reproduciranje delov ali celotnega računalniškega programa s katerim koli sredstvom in v kateri koli obliki. Kadar nalaganje, prikazovanje, izvajanje, prenašanje ali shranjevanje računalniškega programa zahteva takšno reproduciranje, je za ta dejanja potrebno dovoljenje imetnika pravice;

2. prevod, priredbo, aranžiranje ali vsako drugo predelavo računalniškega programa ter reproduciranje rezultatov teh predelav. Pravice osebe, ki spremeni program, so pridržane;

3. vsako obliko dajanja v promet izvornika računalniškega programa ali njegovih kopij, vključno z dajanjem v najem. Če se kopija računalniškega programa z dovoljenjem imetnika daje v promet z odsvojitvijo na ozemlju [Unije] ali druge države, ki je podpisnica Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru [z dne 2. maja 1992¹⁰], se pravica do dajanja te kopije v promet, razen pravice dajanja v najem, izčrpa;

4. priobčenje računalniškega programa javnosti, po žici ali brezžično, vključno z dajanjem tega programa na voljo javnosti tako, da imajo člani javnosti do njega dostop s kraja in v času, ki si ju izberejo sami.“

16. Člen 69d(1) UrhG določa:

„Če ni posebnih pogodbenih določb, za dejanja iz člena 69c, točki 1 in 2, ni potrebno dovoljenje imetnika pravice, če so potrebna za to, da vsaka oseba, ki je pooblaščen za uporabo kopije programa, uporablja računalniški program v skladu z njegovim namenom, vključno za odpravo napak.“

II – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

17. Družba Oracle razvija in distribuira računalniško programsko opremo. Je imetnica izključnih avtorsko zaščiteneh pravic do uporabe teh programov ter imetnica nemških besednih znamk in znamk Skupnosti „Oracle“, ki so bile med drugim registrirane za računalniško programsko opremo.

18. Družba Oracle distribuira svojo programsko opremo v 85 % primerov s prenosom podatkov z interneta. Stranka programsko opremo naloži na računalnik neposredno s spletnega mesta družbe Oracle. Pri teh programih gre za tako imenovane Client-Server-Software. Pravica do njihove uporabe obsega pravico do trajnega shranjevanja programske opreme na strežniku in do tega, da se nekaterim uporabnikom zagotovi dostop tako, da to programsko opremo naložijo v delovnih pomnilnikih svojih računalnikov na delovnem mestu. V okviru pogodbe o vzdrževanju se lahko posodobljene različice programske opreme (Updates) in programov, ki so namenjeni odpravljanju napak (Patches), naložijo s spletnega mesta družbe Oracle.

9 — BGBl. 1965 I, str. 1273.

10 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 11, zvezek 19, str. 146.

19. Licenčne pogodbe družbe Oracle pod rubriko „Pravni okvir“ vsebujejo to določbo:

„S plačilom storitve imate izključno za interne poslovne namene časovno neomejeno, neizključno, neodstopljivo in brezplačno pravico do uporabe vseh proizvodov in storitev, ki jih družba Oracle razvije in vam jih na podlagi te pogodbe daje na voljo.“

20. Družba UsedSoft, ki trguje z „rabljenimi“ licencami za uporabo programske opreme, je oktobra 2005 ponujala „že uporabljene“ licence za programe družbe Oracle in navajala, da so vse licence aktualne, saj naj bi pogodba o vzdrževanju, ki jo je prvotni pridobitelj licence sklenil z družbo Oracle, še obstajala, in da je zakonitost prodaje potrjena z notarskim potrdilom.

21. Stranke družbe UsedSoft, ki še nimajo zadevne različice programske opreme družbe Oracle, po nakupu „rabljene“ licence naložijo to programsko opremo neposredno s spletnega mesta družbe Oracle. Stranke, ki že imajo navedeno programsko opremo in dokupijo licence za dodatne uporabnike, naložijo programsko opremo v delovni pomnilnik na računalniku teh uporabnikov.

22. Družba Oracle je pri Landgericht München I vložila tožbo za opustitev teh ravnanj, to sodišče pa je njeni zahtevi ugodilo. Ker je bila pritožba, ki jo je družba UsedSoft vložila zoper to odločitev, zavrnjena, je ta družba nato pri Bundesgerichtshof (Nemčija) vložila revizijo.

III – Vprašanja za predhodno odločanje

23. Bundesgerichtshof je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

1. Ali je tisti, ki se lahko sklicuje na izčrpanje pravice distribuiranja za kopijo računalniškega programa, ‚zakoniti pridobitelj‘ v smislu člena 5(1) Direktive 2009/24[...]?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, ali se pravica distribuiranja za kopijo računalniškega programa na podlagi člena 4(2) [...] Direktive 2009/24[...] izčrpa, če je pridobitelj z dovoljenjem imetnika pravice izdelal kopijo tako, da je naložil program z interneta na nosilec podatkov?
3. Če je tudi odgovor na drugo vprašanje pritrdilen, ali se lahko tudi tisti, ki je pridobil ‚rabljeno‘ licenco za programsko opremo za izdelavo kopije programa, kot ‚zakoniti pridobitelj‘ na podlagi členov 5(1) in 4(2), prvi del stavka, Direktive 2009/24[...] sklicuje na izčrpanje pravice distribuiranja za kopijo računalniškega programa, ki jo je prvi pridobitelj z dovoljenjem imetnika pravice izdelal tako, da je naložil program z interneta na nosilec podatkov, če je prvi pridobitelj svojo kopijo programa izbrisal ali je ne uporablja več?“

IV – Analiza

A – Uvodne ugotovitve

24. Predložitveno sodišče se strinja, da stranke družbe UsedSoft, ki računalniške programe naložijo s spletnega mesta družbe Oracle ali z drugega pomnilniškega sredstva v delovni pomnilnik nadaljnjih računalnikov, izvajajo dejanja reproduciranja v smislu člena 4(1)(a) Direktive 2009/24, ki posegajo v izključno pravico reproduciranja družbe Oracle. Dalje, ker je v licenčnih pogojih družbe Oracle podrobno navedeno, da je pravica do uporabe „neodstopljiva“, Bundesgerichtshof navaja, da stranke družbe Oracle pravice reproduciranja tako ne morejo zakonito prenesti na družbo UsedSoft, ta pa jih zato ne more prenesti naprej na svoje stranke.

25. Predložitveno sodišče na podlagi tega sklepa, da je za rešitev tega spora bistveno vprašanje, ali se lahko stranke družbe UsedSoft sklicujejo na člen 69d(1) UrhG, s katerim je v nemško pravo prenesen člen 5(1) Direktive 2009/24 in ki za reproduciranje ne zahteva dovoljenja imetnika pravice, da bi zakonitemu pridobitelju omogočil uporabo računalniškega programa v skladu z njegovim namenom.

26. Predložitveno sodišče meni, da se to vprašanje deli na tri podvprašanja, prvič, ali je tisti, ki se lahko sklicuje na izčrpanje pravice distribuiranja, „zakoniti pridobitelj“ v smislu člena 5(1) Direktive 2009/24, drugič, ali se pravica distribuiranja izčrpa, če se kopija programa z dovoljenjem imetnika pravice prenese z interneta, in tretjič, ali se pridobitelj rabljene licence lahko sklicuje na izčrpanje te pravice, če je prvi pridobitelj svojo kopijo programa izbrisal ali je ne uporablja več.

27. Čeprav je predložitveno sodišče drugo vprašanje postavilo za primer, če bi bil odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, menim, da je treba nanj odgovoriti najprej. Pred preučitvijo, ali je mogoče tistega, ki se lahko sklicuje na izčrpanje pravice distribuiranja, opredeliti kot „zakonitega pridobitelja“ v smislu člena 5(1) Direktive 2009/24, je namreč treba ugotoviti, ali se s tem, da oseba, ki prebiva na ozemlju Unije, prenese programe družbe Oracle, v Skupnosti izčrpa pravica distribuiranja za te programe na podlagi člena 4(2) te direktive. To vprašanje, ki se nanaša na uporabo oziroma neuporabo načela izčrpanja pri prenosu z interneta, je po mojem mnenju predhodno.

28. Nato bom skupaj preučil prvo in tretje vprašanje, ki se nanašata na to, ali se lahko pridobitelj rabljene licence na podlagi člena 4(2) Direktive 2009/24 v povezavi s členom 5(1) te direktive sklicuje na izčrpanje pravice distribuiranja za kopijo računalniškega programa, ki ga je naložil prvi pridobitelj, da bi kot zakoniti pridobitelj izdelal novo kopijo programa, če je prvi pridobitelj svojo kopijo izbrisal ali je ne uporablja več.

B – Drugo vprašanje

29. Predložitveno sodišče želi v bistvu izvedeti, ali se pravica distribuiranja za kopijo računalniškega programa na podlagi člena 4(2) Direktive 2009/24 izčrpa, če je pridobitelj z dovoljenjem imetnika pravice izdelal kopijo tako, da je naložil program z interneta na nosilec podatkov.

1. Stališča strank v postopku v glavni stvari, vlad in Evropske komisije

30. Družba UsedSoft predvsem trdi, da je mogoče pravilo o izčrpanju na podlagi člena 4(2) Direktive 2009/24 uporabiti pri prenosih programske opreme z interneta, saj je po eni strani mogoče izraz „kopija programa“ razumeti, kot da se nanaša na postopek, s katerim pridobitelj posname program, po drugi strani pa izraz „prva prodaja“ ne pomeni prenosa lastninske pravice v smislu izročitve nosilca podatkov, saj je pomembnejši končni ekonomski cilj operacije, to je usposobiti program za trajno uporabo. Ob zatrjevanju, da je za prodajo ne glede na izročitev nosilca podatkov značilna dodelitev pravice do uporabe za nedoločen čas in za enkratno plačilo, družba UsedSoft trdi, da je iz besedila Direktive 2009/24 razvidno, da se pravica distribuiranja izčrpa s tem, ko stranka družbe Oracle z dovoljenjem imetnika pravice izdelal kopijo z naložitvijo programa na nosilec podatkov.

31. Družba UsedSoft dodaja, da to razlago, ki izhaja iz besedila člena 4(2) Direktive 2009/24, potrjuje namen pravila o izčrpanju, to je uravnovesiti ekonomske interese avtorja v zvezi z uporabo njegovega dela ter interese prostega pretoka blaga in storitev. Družba UsedSoft meni, da ima imetnik pravice v primeru trajnega dajanja na voljo programske opreme za plačilo pravico do tržnega izkoriščanja svoje stvaritve s prodajo zaščitene vsebine, in ugotavlja, da ta avtor ne more odločati o uporabi oziroma neuporabi načela o izčrpanju z izbiro med dvema načinoma distribuiranja, ki sta

z ekonomskega vidika vendarle popolnoma enakovredna. V takem primeru bi se ustvaril distribucijski monopol, čemur naj bi se izognili prav s pravilom o izčrpanju. Tudi če bi bilo treba dejanje šteti za opravljanje storitev, bi se moralo načelo izčrpanja uporabljati, saj je tudi svoboda opravljanja storitev med temeljnimi načeli Unije.

32. Družba UsedSoft pojasnjuje, da je Sodišče zanikalo uporabo načela izčrpanja pri značilnih nesnovnih oblikah izkoriščanja, kot so pravice predvajanja, izvajanja ali oddajanja, in sicer ne zaradi njihove nesnovnosti, temveč ker se zaradi teh pravic ob vsaki uporabi pobira pristojbina in ker naj ob prvem dajanju v promet ne bi bilo zadoščeno ekonomskim interesom avtorja.

33. Družba UsedSoft trdi, da iz člena 3(3) Direktive 2001/29 ali uvodne izjave 29 te direktive ni mogoče izpeljati nobene nasprotne trditve, saj naj bi se nanašala samo na poseben primer dajanja na voljo storitev za enkratno uporabo, katerih trajanje je omejeno na trajanje priključitve na strežnik avtorja. Te storitve, ki naj bi se opravljale večkrat in odplačno, naj v nasprotju z dajanjem na voljo v trajno uporabo za enkratno plačilo ne bi zadostile ekonomskim interesom imetnika pravice že ob prvem izvajanju.

34. Družba Oracle meni, da se naložitev kopij računalniških programov ne šteje za prodajo, saj se plačilo ne zahteva za samo nalaganje programa, temveč se na podlagi licenčne pogodbe plačuje v zameno za pravico do uporabe, dodeljeno s to pogodbo. Če je bila sklenjena pogodba o vzdrževanju, prvi pridobitelj prav tako ne more preprodati prvotno naložene različice, temveč samo drugo dopolnjeno in posodobljeno različico.

35. Družba Oracle s sklicevanjem na sodno prakso Sodišča, zlasti na sodbo z dne 9. novembra 2004 v zadevi *The British Horseracing Board in drugi*¹¹, na skupne izjave v zvezi s Pogodbo SOIL o avtorski pravici ter na Poročilo Komisije Svetu, Evropskemu parlamentu in Ekonomsko-socialnemu odboru o izvajanju in učinkih Direktive 91/250 z dne 10. aprila 2000¹² dodaja, da se pravica distribuiranja izčrpa samo v primeru prenosa lastninske pravice nad materialnim predmetom, kar izključuje popolnoma nesnovno dejanje nalaganja s strežnika. Po mnenju te družbe je „kopija [...] programa“ v smislu člena 4(2) Direktive 2009/24 lahko samo fizična stvar, to je „izdelek“. Tako pojmovanje naj bi bilo v skladu s pomenom in namenom načela izčrpanja, katerega cilj naj bi bil zagotoviti prosti pretok fizičnih kopij, predhodno danih v promet s soglasjem imetnika pravic, ne pa omogočiti promet s kopijami, ki bi jih uporabnik ustvaril sam.

36. Družba Oracle vsekakor meni, da izčrpanje pravice distribuiranja zaradi naložitve programa s strežnika prvemu pridobitelju ne bi dovoljevalo prenosa kopije na drug nosilec podatkov, tudi če bi bil odgovor na to vprašanje pritrdilen. Dovoljen naj bi mu bil samo fizični prenos samega nosilca podatkov, tako da bi na primer moral razstaviti trdi disk, s katerega je naložil program.

37. Družba Oracle pojasnjuje, da se ne sme razlikovati glede na to, ali je računalniški program pridobljen z nakupom CD-ROM-a ali s prenosom z interneta, saj se v obeh primerih za uporabo te kopije programa zahteva sklenitev licenčne pogodbe.

38. Španska, francoska in italijanska vlada ter Irska trdijo, da se pravica distribuiranja za računalniški program izčrpa šele, ko se kopija tega programa da v promet na fizičnem nosilcu podatkov. Francoska vlada, Irska in italijanska vlada se opirajo na zakonodajni okvir – zlasti na Direktivo 2001/29 – ob upoštevanju katerega je treba razlagati Direktivo 2009/24.

11 — C-203/02, Recueil, str. I-10415, točki 58 in 59.

12 — COM(2000) 199 final.

39. Irska še poudarja, da licenca ni bila izdana za kopije, ki jih naložijo ali prenesejo končni kupci, tudi če bi se licenca, ki jo podeli imetnik pravice, štela za prodajo. Opozarja, da se na podlagi pravila o izčrpanju, ki se je uveljavilo v okviru prostega pretoka blaga, pravica distribuiranja, ki jo ima imetnik patenta, izčrpa samo za serije, ki so se tržile z njegovim soglasjem. Irska s sklicevanjem na sodbo z dne 9. julija 1985 v zadevi Pharmon¹³ meni, da je ta zadeva podobna položaju, ko se izdelki tržijo na podlagi obvezne licence. Dodaja še, da bi lahko dopustitev uporabe licenc brez soglasja imetnika pravice odvrčala od inovacij in škodila legitimnim interesom avtorja programa.

40. Francoska vlada argumentom, ki temeljijo na zakonodajnem okviru Unije, dodaja ugotovitve, ki izhajajo iz mednarodnega prava in sodne prakse Sodišča¹⁴. Navaja, da izčrpanje v primeru naložitve s strežnika ni mogoče, saj gre za ponudbo po spletu, in poudarja, da pogodba o vzdrževanju jasno izhaja iz opravljanja storitev.

41. Italijanska vlada meni, da je treba razlikovati med položajem lastnika kopije programske opreme in statusom uporabnika, ki ima pravico uporabljati programsko opremo na podlagi licence, in trdi, da v primeru spletnega prenosa elektronske kopije programske opreme pravica distribuiranja ni upoštevna, zato se omejitev na podlagi izčrpanja pravice distribuiranja ne uporablja. Po njenem mnenju bi bilo z drugačnim pristopom ogroženo varstvo programske opreme s pravom Unije.

42. Komisija opozarja, da se spor v bistvu nanaša na vprašanje, ali je dovoljena preprodaja računalniškega programa in ali se pravice imetnika izčrpajo, ko se računalniški program da na voljo za nalaganje s strežnika pod pogoji, ki omejujejo pravice uporabnika, da program prenese na drugega, in meni, da je iz uvodne izjave 28 Direktive 2001/29, pa tudi iz člena 4 te direktive v povezavi s členom 8 Pogodbe SOIL o avtorski pravici ter skupnih izjav glede te pogodbe, katere prenos je eden od ciljev Direktive 2001/29, razvidno, da v členu 4(1)(c) Direktive 2009/24 ne glede na njegovo besedilo ni zajeto distribuiranje dela, ki ni utelešeno v materialnem predmetu, saj naj bi bilo zajeto samo s členom 3(1) Direktive 2001/29. V členu 3(3) te direktive pa je navedeno, da se pravica do dajanja na voljo javnosti iz člena 3(1) navedene direktive ne izčrpa, pri čemer je v uvodni izjavi 29 te direktive še potrjeno, da se vprašanje izčrpanja ne postavlja pri storitvah na splošno, še posebej pri spletnih storitvah.

2. Presoja

43. Namen načela izčrpanja, ki izhaja iz nemškega in ameriškega prava¹⁵, je uravnovesiti potrebo po varstvu intelektualnih pravic, ki imetnikom načeloma zagotavljajo monopol pri izkoriščanju, in zahteve po prostem pretoku blaga. To načelo, po katerem je izključna pravica imetnika intelektualne lastnine omejena na prvo dajanje izdelka, zajetega z zadevno pravico, v promet, je „izraz [...] pravnega načela, da s [to] pravico [...] ni mogoče preprečiti distribuiranja pristnega izdelka, če je bil ta že dan v promet“¹⁶.

13 — 19/84, Recueil, str. 2281.

14 — Zlasti iz sodbe z dne 28. aprila 1998 v zadevi Metronome Musik (C-200/96, Recueil, str. I-1953).

15 — Glede nastanka in utemeljitve načela glej Castell, B., *L'«épuiement» du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, Pariz, 1989.

16 — Glej Beier, F.-K., „La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux“, *Journal du droit international*, 1971, str. 5 in še posebej str. 14.

44. Sodišče je zaradi cilja uvedbe območja brez notranjih meja to pravilo vključilo v pravni red Unije. V sodbi z dne 8. junija 1971 v zadevi Deutsche Grammophon¹⁷ je navedlo, da „bi bilo v nasprotju z določbami, ki predpisujejo prosti pretok blaga na skupnem trgu, če bi proizvajalec posnetih nosilcev zvočnega zapisa uveljavljal izključno pravico distribuiranja zaščitenih proizvodov, ki mu jo dodeljuje zakonodaja države članice, tako da bi prepovedal prodajo v tej državi proizvodov, danih na trg z njegove strani ali z njegovim privoljenjem v drugi državi članici, le zato, ker takšno distribuiranje ni potekalo na ozemlju prve države članice“.

45. Na podlagi pravila o izčrpanju imetnik intelektualnih pravic, ki je dal blago v promet na ozemlju ene države članice, izgubi možnost, da bi se zato, da bi nasprotoval uvozu tega blaga v drugo državo, skliceval na svoj monopol pri izkoriščanju. To pravilo je ekonomsko upravičeno s tem, da imetnik več pravic hkrati ne sme ustvarjati čezmernega dobička z izkoriščanjem svoje pravice, kar bi se zgodilo, če bi bil ob vsakem prehodu notranje meje Unije upravičen do gospodarske ugodnosti, ki mu jo daje ta pravica.

46. Načelo izčrpanja se je oblikovalo v sodni praksi, zakonodajalec Unije pa ga je prevzel in vključil v več direktiv, med drugim za blagovne znamke¹⁸, baze podatkov¹⁹, žlahtniteljske pravice²⁰, pravico dajanja v najem in pravico posojanja²¹, avtorske in sorodne pravice v informacijski družbi ter računalniške programe. Čeprav obsežna sodna praksa Sodišča na tem področju sestavlja „doktrino o izčrpanju v Skupnosti“, ki bi se lahko enotno uporabila za vse pravice intelektualne lastnine, pa so lahko pogoji za uporabo in obseg tega pravila zelo različni glede na posebnosti vsake zadevne pravice o intelektualni lastnini in posebne določbe, ki jo urejajo.

47. Kar zadeva posebej računalniške programe, je pravilo o izčrpanju določeno v členu 4 Direktive 2009/24, v katerem je povzeto besedilo člena 4 Direktive 91/250, pri čemer je ta člen razdeljen na ločena odstavka.

48. Medtem ko so v členu 4(1) Direktive 2009/24 med izključnimi pravicami avtorja programa izpostavljene pravica trajnega ali začasnega reproduciranja, pravica predelave in pravica storiti ali dovoliti storiti „vsako obliko distribuiranja javnosti izvornika računalniškega programa ali njegovih kopij, vključno z dajanjem v najem“, je v členu 4(2) te direktive pojasnjeno, da se izčrpanje uporablja samo za pravico distribuiranja, razen „pravice do nadzora nadaljnjega dajanja programa [...] v najem“. Iz teh določb je razvidno, da se izčrpa samo pravica distribuiranja, ne pa tudi pravica reproduciranja ali predelave. Čeprav je pravica distribuiranja opredeljena široko, samo en način distribuiranja – to je prodaja – sproži uporabo pravila o izčrpanju, tako da ima to pravilo, ko začne veljati, učinke na vse načine distribuiranja razen na najem.

17 — 78/70, Recueil, str. 487.

18 — Direktiva 2008/95/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. oktobra 2008 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z blagovnimi znamkami (UL L 299, str. 25). Člen 7 Direktive 2008/95 določa:

„1. Blagovna znamka imetniku ne daje pravice, da prepove njeno uporabo v zvezi z blagom, ki je bilo dano na trg [Unije], označeno s to blagovno znamko s strani imetnika ali z njegovim soglasjem.

2. Odstavek 1 se ne uporablja, če obstajajo zakoniti razlogi, da imetnik nasprotuje nadaljnjemu trženju blaga, še zlasti, če se stanje blaga spremeni ali poškoduje po tem, ko je bilo dano na trg.“

19 — Direktiva 96/9/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 1996 o pravnem varstvu baz podatkov (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 15, str. 459). Člen 5(c), drugi stavek, Direktive 96/9 določa, da „[p]rva prodaja primerka baze podatkov s strani imetnika pravic ali z njegovim privoljenjem v [Uniji] izčrpa pravico do nadzora ponovne prodaje tega primerka v [Uniji]“.

20 — Uredba Sveta (ES) št. 2100/94 z dne 27. julija 1994 o žlahtniteljskih pravicah v Skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 3, zvezek 16, str. 390). Člen 16 Uredbe št. 2100/94 določa:

„Žlahtniteljska pravica v Skupnosti ne zajema dejanj v zvezi s kakršnim koli materialom zavarovane sorte ali sorte, za katero veljajo določbe člena 13(5), ki ga je imetnik oddal ali privolil v oddajo drugim kjerkoli v [Uniji], ali s kakršnim koli materialom, izpeljanim iz omenjenega materiala, razen če taka dejanja:

(a) pomenijo nadaljnje razmnoževanje te sorte, razen kadar je bilo tako razmnoževanje predvideno ob oddaji materiala; ali

(b) vključujejo izvoz sestavin sorte v tretjo državo, ki ne zavaruje sort rastlinskega rodu ali vrste, kamor spada sorta, razen če je izvozni material namenjen končni porabi.“

21 — Člen 1(4) Direktive 92/100 določa, da se „[p]ravice iz odstavka 1 [...] ne izčrpajo z odsvojitvijo ali drugim dejanjem distribuiranja izvornikov in primerkov avtorsko-pravno varovanih del in predmetov sorodnih pravic po členu 2(1)“.

49. Vprašanje, ali pravilo o izčrpanju, kot je navedeno v členu 4(2) Direktive 2009/24, lahko zajema trženje „rabljene“ programske opreme, prenesene z interneta, je sprožilo zelo polemične razprave v državah članicah, zlasti v Nemčiji²², ki so v Združenih državah odmevale v razpravah o uporabi načela „first sale doctrine“ v digitalnem okolju²³.

50. Ker je izčrpanje pogojeno s prvo „prodajo kopije računalniškega programa“ v Uniji s strani imetnika pravice ali z njegovim dovoljenjem, je treba najprej ugotoviti, ali je treba ta pojem, ki je vse od sprejetja Direktive 2009/24 sprožal številna vprašanja²⁴, razlagati enotno.

51. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča iz načela enotne uporabe prava Unije in načela enakosti izhaja, da je za določitev pomena in obsega pojmov v določbah prava Unije, ki se nikjer izrecno ne nanaša na pravo držav članic, te treba običajno v vsej Uniji razlagati enotno²⁵. Ker v Direktivi 2009/24 glede pomena, ki ga je treba pripisati pojmu „prodaja kopije“, ni sklicevanja na nacionalne zakonodaje, je treba šteti, da za namene uporabe te direktive označuje samostojen pojem prava Unije, ki ga je treba razlagati enotno na celotnem ozemlju držav članic, pri čemer je treba zlasti upoštevati njegovo besedilo in okoliščine, v katerih se uporablja, ter cilje Direktive in nacionalnega prava.²⁶

52. Iz uvodnih izjav 4 in 5 Direktive 2009/24 je razvidno, da je njen namen odpraviti različnost zakonodaj držav članic, ki zelo škoduje notranjemu trgu. Kot je Sodišče razsodilo v sodbi z dne 20. novembra 2001 v zadevi Zino Davidoff in Levi Strauss²⁷, da je treba pojem soglasja, ki odločilno vpliva na ugasnitev izključne pravice, razlagati enotno za dosego cilja, da „v pravnih sistemih vseh držav članic uživajo enako varstvo“²⁸, je treba prav tako ugotoviti, da pogoj v zvezi s prodajo kopije programa ne sme biti odvisen od različnih razlag v različnih nacionalnih pravnih redih.

53. Zato je treba ugotoviti, ali se lahko pojem „prodaja kopije računalniškega programa“ v smislu člena 4(2) Direktive 2009/24 uporabi v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari.

54. Družba Oracle trdi, da se od stranke ne zahteva plačilo niti za samo naložitev programa z interneta niti za dajanje na voljo strojne kode, temveč kot nadomestilo za pogodbo o uporabi, dodeljeno z licenčno pogodbo. Družba Oracle dodaja, da ima stranka v večini primerov sklenjeno pogodbo o vzdrževanju, ki omogoča posodabljanje programa in odpravljanje napak ter pomeni pogodbo o opravljanju storitev. Na podlagi tega sklepa, da ne gre za prodajo v smislu člena 4(2) Direktive 2009/24.

55. Taka presoja se mi zdi napačna.

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

23 — Glej Frankel, S., in Harvey, L., „Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law?“, *Intellectual Property Magazine*, marec 2011, str. 40.

24 — Glej zlasti Strowel, A., in Derclaye, E., *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruselj, 2001. Glej tudi Vivant, M., „Le programme d'ordinateur au pays des muses; observations sur la directive du 14 mai 1991“, *La semaine juridique – Édition entreprise*, 1991, št. 47, str. 479. Ta avtor razkriva „konceptualno nezmožnost urednikov, da bi razlikovali med intelektualno stvaritvijo in nosilcem“ (točka 16.2, str. 484).

25 — Glej v tem smislu sodbo z dne 14. junija 2007 v zadevi Häupl (C-246/05, ZOdl., str. I-4673, točka 43 in navedena sodna praksa).

26 — Glej v tem smislu sodbo z dne 22. decembra 2010 v zadevi Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, ZOdl., str. I-13971, točka 30 in navedena sodna praksa).

27 — Od C-414/99 do C-416/99, Recueil, str. I-8691.

28 — Točke od 41 do 43.

56. Menim, da je iz Direktive 2009/24 jasno razvidno razlikovanje med prodajo in najemom „*summa divisio*“, od katerega so odvisni uporaba oziroma neuporaba pravila o izčrpanju²⁹ in obseg tega pravila³⁰. V uvodni izjavi 12 te direktive je najem opredeljen kot omogočanje uporabe računalniškega programa ali njegove kopije za določen čas in z namenom doseganja dobička. Nasprotno pa je treba prodajo računalniškega programa ali njegove kopije šteti za posebnost v smislu člena 4(2) navedene direktive, saj je ne glede na opredelitev, ki so jo navedle stranke, za dejanje značilen prenos lastništva nad kopijo računalniškega programa za nedoločen čas in za enkratno plačilo. Tako razlikovanje je poleg tega v skladu s sodno prakso Sodišča, ki je izključilo izčrpanje v primeru najema³¹, medtem ko ga uporablja v primeru prenosa lastništva³².

57. Izdaja licence, ki omogoča dajanje na voljo kopije računalniškega programa z naložitvijo z interneta, je zapleten postopek, ki lahko hkrati vključuje pogodbo o opravljanju storitev, ki se med drugim nanaša na dajanje na voljo, uporabo in vzdrževanje računalniškega programa, in prodajno pogodbo za kopijo, ki je potrebna za izvajanje teh storitev.³³ Vsebina tako dodeljenega dovoljenja za uporabo je lahko različna.

58. Ta pravica do uporabe ima značilnosti najema, če je bila dodeljena začasno, za plačilo redne najemnine in če se dobavitelj ni odrekel lastništvu nad kopijo računalniškega programa, ki mu ga mora imetnik pravice obnoviti. Nasprotno pa se mi zdi, da ima značilnosti prodaje, če stranka dokončno pridobi možnost uporabe kopije računalniškega programa, ki se ji dobavitelj odreče za plačilo pavšalne cene.

59. Menim namreč, da je treba izraz „prodaja“ v smislu člena 4(2) Direktive 2009/24 glede na namen izčrpanja, ki je omejiti izključnost pravice intelektualne lastnine, ker je imetnik pravice s trženjem lahko uresničil ekonomsko vrednost svoje pravice, razlagati široko, tako da zajema vse načine trženja izdelka, za katere je značilna dodelitev pravice do uporabe kopije računalniškega programa za nedoločen čas v zameno za enkratno plačilo. S preozko razlago tega pojma bi bil ogrožen polni učinek te direktive, ker bi se pravilu o izčrpanju odvzel ves pomen, saj se programska oprema najpogosteje trži z uporabniškimi licencami in bi lahko dobavitelji to pravilo zaobšli tako, da bi pogodbo opredelili kot „licenčno“ namesto prodajno pogodbo.

60. Na podlagi tega sklepam, da se prenos pravice do uporabe kopije računalniškega programa dejansko šteje za prodajo v smislu člena 4(2) Direktive 2009/24, tudi če imetnik pravice tako kot družba Oracle nekoliko prisiljeno razlikuje med dajanjem kopije računalniškega programa na voljo in dodelitvijo pravice do uporabe.

61. Vendar zgolj opredelitev dejanja kot „prodaja“ ne zadostuje za sklepanje, da se lahko pravica distribuiranja izčrpa v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari.

29 — Tako da do izčrpanja pride samo v primeru prodaje.

30 — Tako da izčrpanje zaradi prodaje ne dovoljuje naknadnega najema kopije. Glej Czarnota, B., in Hart, R., *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A guide to the EC Directive*, Butterworths, 1991, str. 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 — Glej zgoraj navedeno sodbo *Metronome Musik*.

32 — Glej sodbo z dne 17. aprila 2008 v zadevi *Peek & Cloppenburg* (C-456/06, ZOdl., str. I-2731).

33 — Glej v tem smislu *Dusollier, S., Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larquier, Bruselj, 2007, št. 529 in 530. Ta avtor opredeljuje dejanje kot „zapleteno [...] pogodbeno obliko“, ki jo je mogoče razdeliti na prodajno pogodbo za nosilec podatkov ali pogodbo o opravljanju storitev, če gre za naložitev ali uporabo na daljavo, in licenčno pogodbo za avtorske pravice nad delom, vsebovanim na nosilcu ali prenesenim z računalniškim orodjem.

62. Družba Oracle, španska in francoska vlada, Irska, italijanska vlada in Komisija trdijo, da ima izčrpanje, ki je lahko posledica prodaje kopije računalniškega programa, nujno omejen obseg, saj posega izključno v pravico distribuiranja za kopijo računalniškega programa na fizičnem nosilcu.

63. V prid tej razlagi naj bi govorilo več trditev.

64. Zatrjuje se, da postopek naložitve računalniškega programa z interneta ne izhaja iz dejanja distribuiranja v smislu člena 4(2) Direktive 2009/24 in člena 4(1) Direktive 2001/29, temveč iz dejanja priobčnenja dela javnosti v smislu člena 3(1) zadnjenavedene direktive. V členu 3(3) Direktive 2001/29 je pojasnjeno, da se pravica priobčitve javnosti ne izčrpa.

65. Poleg tega naj bi bilo iz zgoraj navedenega poročila Komisije z dne 10. aprila 2000 jasno razvidno, da se izčrpanje avtorske pravice uporablja samo za prodajo kopij, torej blaga, medtem ko naj bi bilo to za prodajo po spletnih storitvah izključeno.³⁴

66. Tako omejeno pojmovanje pojma izčrpanja naj bi vsebovala tudi Direktiva 2001/29, v kateri naj bi bila jasno izražena volja zakonodajalca Unije, da pravilo omeji na en sam način distribuiranja dela, za katerega je značilna prodaja izdelka, na katerem je računalniški program.

67. Med drugim je poudarjeno, da je izčrpanje pravice distribuiranja v členu 4(2) Direktive 2001/29 določeno samo v primeru prve prodaje ali prvega drugačnega prenosa lastništva nad „predmetom“. Poleg tega je v uvodnih izjavah 28 in 29 te direktive pojasnjeno, da avtorskopravno varstvo pravic po tej direktivi vključuje „izključno pravico nadzora distribuiranja dela, *utelešenega v materialnem predmetu*“³⁵ oziroma da se „[v]prašanje izčrpanja [...] ne pojavi v primeru storitev, še posebej sprotnih storitev“. V tej zadnji uvodni izjavi je dodano, da „[t]o velja tudi v primeru fizičnega primerka dela ali predmeta sorodnih pravic, ki ga je izdelal uporabnik takšne storitve s privoljenjem imetnika pravic [in da je] [z]a razliko od CD-ROM ali CD-I, kjer je intelektualna lastnina fiksirana na materialnem nosilcu, namreč na posamičnem blagu, [...] vsaka sprotna storitev pravzaprav dejanje, ki naj bo pogojeno z dovoljenjem, kjer to predvideva avtorska ali sorodna pravica“.

68. Poleg tega je bila uvodna izjava 29 Direktive 2001/29 povzeta iz uvodne izjave 33 Direktive 96/9, v kateri naj bi že bila jasno izražena želja zakonodajalca Unije, da se izčrpanje pojmuje samo z vidika pretoka izdelka, ki ga sestavljata materialna in intelektualna vsebina. Ta želja naj bi bila razvidna tudi iz uvodne izjave 43 zadnjenavedene direktive, v kateri je pojasnjeno, da se v primeru spletnega prenosa pravica do prepovedi ponovne uporabe ne izčrpa niti za baze podatkov niti za materialne primerke baze podatkov ali njenega dela, ki ga je izdelal naslovnik prenosa z dovoljenjem imetnika pravice.

69. Nazadnje, omejeno pojmovanje izčrpanja naj bi bilo potrjeno z mednarodnim pravom. Eden od ciljev Direktive 2001/29 je izvajanje Pogodbe SOIL o avtorski pravici v državah članicah. Kot je Sodišče opozorilo v zgoraj navedeni sodbi Peek & Cloppenburg, je treba besedila prava Unije razlagati, kolikor je mogoče, ob upoštevanju mednarodnega prava, zlasti kadar je namen teh besedil izvedba mednarodnega sporazuma, ki ga je sklenila Unija.³⁶ Zato bi bilo treba na podlagi tega sklepati, da je treba Direktivo 2001/29, ki je namenjena izvajanju nekaterih mednarodnih obveznosti iz Pogodbe SOIL o avtorski pravici in Pogodbe SOIL o izvedbah in fonogramih, sprejete 20. decembra 1996 v Ženevi³⁷, razlagati ob upoštevanju skupnih izjav glede Pogodbe SOIL o avtorski pravici, v skladu s katerimi se izčrpanje pravice distribuiranja, navedeno v členu 6(2) te pogodbe, nanaša „izključno na posnete primerke, ki se lahko dajo v promet kot materialni predmeti“.

34 — Glej str. 18 tega poročila.

35 — Moj poudarek.

36 — Točka 30 in navedena sodna praksa.

37 — Glej uvodno izjavo 15 te direktive.

70. Ti argumenti se mi ne zdijo popolnoma prepričljivi.

71. Prvič, ne strinjam se s trditvami Komisije, da bi se distribuiranje računalniškega programa z naložitvijo z interneta lahko izognilo opredelitvi kot „pravica distribuiranja“ in bi zato spadalo v opredelitev pravice priobčitve javnosti, ki spada na področje uporabe člena 3(3) Direktive 2001/29. Menim, da zoper tako razlago govorita dva temeljna pomisleka.

72. Prvič, tudi če se strinjamo, da je treba pri razlagi posebnih določb Direktive 2009/24, ki samo kodificira Direktivo 91/250, sprejeto pred razmahom interneta, slediti splošnim določbam Direktive 2001/29, katere namen je dejansko prilagoditi avtorsko pravico digitalnemu okolju, pa je treba ugotoviti, da je v členu 1(2)(a) Direktive 2001/29 pojasnjeno, da se ta „ne dotika in ne vpliva na obstoječe določbe [prava Unije] v zvezi s [...] pravnim varstvom računalniških programov“. Ker v Direktivi 2009/24 ni nikakršnega sklicevanja na pojem pravice priobčitve, pravica distribuiranja pa je v njej opredeljena kar najširše, kot da zajema „vsako obliko distribuiranja javnosti izvirnika računalniškega programa ali njegovih kopij“, bi po mojem mnenju na podlagi obeh direktiv težko sklepali, da se pravica dajanja na voljo javnosti iz člena 3(1) Direktive 2001/29 uporablja za računalniške programe. Prav tako se mi ne zdi, da bi bilo mogoče tako razlagati zgoraj navedeno sodbo *Bezpečnostní softwarová asociace*, ki jo Komisija navaja v utemeljitev svojega sklepanja.³⁸

73. Dalje, ker v Direktivi 2001/29 ni nikakršne opredelitve pravic priobčitve del javnosti, dajanja na voljo javnosti in distribuiranja, je treba člena 3 in 4 te direktive, kolikor je mogoče, razlagati z vidika Pogodbe SOIL o avtorski pravici.³⁹ Člen 6(1) te pogodbe pa se sklicuje na pravico distribuiranja kot na pravico dovoljevati, da izvirnik in primerki njihovih del postanejo dostopni javnosti „s prodajo ali drugačnim prenosom lastninske pravice“. Besedilo te določbe je popolnoma jasno. S prenosom lastninske pravice se dejanje priobčitve javnosti očitno spremeni v dejanje distribuiranja.

74. Drugič, navedbe v uvodnih izjavah Direktive 2001/29 niso niti jasne niti enopomenske.

75. Razlaga *a contrario* prvega stavka uvodne izjave 28 te direktive, ki določa, da „[a]vtorsko-pravno varstvo pravic po tej direktivi vključuje^[40] izključno pravico nadzora distribuiranja dela, utelešenega v materialnem predmetu“, tako pomeni, da ta pravica vključuje tudi druge načine distribuiranja. V drugem stavku te uvodne izjave, ki se nanaša na izčrpanje, to ni omejeno na način distribuiranja.

76. Nedvoumna ni niti uvodna izjava 29 Direktive 2001/29. Čeprav se zdi, da razlikuje med prodajo blaga, pri kateri naj bi bilo upošteveno pravilo izčrpanja, in opravljanjem storitev, pri katerem naj to pravilo ne bi bilo upošteveno, pa pojem spletnih storitev, kot je opredeljen s pravom Unije, kljub vsemu zajema spletno prodajo blaga.⁴¹ Tako se dobesedno v skladu s to uvodno izjavo pravilo izčrpanja ne bi smelo uporabljati pri spletnem nakupu CD-ROM-a, na katerem je kopija računalniškega programa. Razlikovanje glede na to, ali prodaja poteka na daljavo ali ne, se mi za uporabo tega pravila zdi brezpredmetno.

77. Tretjič, če bi se člen 4(2) Direktive 2009/24 razlagal tako, kot da je pravilo izčrpanja izključeno pri naložitvi z interneta, čeprav se računalniški programi množično distribuirajo s takim trženjem, bi se zelo omejilo področje uporabe tega merila, s tem pa tudi prosti pretok.

38 — Ne razumem, kako bi bilo mogoče na podlagi te odločbe o grafičnih uporabniških vmesnikih sklepati, da se pravica iz člena 3(1) Direktive 2001/29 uporablja za računalniške programe, ob tem, da je Sodišče ravno razsodilo, da se grafični uporabniški vmesniki ne štejejo za obliko izraza računalniškega programa.

39 — Glej točko 69 teh sklepnih predlogov.

40 — Moj poudarek.

41 — Glej v tem smislu uvodno izjavo 18 Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 25, str. 399).

78. Čeprav člen 36 PDEU določa, da so take omejitve lahko med drugim utemeljene z varstvom industrijske in poslovne lastnine, pa je iz ustaljene sodne prakse razvidno, da je tako omejevanje dopustno zgolj v obsegu, v katerem je utemeljeno z dejstvom, da varuje pravice, ki so poseben predmet te lastnine⁴². V skladu s tem načelom je treba za vsako zadevno pravico intelektualne lastnine določiti, pod katerimi pogoji se uveljavljanje te pravice šteje za združljivo ali nezdružljivo s pravom Unije.

79. Dvomim, da dejstvo, da se imetniku pravice dovoli, da osebi, ki je zakonito pridobila lastništvo nad kopijo računalniškega programa, prepreči njeno preprodajo, spada v okvir varstva pravic, ki so poseben predmet avtorske pravice.

80. Sodišče pri presoji zakonitosti odstopanj od prostega pretoka, utemeljenih z varstvom avtorske pravice, preuči, ali je bil imetnik avtorske pravice prikrajšan za plačilo, do katerega je bil upravičen z zakonom.

81. Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Football Association Premier League in drugi spomnilo, da so izjeme od načela prostega pretoka dovoljene le toliko, kolikor so upravičene za varovanje pravic, ki so poseben predmet zadevne intelektualne lastnine, in da je namen tega posebnega predmeta zlasti to, da se imetnikom zadevnih pravic zagotovi varstvo možnosti gospodarskega izkoriščanja dajanja varovane vsebine v promet ali na voljo z dajanjem licenc za plačilo, in ugotovilo, da tak poseben predmet imetnikom zadevnih pravic ne zagotavlja možnosti zahtevati najvišje plačilo, temveč le primerno nagrado, ki je torej v primernem razmerju z ekonomsko vrednostjo storitve, za vsako uporabo varovane vsebine.⁴³

82. Nato je na podlagi ugotovitve, da bi lahko doplačilo RTV-organizacij za zagotovitev absolutne izključne pravice na nekem območju povzročilo umetne razlike v cenah med razdeljenimi nacionalnimi trgi, sklevalo, da plačilo takega doplačila preseže okvire, ki so potrebni za zagotovitev ustreznega plačila imetnikom.⁴⁴

83. Menim, da je imetnik pravic v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari, prejel ustrezno plačilo v zameno za dodelitev pravice do uporabe kopije računalniškega programa. Če bi imel pravico nadzorovati preprodajo te kopije in pri tem zahtevati novo plačilo, ker naj bi stranka kopijo po naložitvi z interneta prenesla na nosilec podatkov, namesto da bi jo imetnik pravic vključil na nosilec podatkov, ki je bil dan v prodajo, se ne bi zavaroval posebni predmet avtorske pravice, temveč bi se njegov monopol pri izkoriščanju še povečal.

84. Ob upoštevanju navedenega je treba na drugo vprašanje predložitvenega sodišča odgovoriti, da je treba člen 4(2) Direktive 2009/24 razlagati tako, da se pravica distribuiranja kopije računalniškega programa izčrpa, če je imetnik pravice, ki je dovolil naložitev te kopije z interneta na nosilec podatkov, za plačilo prenesel tudi časovno neomejeno pravico do uporabe te kopije. V smislu te določbe namreč pomeni prodajo vsako dajanje na voljo v Uniji, v kakršni koli obliki in s kakršnim koli sredstvom, kopije računalniškega programa z namenom, da se časovno neomejeno uporablja ob plačilu pavšalne cene.

42 — Glej sodbi z dne 23. aprila 2002 v zadevi Boehringer Ingelheim in drugi (C-143/00, Recueil, str. I-3759, točka 28) in z dne 4. oktobra 2011 v združenih zadevah Football Association Premier League in drugi (C-403/08 in C 429/08, ZOdl, str. I-9083, točka 106 in navedena sodna praksa).

43 — Zgoraj navedena sodba Football Association Premier League in drugi (točke od 106 do 109 in navedena sodna praksa).

44 — Ibidem (točki 115 in 116).

C – Prvo in tretje vprašanje

85. Predložitveno sodišče s prvim in tretjim vprašanjem Sodišče v bistvu sprašuje, ali se lahko pridobitelj uporabniške licence kot „zakoniti pridobitelj“ v smislu člena 5(1) Direktive 2009/24 sklicuje na pravilo o izčrpanju iz člena 4(2) te direktive, da bi izdelal novo kopijo računalniškega programa, če je prvi pridobitelj svojo kopijo izbrisal ali je ne uporablja več.

1. Stališča strank v postopku v glavni stvari, vlad in Komisije

86. Družba UsedSoft trdi, da bi načelo izčrpanja izgubilo učinek, če bi veljalo, da imetnik pravice ne more nadzorovati naknadnega distribuiranja kopij programov, lahko pa še naprej nadzoruje uporabniška dejanja, pri katerih se zahteva reproduciranje programa.

87. Družba UsedSoft dodaja, da dejstvo, da prvi pridobitelj izbriše svojo kopijo računalniškega programa ali je ne uporablja več, zagotavlja, da programska oprema, ki jo je prenesel proizvajalec, ne bo predmet dvojne ali celo večkratne uporabe.

88. Po mnenju družbe Oracle se pojem „zakoniti pridobitelj“ iz člena 5(1) Direktive 2009/24 nanaša samo na pridobitelja, ki ima na podlagi licenčne pogodbe pravico do uporabe računalniškega programa, medtem ko se pojem „uporaba v skladu z namenom [računalniškega programa]“ nanaša na uporabo, ki je v skladu s pravico do uporabe, ki jo dodeli imetnik pravice, tako da jo je treba po potrebi opredeliti na podlagi upoštevniht zahtev iz licenčne pogodbe, s katero sta opredeljena narava in obseg pravice do uporabe.

89. Družba Oracle dodaja, da se izčrpanje nanaša samo na pravico distribuiranja kopije računalniškega programa, dane v promet, in ne more vplivati na pravico do uporabe, ki vključuje pravico reproduciranja, saj gre za računalniške programe, katerih uporaba vključuje reproduciranje.

90. Po navedbah družbe Oracle, ki sklepa po analogiji s pravom blagovnih znamk, smisel in namen načela izčrpanja ni, da se osebam, ki niso imetniki pravice, dodeli potrebno pravno pooblastilo za razdelitev in razgradnjo prvotne pravice do uporabe za določeno število uporabnikov v več dodatnih uporabniških pravic. Neprijetna posledica preprodaje „rabljenih“ licenc naj bi bila nezmožnost trženja licenc po nižani ceni, kar omogoča, da programe uporabljajo finančno šibke skupine uporabnikov, kot so izobraževalne ustanove.

91. Družba Oracle še navaja, da niti imetnik pravice niti končni kupec ne moreta preveriti, ali je prvi pridobitelj dejansko izbrisal svojo kopijo oziroma ali je ne uporablja več.

92. Francoska vlada, Irska in italijanska vlada v bistvu trdijo, da se lahko samo tisti, ki mu je imetnik pravice podelil pravico do uporabe računalniškega programa, šteje za „zakonitega pridobitelja“ v smislu člena 5(1) Direktive 2009/24. Francoska vlada in Irska še navajata, da se tisti, ki od imetnika pravice ni pridobil licence in ki posledično ni zakoniti pridobitelj, ne more sklicevati na pravilo o izčrpanju.

93. Čeprav španska vlada in Komisija menita, da je tisti, ki se lahko sklicuje na izčrpanje pravice distribuiranja za kopijo programske opreme, „zakoniti pridobitelj“ v smislu člena 5(1) Direktive 2009/24, pa se jima zdi, da ni treba odgovoriti na tretje vprašanje predložitvenega sodišča, saj na drugo vprašanje odgovarjata nikalno.

2. Presoja

94. Menim, da odgovor na to vprašanje izhaja iz razlikovanja med pravico distribuiranja, ki se izčrpa, in pravico reproduciranja, ki se ne izčrpa.

95. V tej zadevi ni sporno, da uporabniška licenca, ki jo dodeli družba Oracle, s povezavo na spletno mesto družbe Oracle omogoča reproduciranje računalniškega programa. Po mojem mnenju to pomeni, da prenos uporabniških pravic, dodeljenih s to licenco, ne spada na področje uporabe pravice distribuiranja, temveč pravice reproduciranja.

96. Če preprodaja kopije, ki jo je prenesel prvi pridobitelj, skupaj z njeno uporabo spada na področje uporabe pravice distribuiranja, pa se prenos uporabniške licence, kot jo družba Oracle izda svojim strankam, nanaša na izvajanje izključne pravice reproduciranja, saj omogoča namestitev nove kopije programa z naložitvijo z interneta ali z reproduciranjem na podlagi kopije, ki jo uporabnik že ima.

97. Iz jasnega besedila člena 4(2) Direktive 2009/24 je razvidno, da se načelo izčrpanja nanaša izključno na distribuiranje kopije računalniškega programa in ne more vplivati na pravico reproduciranja, v katero je mogoče poseči samo s spremembo vsebine avtorske pravice.

98. Prav tako se mi ne zdi, da bi bilo mogoče na podlagi člena 5(1) te direktive zaobiti to prepreko. Po mojem mnenju je edini namen te določbe, da osebi, ki že ima kopijo računalniškega programa, omogoči reproduciranje te kopije, da bi jo lahko uporabila v skladu z njenim namenom. Nasprotno pa osebi, ki še nima kopije programa, ni mogoče dovoliti reproduciranja programa, da bi ga uporabila v skladu z njegovim namenom, temveč da bi ga samo uporabljala. Poleg tega menim, da je mogoče navedeno določbo, ki pridržuje uporabo posebnih pogodbenih določb, uporabiti samo za pridobitelja, ki je pogodbeno vezan na imetnika pravice.

99. Glede na sedanja besedila se mi ne zdi mogoče, da bi se pravilo o izčrpanju, ki je neločljivo povezano s pravico distribuiranja, razširilo na pravico reproduciranja. Zavedam se, da se bo s tako razmejitvijo pravila samo na kopijo, materializirano na nosilcu podatkov po naložitvi, omejil njegov obseg v praksi, vendar menim, da nasprotna rešitev, s katero bi se pravilo o izčrpanju razširilo onkraj obsega, ki ga je predvidel zakonodajalec Unije⁴⁵, ne bi bila sprejemljiva, ne da bi bilo ogroženo načelo pravne varnosti, ki zahteva predvidljivost evropskega predpisa, tudi če to razmejitve upravičuje potreba po ohranitvi polnega učinka pravila o izčrpanju in uveljavitvi prostega pretoka blaga in storitev.

100. Na podlagi zgoraj navedenega sklepam, da je treba člena 4(2) in 5(1) Direktive 2009/24 razlagati tako, da se pri preprodaji pravice do uporabe kopije računalniškega programa drugi pridobitelj ne more sklicevati na izčrpanje pravice distribuiranja za to kopijo, da bi lahko izdelal novo kopijo programa, tudi če bi prvi pridobitelj svojo kopijo izbrisal ali je ne bi več uporabljal.

V – Predlog

101. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj Bundesgerichtshof odgovori:

1. Člen 4(2) Direktive 2009/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2009 o pravnem varstvu računalniških programov je treba razlagati tako, da se pravica distribuiranja kopije računalniškega programa izčrpa, če je imetnik pravice, ki je dovolil naložitev te kopije z interneta na nosilec podatkov, za plačilo prenesel tudi časovno neomejeno pravico do uporabe te kopije.

V smislu te določbe namreč prodajo pomeni vsako dajanje na voljo v Uniji, v kakršni koli obliki in s kakršnim koli sredstvom, kopije računalniškega programa z namenom, da se časovno neomejeno uporablja ob plačilu pavšalne cene.

⁴⁵ — Treba je še opozoriti, da Komisija v sporočilu Evropskemu parlamentu, Svetu, Ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij z dne 11. januarja 2012 o skladnem okviru za okrepitev zaupanja v enotni digitalni trg elektronskega poslovanja in spletnih storitev (COM(2011) 942 final) navaja, da bo izvedla ukrep za „zagotovitev hitrega in ambicioznega izvajanja evropske strategije za pravice intelektualne lastnine, zlasti [s] [...] ponovnim pregledom [Direktive 2001/29]“ (glej točko 2 glavnih ukrepov, str. 8).

2. Člena 4(2) in 5(1) Direktive 2009/24 je treba razlagati tako, da se pri preprodaji pravice do uporabe kopije računalniškega programa drugi pridobitelj ne more sklicevati na izčrpanje pravice distribuiranja za to kopijo, da bi lahko izdelal novo kopijo programa, tudi če bi prvi pridobitelj svojo kopijo izbrisal ali je ne bi več uporabljal.