ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
YVES BOT
της 24ης Απριλίου 2012 [1]

Υπόθεση C-128/11

Axel W. Bierbach, σύνδικος πτωχεύσεως της UsedSoft GmbH
κατά
Oracle International Corp.

[αίτηση του Bundesgerichtshof (Γερμανία)για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών — Οδηγία 2009/24/ΕΚ — Εμπορία μεταχειρισμένων αδειών λογισμικού που έχει μεταφορτωθεί μέσω Διαδικτύου — Ανάλωση του δικαιώματος διανομής»

1. Η υπό κρίση αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία των άρθρων 4, παράγραφος 2, και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Απριλίου 2009, για τη νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών [2].

2. Τα προδικαστικά ερωτήματα υποβλήθηκαν στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ της UsedSoft GmbH, την οποία εκπροσωπεί ο Axel W. Bierbach ως σύνδικος πτωχεύσεως της εταιρίας αυτής [3], και της Oracle International Corp. [4], με αντικείμενο την εμπορία από τη UsedSoft «μεταχειρισμένων» αδειών λογισμικού της Oracle.

I – Νομικό πλαίσιο

Το διεθνές δίκαιο

3. Ο Παγκόσμιος Οργανισμός Διανοητικής Ιδιοκτησίας (ΠΟΔΙ) συνήψε στη Γενεύη, στις 20 Δεκεμβρίου 1996, τη συνθήκη του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία. Η συνθήκη αυτή εγκρίθηκε εξ ονόματος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας με την απόφαση 2000/278/ΕΚ του Συμβουλίου, της 16ης Μαρτίου 2000 [5].

4. Το άρθρο 4 της εν λόγω συνθήκης ορίζει ότι τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών προστατεύονται όπως τα λογοτεχνικά έργα κατά την έννοια του άρθρου 2 της Συμβάσεως της Βέρνης. Η προστασία αυτή παρέχεται στα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών ανεξαρτήτως του τρόπου ή της μορφής της εκφράσεώς τους.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.
2 — ΕΕ L 111, σ. 16.
3 — Στο εξής: UsedSoft.
4 — Στο εξής: Oracle.
5 — ΕΕ L 89, σ. 6.

5. Το άρθρο 6 της συνθήκης του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία, το οποίο φέρει τον τίτλο «Δικαίωμα διανομής», προβλέπει τα εξής:

«1) Οι δημιουργοί λογοτεχνικών και καλλιτεχνικών έργων έχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν τη διάθεση στο κοινό του πρωτοτύπου και των αντιτύπων των έργων τους μέσω πώλησης ή άλλης μεταβίβασης της κυριότητας.

2) Καμία διάταξη της παρούσας συνθήκης δεν θίγει την ελευθερία των συμβαλλομένων μερών να θεσπίσουν, ενδεχομένως, τους όρους υπό τους οποίους επέρχεται η ανάλωση του δικαιώματος που προβλέπεται στην παράγραφο 1 μετά την πρώτη πώληση ή άλλη μεταβίβαση της κυριότητας του πρωτοτύπου ή αντιτύπων του έργου με την άδεια του δημιουργού.»

6. Στις κοινές δηλώσεις σχετικά με τη συνθήκη του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία ορίζονται τα ακόλουθα, όσον αφορά τα άρθρα 6 και 7 της συνθήκης αυτής:

«Οι εκφράσεις “αντίτυπα” και “πρωτότυπα και αντίτυπα” σε σχέση με το δικαίωμα διανομής και το δικαίωμα μίσθωσης που προβλέπονται στα εν λόγω άρθρα αναφέρονται αποκλειστικά στα υλικά ενσωματωμένα αντίτυπα τα οποία μπορούν να τεθούν σε κυκλοφορία ως ενσώματα αντικείμενα.»

Το δίκαιο της Ένωσης

1. Η οδηγία 2009/24

7. Η οδηγία 2009/24 κωδικοποιεί την οδηγία 91/250/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Μαΐου 1991, για τη νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών[6].

8. Κατά το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, «τα κράτη μέλη προστατεύουν τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών με δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας σαν λογοτεχνικά έργα κατά την έννοια της σύμβασης της Βέρνης για την προστασία των λογοτεχνικών και καλλιτεχνικών έργων».

9. Το άρθρο 4 της οδηγίας αυτής, το οποίο τιτλοφορείται «Δικαίωμα διανομής», έχει ως εξής:

«1. Με την επιφύλαξη των άρθρων 5 και 6, στα αποκλειστικά δικαιώματα του δικαιούχου κατά την έννοια του άρθρου 2 περιλαμβάνεται το δικαίωμα να πραγματοποιεί ή να παρέχει άδεια για:

α) οριστική ή προσωρινή αναπαραγωγή του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, με κάθε μέσο και μορφή, εν όλω ή εν μέρει. Εφόσον η φόρτωση, η εμφάνιση στην οθόνη, η εκτέλεση, η μεταβίβαση ή η αποθήκευση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή απαιτούν τέτοια αναπαραγωγή, οι πράξεις αυτές υπόκεινται σε άδεια εκ μέρους του δικαιούχου·

β) μετάφραση, προσαρμογή, διαρρύθμιση ή οποιαδήποτε άλλη μετατροπή του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή και αναπαραγωγή των αποτελεσμάτων του, με την επιφύλαξη των δικαιωμάτων του προσώπου που τροποποιεί το πρόγραμμα·

γ) οποιαδήποτε μορφή διανομής στο κοινό, συμπεριλαμβανομένης της εκμίσθωσης, του πρωτότυπου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή των αντιγράφων του.

6 — ΕΕ L 122, σ. 42.

2. Η πρώτη πώληση στην [Ευρωπαϊκή Ένωση] αντιγράφου ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή από τον δικαιούχο του ή με τη συγκατάθεσή του, εξαντλεί το δικαίωμα διανομής του αντιγράφου αυτού εντός της [Ένωσης], εξαιρουμένου του δικαιώματος ελέγχου της περαιτέρω εκμίσθωσης του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή αντιγράφου του.»

10. Το άρθρο 5, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας, το οποίο επιγράφεται «Εξαιρέσεις από τις εξαρτώμενες από προηγούμενη άδεια πράξεις», προβλέπει τα ακόλουθα:

«Ελλείψει ειδικών συμβατικών διατάξεων, δεν απαιτείται η άδεια τού δικαιούχου για τις πράξεις που απαριθμούνται στο άρθρο 4, παράγραφος 1, στοιχεία α′ και β′, όταν αυτές είναι αναγκαίες για την κατά προορισμό χρησιμοποίηση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή από το πρόσωπο που το απέκτησε νομίμως, συμπεριλαμβανομένης της διόρθωσης σφαλμάτων.»

2. Η οδηγία 2001/29

11. Η εικοστή όγδοη και η εικοστή ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 22ας Μαΐου 2001, για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας[7], έχουν ως εξής:

«(28) Η προστασία του δικαιώματος του δημιουργού βάσει της παρούσας οδηγίας περιλαμβάνει το αποκλειστικό δικαίωμα ελέγχου της διανομής έργων που ενσωματώνονται σε υλικό φορέα. Η πρώτη πώληση στην [Ενωση] του πρωτοτύπου του έργου ή των αντιγράφων του από τον φορέα του δικαιώματος ή με τη συναίνεσή του επιφέρει ανάλωση του δικαιώματος ελέγχου της μεταπώλησής τους στην [Ένωση]. Το δικαίωμα αυτό δεν θα πρέπει να αναλώνεται όταν το πρωτότυπο ή τα αντίγραφά του πωλούνται από τον δικαιούχο ή με τη συναίνεσή του εκτός [Ένωσης]. Με βάση την οδηγία 92/100/ΕΟΚ [8], οι δημιουργοί έχουν δικαίωμα εκμίσθωσης και δανεισμού. Το δικαίωμα διανομής που προβλέπεται στην παρούσα οδηγία δεν θίγει τις διατάξεις σχετικά με τα δικαιώματα εκμίσθωσης και δανεισμού που περιλαμβάνονται στο κεφάλαιο Ι της εν λόγω οδηγίας.

(29) Δεν τίθεται ζήτημα ανάλωσης στην περίπτωση των υπηρεσιών, και ιδιαίτερα των υπηρεσιών ανοικτής γραμμής. Τούτο ισχύει επίσης για την υλική αντιγραφή ενός έργου ή άλλου παρόμοιου αντικειμένου που πραγματοποιεί ο χρήστης της εν λόγω υπηρεσίας με τη συγκατάθεση του δικαιούχου. Συνεπώς, το ίδιο ισχύει για την εκμίσθωση και τον δανεισμό πρωτοτύπου και αντιγράφων έργου ή άλλου παρόμοιου αντικειμένου που συνιστούν υπηρεσίες εκ φύσεως. Σε αντίθεση με τα CD-ROM ή τα CD-I, όπου η πνευματική ιδιοκτησία ενσωματώνεται σε υλικό φορέα, δηλαδή σε εμπόρευμα, κάθε υπηρεσία ανοικτής γραμμής αποτελεί στην πραγματικότητα ενέργεια για την οποία θα πρέπει να ζητείται άδεια, όταν έτσι ορίζει το δικαίωμα του δημιουργού ή το συγγενικό δικαίωμα.»

12. Το άρθρο 3 της οδηγίας 2001/29, το οποίο φέρει τον τίτλο «Δικαίωμα παρουσίασης έργων στο κοινό και δικαίωμα διάθεσης άλλων αντικειμένων στο κοινό», ορίζει τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη παρέχουν στους δημιουργούς το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν κάθε παρουσίαση στο κοινό των έργων τους, ενσυρμάτως ή ασυρμάτως, καθώς και να καθιστούν προσιτά τα έργα τους στο κοινό κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος.

7 — ΕΕ L 167, σ. 10.

8 — Οδηγία 92/100/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 19ης Νοεμβρίου 1992, σχετικά με το δικαίωμα εκμίσθωσης, το δικαίωμα δανεισμού και ορισμένα δικαιώματα συγγενικά προς την πνευματική ιδιοκτησία στον τομέα των προϊόντων της διανοίας (ΕΕ L 346, σ. 61).

[…]

3. Τα δικαιώματα που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 δεν αναλώνονται με οιαδήποτε πράξη παρουσίασης ή διάθεσης στο κοινό, με την έννοια του παρόντος άρθρου.»

13. Το άρθρο 4 της ίδιας οδηγίας, το οποίο τιτλοφορείται «Δικαίωμα διανομής», προβλέπει ότι:

«1. Τα κράτη μέλη παρέχουν στους δημιουργούς, όσον αφορά το πρωτότυπο ή αντίγραφο των έργων τους, το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν τη διανομή τους στο κοινό με οποιαδήποτε μορφή μέσω πώλησης ή άλλως.

2. Το δικαίωμα διανομής του πρωτοτύπου ή των αντιγράφων ενός έργου εντός της [Ένωσης] αναλώνεται μόνο εάν η πρώτη πώληση ή η κατ' άλλο τρόπο πρώτη μεταβίβαση της κυριότητας του έργου αυτού εντός της [Ένωσης] πραγματοποιείται από τον δικαιούχο ή με τη συγκατάθεσή του.»

Το εθνικό δίκαιο

14. Τα άρθρα 69c και 69d του γερμανικού νόμου περί της προστασίας του δικαιώματος του δημιουργού και των συγγενικών δικαιωμάτων (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), της 9ης Σεπτεμβρίου 1965[9], ως είχε κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης (στο εξής: UrhG), μεταφέρουν στο εθνικό δίκαιο, το πρώτο, το άρθρο 4 της οδηγίας 2009/24 και το άρθρο 3 της οδηγίας 2001/29, ενώ το δεύτερο, το άρθρο 5 της οδηγίας 2009/24.

15. Το άρθρο 69c του UrhG έχει ως εξής:

«Ο δικαιούχος έχει το αποκλειστικό δικαίωμα να πραγματοποιεί ή να επιτρέπει:

1. την οριστική ή προσωρινή αναπαραγωγή όλου ή μέρους του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, με κάθε μέσο και υπό οποιαδήποτε μορφή. Εφόσον η φόρτωση, η εμφάνιση στην οθόνη, η εκτέλεση, η μεταβίβαση ή η αποθήκευση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή απαιτούν τέτοια αναπαραγωγή, οι πράξεις αυτές υπόκεινται σε άδεια εκ μέρους του δικαιούχου·

2. τη μετάφραση, την προσαρμογή, την τροποποίηση ή οποιαδήποτε άλλη μετατροπή του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, καθώς και την αναπαραγωγή του προγράμματος που προκύπτει, με την επιφύλαξη των δικαιωμάτων του προσώπου που μετατρέπει το πρόγραμμα·

3. οποιαδήποτε μορφή κυκλοφορίας στο εμπόριο, περιλαμβανομένης της εκμίσθωσης, του πρωτότυπου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή των αντιγράφων του. Σε περίπτωση κατά την οποία αντίγραφο προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή τίθεται σε κυκλοφορία με μεταβίβαση της κυριότητας εντός του εδάφους της [Ένωσης] ή άλλου κράτους που είναι μέρος της Συμφωνίας για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο [της 2ας Μαΐου 1992[10]] κατόπιν άδειας του δικαιούχου, επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος θέσεως σε κυκλοφορία του συγκεκριμένου αντιτύπου, πλην του δικαιώματος εκμίσθωσής του·

4. κάθε ενσύρματη ή ασύρματη παρουσίαση στο κοινό προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, περιλαμβανομένης της διαθέσεώς του στο κοινό κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτό όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος.»

9 — *BGBl.* 1965 I, σ. 1273.

10 — ΕΕ 1994, L 1, σ. 3.

16. Το άρθρο 69d, παράγραφος 1, του UrhG προβλέπει τα ακόλουθα:

«Ελλείψει ειδικών συμβατικών διατάξεων, δεν απαιτείται η άδεια τού δικαιούχου για τις πράξεις που απαριθμούνται στο άρθρο 69c, παράγραφοι 1 και 2, όταν αυτές είναι αναγκαίες για την κατά προορισμό χρησιμοποίηση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή από το πρόσωπο που το απέκτησε νομίμως, περιλαμβανομένης της διόρθωσης σφαλμάτων.»

II – Το ιστορικό της διαφοράς και η κύρια δίκη

17. Η Oracle αναπτύσσει και πωλεί λογισμικό ηλεκτρονικών υπολογιστών. Έχει τα αποκλειστικά δικαιώματα χρήσεως των οικείων προγραμμάτων ως δημιουργός τους βάσει του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας και είναι δικαιούχος κοινοτικών και εθνικών λεκτικών σημάτων «Oracle», των οποίων η καταχώριση στο ΓΕΕΑ και στη Γερμανία αφορά, μεταξύ άλλων, λογισμικό ηλεκτρονικών υπολογιστών.

18. Η Oracle πωλεί το λογισμικό της στο 85 % των περιπτώσεων χρησιμοποιώντας τη δυνατότητα μεταφορτώσεως μέσω Διαδικτύου. Ο πελάτης μεταφορτώνει απευθείας το λογισμικό από τον διαδικτυακό ιστότοπο της Oracle στον υπολογιστή του. Πρόκειται για προγράμματα λογισμικού «πελάτη/διακομιστή». Το δικαίωμα χρήσεως των προγραμμάτων αυτών περιλαμβάνει το δικαίωμα μόνιμης αποθηκεύσεώς τους σε διακομιστή και την παροχή προσβάσεως σε αυτά σε συγκεκριμένο αριθμό χρηστών, οι οποίοι μπορούν να μεταφορτώσουν τα προγράμματα στην κεντρική μνήμη του υπολογιστή τους. Στο πλαίσιο συμβάσεως υποστηρίξεως λογισμικού παρέχεται η δυνατότητα μεταφορτώσεως από τον ιστότοπο της Oracle ενημερωμένων εκδόσεων του λογισμικού (Updates [αναβαθμίσεις]) και προγραμμάτων για τη διόρθωση σφαλμάτων (Patches [επιδιορθώσεις]).

19. Οι συμβάσεις που συνάπτει η Oracle για την παραχώρηση άδειας περιλαμβάνουν, υπό τον τίτλο «Παραχώρηση δικαιώματος χρήσεως», την ακόλουθη ρήτρα:

«Η καταβολή του τιμήματος για τις υπηρεσίες εξασφαλίζει, αποκλειστικά προς εξυπηρέτηση της εσωτερικής λειτουργίας της επιχειρήσεώς σας, ένα χρονικώς απεριόριστο, μη αποκλειστικό, μη εκχωρήσιμο, δωρεάν δικαίωμα χρήσεως όλων των προϊόντων που η Oracle αναπτύσσει και θέτει στη διάθεσή σας βάσει της παρούσας συμβάσεως.»

20. Η UsedSoft, η οποία εμπορεύεται «μεταχειρισμένες» άδειες λογισμικού, πρότεινε στους πελάτες της, τον Οκτώβριο του 2005, προσφορά για «ήδη χρησιμοποιημένες» άδειες της Oracle, επισημαίνοντας, αφενός, ότι αυτές εξακολουθούσαν να ισχύουν, καθώς η σύμβαση υποστηρίξεως λογισμικού την οποία είχε συνάψει με την Oracle ο αρχικός κάτοχος της άδειας παρήγε ακόμη τα αποτελέσματά της και, αφετέρου, ότι η νομιμότητα της πωλήσεως ήταν πιστοποιημένη με συμβολαιογραφική πράξη.

21. Οι πελάτες της UsedSoft οι οποίοι δεν έχουν στην κατοχή τους το σχετικό λογισμικό της Oracle μεταφορτώνουν, κατόπιν αποκτήσεως της «μεταχειρισμένης» άδειας, το λογισμικό αυτό απευθείας στον υπολογιστή τους από τον ιστότοπο της Oracle στο Διαδίκτυο. Οι πελάτες οι οποίοι έχουν ήδη στη διάθεσή τους το λογισμικό και αγοράζουν επιπλέον άδειες για περισσότερους χρήστες μεταφορτώνουν το πρόγραμμα στην κεντρική μνήμη των υπολογιστών εργασίας των άλλων αυτών χρηστών.

22. Η αγωγή την οποία άσκησε η Oracle ενώπιον του Landgericht München I με αίτημα να παύσει η UsedSoft τις εμπορικές αυτές πρακτικές έγινε δεκτή. Η UsedSoft, κατόπιν της απορρίψεως της εφέσεώς της κατά της ως άνω αποφάσεως, άσκησε αναίρεση ενώπιον του Bundesgerichtshof (Γερμανία).

III – Τα προδικαστικά ερωτήματα

23. Το Bundesgerichtshof αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Θεωρείται “πρόσωπο που απέκτησε νομίμως” κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24 […] όποιος μπορεί να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, εξαντλείται το δικαίωμα διανομής του αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2009/24 […], αν ο αποκτών δημιούργησε το αντίγραφο, με την άδεια του δικαιούχου, μεταφορτώνοντας το πρόγραμμα από το Διαδίκτυο και εγγράφοντάς το σε υλικό φορέα δεδομένων;

3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως και στο δεύτερο ερώτημα, μπορεί όποιος έχει αποκτήσει “μεταχειρισμένη” άδεια λογισμικού να θεωρηθεί ως προς τη δημιουργία αντιγράφου του προγράμματος “πρόσωπο που απέκτησε νομίμως” κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, και του άρθρου 4, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2009/24 […] και να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή το οποίο έχει μεταφορτώσει από το Διαδίκτυο ο αρχικός αποκτήσας με την άδεια του δικαιούχου και το έχει εγγράψει σε υλικό φορέα δεδομένων, αν ο αρχικός αγοραστής έχει διαγράψει το δικό του αντίγραφο του προγράμματος ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον;»

IV – Νομική ανάλυση

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

24. Το αιτούν δικαστήριο λαμβάνει ως δεδομένο ότι η μεταφόρτωση από τους πελάτες της UsedSoft των προγραμμάτων ηλεκτρονικού υπολογιστή από τον ιστότοπο της Oracle στο Διαδίκτυο ή από υλικό φορέα αποθηκεύσεως δεδομένων στην κεντρική μνήμη επιπλέον υπολογιστών συνιστά αναπαραγωγή, κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 1, στοιχείο α′, της οδηγίας 2009/24, η οποία θίγει το αποκλειστικό δικαίωμα της Oracle για αναπαραγωγή των προγραμμάτων της. Εξάλλου, δεδομένου ότι οι όροι της άδειας που παραχωρεί η Oracle διευκρινίζουν ότι το δικαίωμα χρήσεως είναι «μη εκχωρήσιμο», το Bundesgerichtshof τονίζει ότι οι πελάτες της Oracle δεν μπορούν να μεταβιβάσουν εγκύρως το δικαίωμα αναπαραγωγής στη UsedSoft, η οποία, κατ’ επέκταση, δεν δύναται να το μεταβιβάσει περαιτέρω στους δικούς της πελάτες.

25. Το αιτούν δικαστήριο συνάγει εξ αυτού το συμπέρασμα ότι η έκβαση της διαφοράς εξαρτάται από την απάντηση που θα δοθεί στο ερώτημα αν οι πελάτες της UsedSoft μπορούν να επικαλεστούν το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, το οποίο μεταφέρει στο γερμανικό δίκαιο το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, ορίζοντας ότι για την κατά προορισμό χρήση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή από το πρόσωπο που το απέκτησε νομίμως δεν απαιτείται η κατά τα άλλα αναγκαία άδεια του δικαιούχου του δικαιώματος αναπαραγωγής.

26. Κατά το αιτούν δικαστήριο, το ερώτημα αυτό αναλύεται σε τρία υπο-ερωτήματα σχετικά με τα εξής ζητήματα: πρώτον, αν όποιος μπορεί να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής έχει την ιδιότητα του «προσώπου που απέκτησε νομίμως» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, δεύτερον, αν επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος διανομής σε

περίπτωση μεταφορτώσεως αντιγράφου του προγράμματος από το Διαδίκτυο με την άδεια του δικαιούχου και, τρίτον, αν πρόσωπο το οποίο αποκτά μεταχειρισμένη άδεια δύναται να επικαλεστεί την ως άνω ανάλωση σε περίπτωση που ο αρχικός αγοραστής έχει διαγράψει το δικό του αντίγραφο ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον.

27. Μολονότι το αιτούν δικαστήριο υπέβαλε το δεύτερο ερώτημα μόνο για την περίπτωση που η απάντηση στο προηγούμενο ερώτημα θα ήταν καταφατική, εκτιμώ ότι πρέπει πρώτα να δοθεί απάντηση στο δεύτερο ερώτημα. Συγκεκριμένα, πριν εξεταστεί το ζήτημα αν όποιος δύναται να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής μπορεί να χαρακτηριστεί «πρόσωπο που απέκτησε νομίμως» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, πρέπει να διαπιστωθεί αν η μεταφόρτωση των προγραμμάτων της Oracle από πρόσωπο το οποίο έχει την κατοικία του εντός του εδάφους της Ένωσης επιφέρει την ανάλωση, σε «κοινοτικό επίπεδο», του δικαιώματος διανομής των ως άνω προγραμμάτων, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 4, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας. Φρονώ ότι το ζήτημα αυτό, το οποίο αφορά την εφαρμογή, ή μη, της αρχής της αναλώσεως στην περίπτωση μεταφορτώσεως προγραμμάτων από το Διαδίκτυο, είναι προκαταρκτικό.

28. Ακολούθως, θα εξετάσω από κοινού το πρώτο και το τρίτο ερώτημα, τα οποία αφορούν το ζήτημα αν ο αποκτών μεταχειρισμένη άδεια μπορεί, στηριζόμενος στον συνδυασμό των άρθρων 4, παράγραφος 2, και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του αντιγράφου ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή που μεταφόρτωσε ο αρχικός αγοραστής, προκειμένου να δημιουργήσει, ως πρόσωπο που απέκτησε νομίμως, ένα νέο αντίγραφο του προγράμματος όταν ο αρχικός αγοραστής έχει διαγράψει το δικό του αντίγραφο ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον.

Επί του δευτέρου ερωτήματος

29. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσία να διευκρινιστεί αν το δικαίωμα διανομής του αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή εξαντλείται, κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2009/24/ΕΚ, αν ο αποκτών δημιούργησε το αντίγραφο, με την άδεια του δικαιούχου, μεταφορτώνοντας το πρόγραμμα από το Διαδίκτυο και εγγράφοντάς το σε υλικό φορέα δεδομένων.

1. Οι παρατηρήσεις των διαδίκων της κύριας δίκης, των κυβερνήσεων των κρατών μελών και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

30. Το κύριο επιχείρημα που προβάλλει η UsedSoft είναι ότι, βάσει του γράμματος του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24, ο κανόνας της αναλώσεως είναι δυνατό να εφαρμοστεί στις διαδικτυακές μεταφορές λογισμικού, καθόσον, αφενός, ο όρος «αντίγραφο προγράμματος» μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι καλύπτει τη διαδικασία με την οποία παρέχεται στον αγοραστή η δυνατότητα να εγγράψει το πρόγραμμα και, αφετέρου, η «πρώτη πώληση» δεν προϋποθέτει μεταβίβαση της κυριότητας υπό τη μορφή της παραδόσεως ενός υλικού φορέα, δεδομένου ότι προέχει η επίτευξη του τελικού οικονομικού σκοπού της οικείας πράξεως, που είναι να εξασφαλιστεί στον αγοραστή ότι θα μπορεί να χρησιμοποιεί το πρόγραμμα. Στηριζόμενη στην άποψη ότι, ανεξαρτήτως της παραδόσεως υλικού φορέα, βασικό γνώρισμα της πωλήσεως είναι η παροχή δικαιώματος χρονικώς απεριόριστης χρήσεως έναντι της εφάπαξ καταβολής του σχετικού τιμήματος, η UsedSoft ισχυρίζεται ότι από το γράμμα της οδηγίας 2009/24 προκύπτει ότι επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος διανομής αφ' ης στιγμής ο πελάτης της Oracle δημιουργήσει ένα αντίγραφο με τη συγκατάθεση του δικαιούχου, μεταφορτώνοντας το πρόγραμμα και εγγράφοντάς το σε υλικό φορέα δεδομένων.

31. Η UsedSoft προσθέτει ότι η ως άνω ερμηνεία, η οποία στηρίζεται στο γράμμα του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/29, ενισχύεται από τον επιδιωκόμενο με τον κανόνα της αναλώσεως σκοπό της επιτεύξεως μιας ισορροπίας ανάμεσα στο οικονομικό συμφέρον του δημιουργού για την εκμετάλλευση του έργου του και στο γενικό συμφέρον για ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών. Θεωρώντας ότι, σε περίπτωση θέσεως σε κυκλοφορία λογισμικού για μόνιμη χρήση έναντι τιμήματος, ο δημιουργός έχει την ευχέρεια να εκμεταλλευτεί εμπορικώς την πνευματική του εργασία με την πώληση του προστατευόμενου αντικειμένου, η UsedSoft υποστηρίζει ότι δεν πρέπει να απόκειται στον εν λόγω δημιουργό να αποφασίσει αν θα τύχει εφαρμογής η αρχή της αναλώσεως ή όχι, επιλέγοντας ανάμεσα σε δύο διαφορετικούς τρόπους διανομής οι οποίοι είναι, όμως, αυστηρώς ισοδύναμοι από οικονομικής απόψεως. Τούτο θα είχε ως συνέπεια τη δημιουργία αυτού ακριβώς του μονοπωλίου διανομής που η αρχή της αναλώσεως έχει ως σκοπό να αποτρέψει. Έστω και αν υποτεθεί ότι η οικεία πράξη πρέπει να χαρακτηριστεί ως παροχή υπηρεσιών, η αρχή της αναλώσεως εξακολουθεί να έχει εφαρμογή, δεδομένου ότι η ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών καταλέγεται επίσης στις θεμελιώδεις αρχές του δικαίου της Ένωσης.

32. Η UsedSoft διευκρινίζει ότι ο λόγος για τον οποίο το Δικαστήριο έχει αρνηθεί στο παρελθόν να εφαρμόσει την αρχή της αναλώσεως σε σχέση με τρόπους εκμεταλλεύσεως που παραδοσιακά δεν συνδέονται με ενσώματα αντικείμενα, όπως τα δικαιώματα σχετικά με την ερμηνεία, την εκτέλεση ή τη μετάδοση έργων στο κοινό, δεν είναι ο άυλος χαρακτήρας τους, αλλά το γεγονός ότι στην περίπτωση των εν λόγω δικαιωμάτων πρέπει να καταβάλλεται αμοιβή για κάθε χρήση και, κατά συνέπεια, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τα οικονομικά συμφέροντα του δημιουργού εξαντλούνται με την πρώτη χρήση.

33. Κατά την άποψη της UsedSoft, δεν είναι δυνατό να αντληθεί επιχείρημα περί του αντιθέτου από το άρθρο 3, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29, ούτε από την εικοστή ένατη αιτιολογική σκέψη της ίδιας οδηγίας, καθόσον αμφότερα αφορούν αποκλειστικώς και μόνον την ειδική περίπτωση της παροχής υπηρεσιών για μία συγκεκριμένη χρήση της οποίας η διάρκεια περιορίζεται στον χρόνο συνδέσεως με τον οικείο διακομιστή. Εν αντιθέσει προς τη διάθεση που γίνεται για μόνιμη χρήση έναντι της εφάπαξ καταβολής του σχετικού τιμήματος, στην περίπτωση των υπηρεσιών αυτών, οι οποίες εκ φύσεως παρέχονται έναντι της καταβολής αμοιβής για κάθε συγκεκριμένη χρήση, δεν είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι τα οικονομικά συμφέροντα του δικαιούχου εξαντλούνται την πρώτη φορά που παρέχεται η υπηρεσία.

34. Η Oracle θεωρεί ότι η μεταφόρτωση αντιγράφων προγραμμάτων ηλεκτρονικού υπολογιστή δεν συνιστά πώληση, διότι η αμοιβή δεν ζητείται απλώς για τη μεταφόρτωση του προγράμματος, αλλά καταβάλλεται βάσει της συμβάσεως παραχωρήσεως άδειας σε αντάλλαγμα για το δικαίωμα χρήσεως που παρέχεται με την εν λόγω σύμβαση. Άλλωστε άπαξ και συναφθεί σύμβαση υποστηρίξεως λογισμικού, ο αρχικός αγοραστής δεν είναι σε θέση να μεταπωλήσει το πρόγραμμα όπως το μεταφόρτωσε, αλλά μόνον υπό μια διαφορετική, συμπληρωμένη και ενημερωμένη, μορφή του.

35. Παραπέμποντας στη νομολογία του Δικαστηρίου, ιδίως δε στην απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 2004, C-203/02, The British Horseracing Board κ.λπ.[11], στις κοινές δηλώσεις σχετικά με τη συνθήκη του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία, καθώς και στην από 10 Απριλίου 2000 έκθεση της Επιτροπής προς το Συμβούλιο, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, σχετικά με την εφαρμογή και τα αποτελέσματα της οδηγίας 91/250[12], η Oracle προσθέτει ότι ανάλωση του δικαιώματος διανομής νοείται μόνο σε περίπτωση μεταβιβάσεως της κυριότητας ενός απτού αντικειμένου, όπερ σημαίνει ότι η μεταφόρτωση αποκλείεται λόγω του εντελώς άυλου χαρακτήρα της. Κατά την άποψη της εταιρίας αυτής, το «αντίγραφο προγράμματος» κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 μπορεί να αναφέρεται μόνο σε υλικό πράγμα, ήτοι

11 — Συλλογή 2004, σ. I-10415 (σκέψεις 58 και 59).

12 — COM(2000) 199 τελικό.

σε ένα «προϊόν». Η ερμηνεία αυτή συνάδει τόσο με το νόημα όσο και με τον σκοπό της αρχής της αναλώσεως, ο οποίος είναι να διασφαλιστεί η ελεύθερη κυκλοφορία των αντιγράφων που είχαν ήδη διατεθεί στο εμπόριο με τη συγκατάθεση του δικαιούχου, και όχι να καταστεί δυνατή η κυκλοφορία των αντιγράφων που έχει δημιουργήσει ο ίδιος ο χρήστης.

36. Η Oracle παρατηρεί, εν πάση περιπτώσει, ότι, ακόμη και αν στο ερώτημα αυτό έπρεπε να δοθεί καταφατική απάντηση, τυχόν ανάλωση του δικαιώματος διανομής λόγω μεταφορτώσεως του προγράμματος δεν θα σήμαινε ότι ο αρχικός αγοραστής θα μπορούσε να μεταφέρει το αντίγραφο σε άλλο φορέα δεδομένων. Θα συνεπαγόταν απλώς τη δυνατότητά του να μεταφέρει υλικώς το ίδιο το υπόθεμα, όπερ θα απαιτούσε, παραδείγματος χάρη, την αποσυναρμολόγηση του σκληρού δίσκου στον οποίο μεταφορτώθηκε το πρόγραμμα.

37. Η Oracle διευκρινίζει ότι δεν πρέπει να γίνεται διάκριση ανάλογα με το αν το πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή αποκτάται με την αγορά ενός CD-ROM ή με μεταφόρτωσή του από το Διαδίκτυο, δεδομένου ότι, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, η χρήση του αντιγράφου του προγράμματος προϋποθέτει τη σύναψη συμβάσεως για την παραχώρηση άδειας.

38. Η Ισπανική και η Γαλλική Κυβέρνηση, η Ιρλανδία, καθώς και η Ιταλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι ανάλωση του δικαιώματος διανομής προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή επέρχεται μόνον όταν το αντίγραφο του προγράμματος αυτού τίθεται σε κυκλοφορία ενσωματωμένο σε υλικό φορέα. Η Γαλλική Κυβέρνηση, η Ιρλανδία και η Ιταλική Κυβέρνηση στηρίζονται στο νομοθετικό πλαίσιο υπό το πρίσμα του οποίου πρέπει να ερμηνευθεί η οδηγία 2009/24, ιδίως δε στην οδηγία 2001/29.

39. Η Ιρλανδία υπογραμμίζει επιπλέον ότι, ακόμη και αν πρέπει να γίνει δεκτό ότι υφίσταται πώληση στην περίπτωση παραχωρήσεως άδειας από τον δικαιούχο, η χορηγούμενη άδεια δεν καλύπτει ως αντίγραφα τα προγράμματα που μεταφορτώνονται ή μεταβιβάζονται από πρόσωπα τα οποία δεν συνδέονται με άμεση συμβατική σχέση με τον δικαιούχο. Υπενθυμίζει ότι η εφαρμογή του κανόνα της αναλώσεως, ο οποίος αναπτύχθηκε στο πλαίσιο της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, δεν έχει ως συνέπεια την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του κατόχου διπλώματος ευρεσιτεχνίας όσον αφορά άλλες παρτίδες πέραν αυτών που κυκλοφόρησαν στο εμπόριο με τη συγκατάθεσή του. Παραπέμποντας στην απόφαση της 9ης Ιουλίου 1985, 19/84, Pharmon [13], η Ιρλανδία υποστηρίζει ότι η υπόθεση της κύριας δίκης είναι παρεμφερής με την περίπτωση στην οποία η εμπορία των προϊόντων στηρίζεται υποχρεωτικώς σε παραχώρηση άδειας. Προσθέτει δε ότι αν επιτρεπόταν η εκμετάλλευση αδειών χωρίς τη συγκατάθεση του δικαιούχου θα αποθαρρυνόταν η καινοτομία στον οικείο τομέα και θα θίγονταν τα νόμιμα συμφέροντα του δημιουργού του προγράμματος.

40. Η Γαλλική Κυβέρνηση παραπέμπει, σε συνέχεια των επιχειρημάτων που αφορούν το νομοθετικό πλαίσιο του δικαίου της Ένωσης, στο διεθνές δίκαιο και στη νομολογία του Δικαστηρίου [14]. Ισχυρίζεται ότι δεν χωρεί ανάλωση του δικαιώματος σε περίπτωση μεταφορτώσεως καθόσον πρόκειται για μια προσφορά μέσω διαδικτυακής υπηρεσίας και τονίζει ότι η σύμβαση υποστηρίξεως λογισμικού εμπίπτει προφανώς στον τομέα της παροχής υπηρεσιών.

41. Η Ιταλική Κυβέρνηση, η οποία θεωρεί ότι η περίπτωση του ιδιοκτήτη ενός αντιγράφου του λογισμικού είναι διαφορετική από εκείνη του προσώπου στο οποίο έχει επιτραπεί η χρήση του λογισμικού δυνάμει άδειας, υποστηρίζει ότι, εφόσον, σε περίπτωση on-line μεταφοράς ηλεκτρονικού αντιγράφου του λογισμικού, δεν τίθεται ζήτημα ασκήσεως του δικαιώματος διανομής, το όριο που θέτει η ανάλωση του δικαιώματος αυτού δεν έχει εφαρμογή. Οποιαδήποτε διαφορετική προσέγγιση θα διακύβευε την προστασία του λογισμικού όπως προβλέπεται από το δίκαιο της Ένωσης.

13 — Συλλογή 1982, σ. 2281.

14 — Βλ., ιδίως, απόφαση της 28ης Απριλίου 1998, C-200/96, Metronome Musik (Συλλογή 1998, σ. I-1953).

42. Η Επιτροπή, η οποία υπενθυμίζει ότι η διαφορά αφορά κατ' ουσίαν το ζήτημα αν επιτρέπεται η μεταπώληση προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή και αν επέρχεται ανάλωση των δικαιωμάτων του δικαιούχου όταν το πρόγραμμα διατίθεται προς μεταφόρτωση από διακομιστή υπό όρους που περιορίζουν τα δικαιώματα του χρήστη να μεταβιβάσει το πρόγραμμα σε τρίτον, φρονεί ότι, όπως προκύπτει όχι μόνον από την εικοστή όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/29, αλλά και από το άρθρο 4 της οδηγίας αυτής, σε συνδυασμό τόσο με το άρθρο 8 της συνθήκης του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία όσο και με τις κοινές δηλώσεις σχετικά με την εν λόγω συνθήκη, το άρθρο 4, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της οδηγίας 2009/24, παρά τη διατύπωσή του, δεν καλύπτει τη διανομή έργου μη ενσωματωμένου σε υλικό αντικείμενο, η οποία θα μπορούσε να εμπίπτει μόνο στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29. Πάντως, το άρθρο 3, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29 ορίζει ότι το δικαίωμα διαθέσεως του έργου στο κοινό κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής δεν εξαντλείται, ενώ η εικοστή ένατη αιτιολογική της σκέψη επιβεβαιώνει ότι δεν τίθεται ζήτημα αναλώσεως γενικώς στις περιπτώσεις υπηρεσιών και, ειδικότερα, στην περίπτωση υπηρεσιών ανοικτής γραμμής [on-line].

2. Ανάλυση

43. Η αρχή της αναλώσεως, η οποία ανάγεται στο γερμανικό και στο αμερικανικό δίκαιο [15], αποσκοπεί στην επίτευξη μιας ισορροπίας ανάμεσα στην απαραίτητη προστασία των πνευματικών δικαιωμάτων, τα οποία παρέχουν κατ' αρχήν στους δικαιούχους τους μονοπώλιο επί της εμπορικής εκμεταλλεύσεως, και στις επιταγές που συνδέονται με την ελεύθερη κυκλοφορία των αγαθών. Η αρχή αυτή, που περιορίζει το αποκλειστικό δικαίωμα του δικαιούχου της πνευματικής ιδιοκτησίας μόνο στην πρώτη διάθεση του καλυπτόμενου από το σχετικό δικαίωμα έργου στο εμπόριο, συνιστά «έκφραση [...] της νομικής ιδέας ότι δεν επιτρέπεται το αποκλειστικό δικαίωμα διανομής να αποκλείει την περαιτέρω κυκλοφορία ενός αυθεντικού προϊόντος άπαξ και αυτό διατεθεί νομίμως στην αγορά για πρώτη φορά» [16].

44. Ο σκοπός της πραγματώσεως ενός χώρου δίχως εσωτερικά σύνορα οδήγησε το Δικαστήριο να ενσωματώσει τον ως άνω κανόνα στην έννομη τάξη της Ένωσης. Έτσι, στην απόφαση της 8ης Ιουνίου 1971, 78/70, Deutsche Grammophon [17], το Δικαστήριο κατέληξε ότι «η άσκηση, εκ μέρους κατασκευαστή υποθεμάτων ήχου, του αποκλειστικού δικαιώματος να θέτει σε κυκλοφορία προστατευόμενα αντικείμενα, που απορρέει από τη νομοθεσία κράτους μέλους, προκειμένου να απαγορευθεί η εμπορία στο κράτος αυτό προϊόντων που διατέθηκαν από αυτόν τον ίδιο ή με τη συγκατάθεσή του σε άλλο κράτος μέλος, για τον μόνο λόγο ότι η θέση αυτή σε κυκλοφορία δεν έγινε στο έδαφος του πρώτου κράτους μέλους, είναι αντίθετη προς τους κανόνες που προβλέπουν την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων στο εσωτερικό της κοινής αγοράς».

45. Βάσει του κανόνα της αναλώσεως, ο δικαιούχος πνευματικών δικαιωμάτων ο οποίος έχει επιτρέψει τη διάθεση των οικείων προϊόντων στην αγορά ενός κράτους μέλους δεν έχει τη δυνατότητα να επικαλεστεί το μονοπώλιό του επί της εμπορικής τους εκμεταλλεύσεως προκειμένου να απαγορεύσει την εισαγωγή τους σε άλλο κράτος μέλος. Ο κανόνας αυτός δικαιολογείται από οικονομικής απόψεως καθόσον ο δικαιούχος δικαιωμάτων που μπορούν να ασκηθούν παράλληλα δεν πρέπει να αποκομίζει δυσανάλογο όφελος από την εκμετάλλευσή τους, όπερ θα συνέβαινε αν το οικονομικό πλεονέκτημα που του παρέχει το σχετικό δικαίωμα ετύγχανε εφαρμογής σε κάθε περίπτωση διελεύσεως των εσωτερικών συνόρων της Ένωσης.

15 — Σχετικά με τη γέννηση και τη δικαιολογητική βάση της αρχής αυτής, βλ. Castell, B., *L'«épuisement» du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire,* PUF, Παρίσι, 1989.

16 — Βλ. Beier, F.-K., «La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux», *Journal du droit international,* 1971, σ. 5, ιδίως σ. 14.

17 — Συλλογή τόμος 1969-1971, σ. 839.

46. Αυτή η νομολογιακής προελεύσεως αρχή υιοθετήθηκε από τον νομοθέτη της Ένωσης, ο οποίος την προσάρμοσε στο περιεχόμενο πολλών οδηγιών, μεταξύ άλλων για τα εμπορικά σήματα [18], τις βάσεις δεδομένων [19], τις φυτικές ποικιλίες [20], το δικαίωμα εκμισθώσεως και δανεισμού προστατευόμενων έργων [21], το δικαίωμα του δημιουργού και τα συγγενικά δικαιώματα στην κοινωνία της πληροφορίας, καθώς και στα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών. Μολονότι η πλούσια νομολογία του Δικαστηρίου στον τομέα αυτό θεμελιώνει τη «θεωρία της κοινοτικής αναλώσεως», η οποία μπορεί να εφαρμοστεί ομοιόμορφα ως προς όλα τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, γεγονός παραμένει ότι τόσο οι προϋποθέσεις εφαρμογής του κανόνα όσο και το περιεχόμενό του ενδέχεται να ποικίλλουν σημαντικά ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες του κάθε συγκεκριμένου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας και με τις ειδικές διατάξεις που ρυθμίζουν τα σχετικά με αυτό ζητήματα.

47. Όσον αφορά ειδικότερα τα προγράμματα ηλεκτρονικού υπολογιστή, ο κανόνας της αναλώσεως προβλέπεται στο άρθρο 4 της οδηγίας 2009/24, το οποίο επαναλαμβάνει τη διατύπωση του άρθρου 4 της οδηγίας 91/250 χωρίζοντάς το απλώς σε δύο παραγράφους.

48. Ενώ το άρθρο 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24 ξεχωρίζει μεταξύ των αποκλειστικών δικαιωμάτων του δημιουργού του προγράμματος το δικαίωμα μόνιμης ή προσωρινής αναπαραγωγής, το δικαίωμα μετατροπής και το δικαίωμα να πραγματοποιεί ο ίδιος ή να επιτρέπει «οποιαδήποτε μορφή διανομής στο κοινό, συμπεριλαμβανομένης της εκμίσθωσης, του πρωτότυπου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή των αντιγράφων του», το άρθρο 4, παράγραφος 2, της ίδιας οδηγίας διευκρινίζει ότι η ανάλωση έχει εφαρμογή μόνον επί του δικαιώματος διανομής, «εξαιρουμένου του δικαιώματος ελέγχου της περαιτέρω εκμίσθωσης». Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι ανάλωση χωρεί μόνον ως προς το δικαίωμα διανομής, και όχι ως προς τα δικαιώματα αναπαραγωγής και μετατροπής. Επιπλέον, μολονότι το δικαίωμα διανομής ορίζεται ευρέως, μία μόνο μορφή διανομής, η πώληση, συνεπάγεται την εφαρμογή του κανόνα της αναλώσεως, ο οποίος όμως άπαξ και εφαρμοστεί παράγει τα αποτελέσματά του ως προς όλες τις μορφές διανομής, με εξαίρεση την εκμίσθωση.

18 — Οδηγία 2008/95/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 22ας Οκτωβρίου 2008, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων (ΕΕ L 299, σ. 25). Το άρθρο 7 της οδηγίας 2008/95 προβλέπει τα εξής:
«1. Το δικαίωμα που παρέχει το σήμα δεν επιτρέπει στον δικαιούχο να απαγορεύει τη χρήση του σήματος για προϊόντα που έχουν διατεθεί υπό το σήμα αυτό στο εμπόριο μέσα στην [Ένωση] από τον ίδιο τον δικαιούχο ή με τη συγκατάθεσή του.
2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται εάν ο δικαιούχος έχει νόμιμους λόγους να αντιταχθεί στη μεταγενέστερη εμπορική εκμετάλλευση των προϊόντων, ιδίως όταν η κατάσταση των προϊόντων μεταβάλλεται ή αλλοιούται μετά τη διάθεσή τους στο εμπόριο.»

19 — Οδηγία 96/9/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαρτίου 1996, για τη νομική προστασία των βάσεων δεδομένων (ΕΕ L 77, σ. 20). Το άρθρο 5, στοιχείο γ', της οδηγίας 96/9 ορίζει ότι «[η] πρώτη πώληση αντιγράφου της βάσης δεδομένων στην [Ένωση], από τον δικαιούχο ή με τη συγκατάθεσή του, συνεπάγεται ανάλωση του δικαιώματος μεταπώλησης του εν λόγω αντιγράφου στην [Ένωση]».

20 — Κανονισμός (ΕΚ) 2100/94 του Συμβουλίου, της 27ης Ιουλίου 1994, για τα κοινοτικά δικαιώματα επί φυτικών ποικιλιών (ΕΕ L 227, σ. 1, διορθωτικό στην ΕΕ 2001, L 111, σ. 31). Το άρθρο 16 του κανονισμού 2100/94 έχει ως εξής:
«Το κοινοτικό δικαίωμα επί φυτικής ποικιλίας δεν περιλαμβάνει ενέργειες που αφορούν οιοδήποτε υλικό της προστατευόμενης ποικιλίας ή μιας ποικιλίας που καλύπτεται από τις διατάξεις του άρθρου 13, παράγραφος 5, το οποίο διατέθηκε από τον κάτοχο ή με συγκατάθεσή του σε τρίτους, σε οποιοδήποτε μέρος της Κοινότητας ή όποιο άλλο υλικό προερχόμενο από το προαναφερόμενο υλικό, εκτός αν οι ενέργειες αυτές:

α) συνεπάγονται περαιτέρω αναπαραγωγή της οικείας ποικιλίας, εκτός εάν κατά τη διάθεση του υλικού υπήρχε πρόθεση να γίνει [η] εν λόγω αναπαραγωγή

β) συνεπάγονται εξαγωγή συστατικών ποικιλίας σε τρίτη χώρα η οποία δεν προστατεύει τις ποικιλίες του φυτικού γένους ή είδους στο οποίο ανήκει η ποικιλία, εκτός αν το υλικό εξάγεται με τελικό σκοπό να καταναλωθεί.»

21 — Το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/100 προβλέπει ότι «[τ]α δικαιώματα κατά την παράγραφο 1 δεν εξαντλούνται από οποιαδήποτε πώληση ή άλλη πράξη διανομής πρωτοτύπων και αντιγράφων έργων που προστατεύονται από την πνευματική ιδιοκτησία και άλλων αντικειμένων που μνημονεύονται στο άρθρο 2, παράγραφος 1».

49. Το ζήτημα αν ο κανόνας της αναλώσεως, όπως διατυπώνεται στο άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24, μπορεί να καλύπτει την εμπορία «μεταχειρισμένων» αδειών λογισμικού που μεταφορτώνεται από το Διαδίκτυο έχει προκαλέσει έντονη διχογνωμία στα κράτη μέλη, ιδίως στη Γερμανία [22], κατ' αντιστοιχία προς τις συζητήσεις οι οποίες γίνονται στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής σχετικά με την εφαρμογή του «first sale doctrine» στο ψηφιακό περιβάλλον [23].

50. Δεδομένου ότι η ανάλωση εξαρτάται από την πρώτη «πώληση αντιγράφου ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή» στην Ένωση είτε από τον ίδιο τον δικαιούχο είτε με τη συγκατάθεσή του, πρέπει να εξεταστεί, ως προκαταρκτικό ζήτημα, αν η έννοια αυτή, η οποία από της θεσπίσεως της οδηγίας 2009/24 και εντεύθεν έχει εγείρει πολλά ερωτηματικά [24], πρέπει να ερμηνεύεται ομοιόμορφα σε όλα τα κράτη μέλη.

51. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, από τις επιταγές τόσο της ενιαίας εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης όσο και της αρχής της ισότητας προκύπτει ότι το γράμμα διατάξεως του δικαίου της Ένωσης που δεν περιέχει ρητή παραπομπή στο δίκαιο των κρατών μελών για τον προσδιορισμό της έννοιας και του περιεχομένου της πρέπει κανονικά να ερμηνεύεται ομοιόμορφα σε ολόκληρη την Ένωση [25]. Δεδομένου ότι η οδηγία 2009/24 δεν παραπέμπει στο εθνικό δίκαιο των κρατών μελών όσον αφορά την έννοια του όρου «πώληση αντιγράφου», πρέπει να θεωρηθεί ότι, για την εφαρμογή της ως άνω οδηγίας, ο όρος αυτός συνιστά αυτοτελή έννοια του δικαίου της Ένωσης, η οποία επιβάλλεται να ερμηνεύεται κατά τον ίδιο τρόπο σε όλα τα κράτη μέλη, λαμβανομένων ιδίως υπόψη του γράμματος της οικείας διατάξεως και του πλαισίου εντός του οποίου χρησιμοποιείται η έννοια αυτή, καθώς επίσης και των σκοπών που επιδιώκουν συναφώς τόσο η εν λόγω οδηγία όσο και το διεθνές δίκαιο [26].

52. Από την τέταρτη και την πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2009/24 προκύπτει ότι σκοπός της οδηγίας αυτής είναι να εξαλείψει τις διαφορές οι οποίες υπάρχουν στις νομοθεσίες των κρατών μελών και θίγουν αισθητώς τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Όπως ακριβώς το Δικαστήριο έκρινε, με την απόφαση της 20ής Νοεμβρίου 2001, C-414/99 έως C-416/99, Zino Davidoff και Levi Strauss [27], ότι η έννοια της συγκαταθέσεως, η οποία αποτελεί το καθοριστικό στοιχείο για την απώλεια του αποκλειστικού δικαιώματος, πρέπει να ερμηνεύεται ομοιόμορφα προκειμένου να είναι δυνατή η επίτευξη του σκοπού «της παροχής της αυτής προστασίας […] σύμφωνα με τη νομοθεσία όλων των κρατών μελών» [28], κατά τον ίδιο τρόπο δεν επιτρέπεται να προσδίδεται άλλο περιεχόμενο στην προϋπόθεση που αφορά την [πρώτη] πώληση αντιγράφου ενός προγράμματος ανάλογα με τυχόν διαφορετικές ερμηνείες της στις διάφορες εθνικές έννομες τάξεις.

53. Πρέπει, κατά συνέπεια, να ελεγχθεί το ζήτημα αν η φράση «πώληση αντιγράφου ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή», κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24, μπορεί να αναφέρεται και σε πραγματικά περιστατικά όπως αυτά της υποθέσεως της κύριας δίκης.

22 — Βλ. 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, σ. 1, και Overdijk, T., van der Putt, P., de Vries, E. και Schafft, T., «Exhaustion and Software Resale Rights», *Computer Law Review International,* 2/2011, σ. 33.

23 — Βλ. Frankel, S. και Harvey, L., «Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law?», *Intellectual Property Magazine,* Μάρτιος 2011, σ. 40.

24 — Βλ., ιδίως, Strowel, A. και Derclaye, E., *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé,* Bruylant, Bruxelles, 2001. Βλ., επίσης, Vivant, M., «Le programme d'ordinateur au pays des muses; observations sur la directive du 14 mai 1991», *La semaine juridique – Édition entreprise,* 1991, αριθ. 47, σ. 479. Ο συγγραφέας επικρίνει την «αδυναμία των συντακτών [της οδηγίας] να διακρίνουν, σε εννοιολογικό επίπεδο, μεταξύ της πνευματικής δημιουργίας και του υλικού φορέα» (σημείο 16.2, σ. 484).

25 — Βλ., σχετικώς, απόφαση της 14ης Ιουνίου 2007, C-246/05, Häupl (Συλλογή 2007, σ. I-4673, σκέψη 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

26 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 22ας Δεκεμβρίου 2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace (Συλλογή 2010, σ. I-13971, σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

27 — Συλλογή 2001, σ. I-8691.

28 — Σκέψεις 41 έως 43.

54. Η Oracle υποστηρίζει ότι δεν ζητείται από τον πελάτη αμοιβή επειδή του παρέχεται απλώς η δυνατότητα να μεταφορτώσει το πρόγραμμα ή επειδή τίθεται στη διάθεσή του ο καταληκτικός κώδικας, αλλά ως αντάλλαγμα για το δικαίωμα χρήσεως το οποίο του παρέχεται με τη σύμβαση παραχωρήσεως άδειας. Η Oracle προσθέτει ότι, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, ο πελάτης συνάπτει επίσης και σύμβαση υποστηρίξεως λογισμικού η οποία καθιστά δυνατή τόσο την τακτική ενημέρωση του προγράμματος όσο και τη διόρθωση τυχόν σφαλμάτων και συνιστά σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Εξ αυτών συνάγει ότι δεν υφίσταται πώληση κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24.

55. Φρονώ ότι η ανάλυση αυτή είναι εσφαλμένη.

56. Κατά την άποψή μου, από την οδηγία 2009/24 προκύπτει σαφώς ότι η οδηγία αυτή ανάγει τη διάκριση μεταξύ πωλήσεως και εκμισθώσεως σε «summa divisio» από την οποία εξαρτώνται τόσο η εφαρμογή, ή μη, του κανόνα της αναλώσεως [29] όσο και το περιεχόμενο του εν λόγω κανόνα [30]. Η δωδέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αυτής ορίζει ως εκμίσθωση τη διάθεση προς χρήση, για περιορισμένο χρονικό διάστημα και για κερδοσκοπικούς σκοπούς, ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή αντιγράφου του. A contrario, η πώληση ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή αντιγράφου του πρέπει να θεωρηθεί το κρίσιμο στοιχείο κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της ως άνω οδηγίας, δεδομένου ότι, ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού της από τα συμβαλλόμενα μέρη, κύριο γνώρισμα της οικείας πράξεως είναι η μεταβίβαση της κυριότητας ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή για απεριόριστο χρόνο έναντι της εφάπαξ καταβολής τιμήματος. Η διάκριση αυτή είναι, εξάλλου, σύμφωνη με τη νομολογία του Δικαστηρίου, το οποίο έχει αποκλείσει την ανάλωση σε περίπτωση εκμισθώσεως [31], ενώ εφαρμόζει τον σχετικό κανόνα οσάκις πρόκειται για μεταβίβαση κυριότητας [32].

57. Η χορήγηση άδειας μέσω της οποίας διατίθεται ένα αντίγραφο του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με μεταφόρτωσή του από το Διαδίκτυο αποτελεί σύνθετη πράξη, η οποία ενδέχεται να περιλαμβάνει ταυτόχρονα τόσο σύμβαση παροχής υπηρεσιών που αφορούν, μεταξύ άλλων, τη διάθεση, την εφαρμογή και τη συντήρηση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή όσο και σύμβαση πωλήσεως του αντιγράφου το οποίο είναι αναγκαίο για την εκτέλεση των υπηρεσιών αυτών [33]. Το περιεχόμενο του δικαιώματος χρήσεως που παραχωρείται κατ' αυτόν τον τρόπο μπορεί να ποικίλλει.

29 — Υπό την έννοια ότι ανάλωση επέρχεται μόνο σε περίπτωση πωλήσεως.

30 — Υπό την έννοια ότι η ανάλωση την οποία συνεπάγεται η πώληση δεν αφορά την περαιτέρω εκμίσθωση του αντιγράφου. Βλ. Czarnota, B. και Hart, R., *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A guide to the EC Directive,* Butterworths, 1991, σ. 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 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση Metronome Musik.

32 — Βλ. απόφαση της 17ης Απριλίου 2008, C-456/06, Peek & Cloppenburg (Συλλογή 2008, σ. I-2731).

33 — Βλ., σχετικώς, Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Larcier, Βρυξέλλες, 2007, αριθ. 529 και 530. Ο συγγραφέας χαρακτηρίζει την πράξη αυτή ως «σύνθετο συμβατικό σχήμα», το οποίο μπορεί να αναλυθεί, αφενός, σε μια σύμβαση είτε πωλήσεως υλικού φορέα είτε παροχής υπηρεσιών εφόσον πρόκειται για μεταφόρτωση ή για χρήση εξ αποστάσεως και, αφετέρου, σε μια σύμβαση παραχωρήσεως άδειας σχετικής με το δικαίωμα του δημιουργού επί του έργου που είτε ενσωματώνεται στον υλικό φορέα είτε αποστέλλεται ηλεκτρονικώς από τον διαβιβαστή.

58. Το εν λόγω δικαίωμα χρήσεως εμφανίζει τα χαρακτηριστικά της μισθώσεως σε περίπτωση που παραχωρείται προσωρινά, έναντι περιοδικής καταβολής αμοιβής, και ο παρέχων το δικαίωμα δεν απεκδύεται της κυριότητας του αντιγράφου του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, το οποίο πρέπει να του επιστραφεί από τον χρήστη. Αντιθέτως, έχει τα γνωρίσματα της πωλήσεως όταν ο πελάτης αποκτά οριστικώς τη δυνατότητα να χρησιμοποιεί το αντίγραφο του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, του οποίου την κυριότητα ο παρέχων το δικαίωμα μεταβιβάζει έναντι της εφάπαξ καταβολής τιμήματος.

59. Συγκεκριμένα, φρονώ ότι, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της αναλώσεως, ο οποίος έγκειται στον περιορισμό της αποκλειστικότητας του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας όταν το έργο έχει κυκλοφορήσει στο εμπόριο κατά τέτοιον τρόπο ώστε κατέστη δυνατό στον δικαιούχο να επωφεληθεί της οικονομικής αξίας του δικαιώματος αυτού, ο όρος «πώληση» όπως χρησιμοποιείται στο άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 πρέπει να ερμηνεύεται ευρέως, υπό την έννοια ότι περιλαμβάνει όλες τις μορφές εμπορίας ενός προϊόντος που χαρακτηρίζονται από τη χορήγηση δικαιώματος χρονικώς απεριόριστης χρήσεως ενός αντιγράφου του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή έναντι της εφάπαξ καταβολής τιμήματος. Μια υπερβολικά στενή ερμηνεία του όρου αυτού θα έθιγε την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω διατάξεως καθιστώντας τον κανόνα της αναλώσεως άνευ νοήματος, εφόσον η εμπορία λογισμικού γίνεται συνήθως υπό τη μορφή άδειας για την παραχώρηση δικαιώματος χρήσεως και θα αρκούσε στους παρέχοντες το δικαίωμα να χαρακτηρίσουν τη σχετική σύμβαση ως «παραχωρήσεως άδειας» και όχι ως «πωλήσεως» για να παρακάμψουν τον ως άνω κανόνα.

60. Εκ των ανωτέρω συνάγω ότι, ακόμη και σε περίπτωση που ο δικαιούχος προβαίνει, όπως εν προκειμένω η Oracle, σε μια ολίγον τεχνητή διάκριση ανάμεσα στη διάθεση ενός αντιγράφου του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή και στη χορήγηση του δικαιώματος χρήσεώς του, η εκχώρηση του δικαιώματος χρήσεως ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή συνιστά πώληση κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24.

61. Ο χαρακτηρισμός, ωστόσο, της οικείας πράξεως ως πωλήσεως δεν αρκεί για να στηρίξει το συμπέρασμα ότι επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος διανομής σε περιστάσεις όπως αυτές της υποθέσεως της κύριας δίκης.

62. Η Oracle, η Γαλλική και η Ισπανική Κυβέρνηση, η Ιρλανδία, η Ιταλική Κυβέρνηση και η Επιτροπή διατείνονται ότι η ανάλωση συνεπεία της πωλήσεως αντιγράφου ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή έχει κατ' ανάγκην περιορισμένη σημασία, καθόσον αφορά αποκλειστικώς το δικαίωμα διανομής ενός ενσωματωμένου σε υλικό φορέα αντιγράφου του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή.

63. Πολλά επιχειρήματα συνηγορούν υπέρ της ως άνω ερμηνείας.

64. Υποστηρίζεται ότι η μεταφόρτωση προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή από το Διαδίκτυο δεν αποτελεί πράξη διανομής, κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 και του άρθρου 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, αλλά πράξη παρουσιάσεως του έργου στο κοινό, κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της τελευταίας αυτής οδηγίας. Το άρθρο 3, παράγραφος 3, της εν λόγω οδηγίας διευκρινίζει, όμως, ότι το δικαίωμα παρουσιάσεως του έργου στο κοινό δεν εξαντλείται.

65. Επιπλέον, στο πλαίσιο της ίδιας επιχειρηματολογίας, από την προαναφερθείσα έκθεση της Επιτροπής, της 10ης Απριλίου 2000, προκύπτει σαφώς ότι η ανάλωση του δικαιώματος του δημιουργού εφαρμόζεται μόνον ως προς την πώληση αντιγράφων, ήτοι εμπορευμάτων, ενώ αποκλείεται σε περίπτωση προσφοράς μέσω υπηρεσιών on-line[34].

34 — Βλ. σ. 18 της εκθέσεως αυτής.

66. Κατά την ίδια πάντοτε άποψη, η συσταλτική αυτή ερμηνεία της έννοιας της αναλώσεως βρίσκει έρεισμα και στην οδηγία 2001/29, η οποία παρέχει κατηγορηματικές ενδείξεις της βουλήσεως του νομοθέτη της Ένωσης να περιορίσει την εφαρμογή του κανόνα σε μία και μόνο μορφή διανομής του έργου, δηλαδή στην πώληση εμπορεύματος όπου ενσωματώνεται το πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή.

67. Συγκεκριμένα, προβάλλεται το επιχείρημα ότι το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2001/29 προβλέπει την ανάλωση του δικαιώματος διανομής μόνο για την περίπτωση της πρώτης πωλήσεως ή της κατ' άλλον τρόπο μεταβιβάσεως της κυριότητας ενός «αντικειμένου». Εξάλλου, η εικοστή όγδοη και η εικοστή ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αυτής διευκρινίζουν, η πρώτη, ότι η προστασία του δικαιώματος του δημιουργού βάσει της εν λόγω οδηγίας περιλαμβάνει «το αποκλειστικό δικαίωμα ελέγχου της διανομής έργων *που ενσωματώνονται σε υλικό φορέα* [35]» και, η δεύτερη, ότι «δεν τίθεται ζήτημα ανάλωσης στην περίπτωση των υπηρεσιών, και ιδιαίτερα των υπηρεσιών ανοικτής γραμμής [on-line]». Στην τελευταία αυτή αιτιολογική σκέψη επισημαίνεται ακόμη ότι «το ίδιο ισχύει για την εκμίσθωση και τον δανεισμό πρωτοτύπου και αντιγράφων έργου ή άλλου παρόμοιου αντικειμένου που συνιστούν υπηρεσίες εκ φύσεως [και ότι] σε αντίθεση με τα CD-ROM ή τα CD-I, όπου η πνευματική ιδιοκτησία ενσωματώνεται σε υλικό φορέα, δηλαδή σε εμπόρευμα, κάθε υπηρεσία ανοικτής γραμμής αποτελεί στην πραγματικότητα ενέργεια για την οποία θα πρέπει να ζητείται άδεια, όταν έτσι ορίζει το δικαίωμα του δημιουργού ή το συγγενικό δικαίωμα».

68. Επιπροσθέτως, η εικοστή ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/29 αποτυπώνει επακριβώς το περιεχόμενο της τριακοστής τρίτης αιτιολογικής σκέψεως της οδηγίας 96/9, όπου αποκρυσταλλωνόταν ήδη η βούληση του νομοθέτη της Ένωσης να νοείται η ανάλωση σε συνάρτηση αποκλειστικώς και μόνο με την κυκλοφορία ενός προϊόντος, συνιστάμενου σε υλικό φορέα στον οποίο ενσωματώνεται έργο της διανοίας. Η ίδια βούληση προέκυπτε και από την τεσσαρακοστή τρίτη αιτιολογική σκέψη της τελευταίας αυτής οδηγίας, με την οποία διευκρινιζόταν ότι, σε περίπτωση μετάδοσης με άμεση επικοινωνία [on-line], δεν επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος απαγορεύσεως της επαναχρησιμοποιήσεως, ούτε όσον αφορά τη βάση δεδομένων ούτε ως προς τα υλικά αντίγραφα της βάσης ή μέρους της τα οποία πραγματοποιεί ο παραλήπτης της μετάδοσης με τη συγκατάθεση του δικαιούχου.

69. Τέλος, κατά την ίδια άποψη, η συσταλτική ερμηνεία της αναλώσεως ενισχύεται και από το διεθνές δίκαιο. Η οδηγία 2001/29 αποσκοπεί, μεταξύ άλλων, στην εφαρμογή της συνθήκης του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία στα κράτη μέλη. Όπως υπενθύμισε το Δικαστήριο με την προαναφερθείσα απόφαση Peek & Cloppenburg, οι διατάξεις του κοινοτικού δικαίου πρέπει να ερμηνεύονται, στο μέτρο του δυνατού, με γνώμονα το διεθνές δίκαιο, ιδίως όταν σκοπός των διατάξεων αυτών είναι ακριβώς να τεθεί σε εφαρμογή διεθνής συμφωνία που έχει συναφθεί από την Ένωση [36]. Κατά συνέπεια, θα έπρεπε να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η οδηγία 2001/29, καθόσον έχει ως σκοπό την εκπλήρωση ορισμένων από τις διεθνείς υποχρεώσεις που αναλήφθηκαν με τη συνθήκη του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία και με τη συνθήκη του ΠΟΔΙ για τις εκτελέσεις και τα φωνογραφήματα, οι οποίες συνήφθησαν στη Γενεύη στις 20 Δεκεμβρίου 1996 [37], πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των κοινών δηλώσεων σχετικά με τη συνθήκη του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία, σύμφωνα με τις οποίες η ανάλωση του δικαιώματος διανομής κατά την έννοια του άρθρου 6, παράγραφος 2, της συνθήκης αυτής αναφέρεται «αποκλειστικά στα υλικά ενσωματωμένα αντίτυπα τα οποία μπορούν να τεθούν σε κυκλοφορία ως ενσώματα αντικείμενα».

70. Τα ως άνω επιχειρήματα δεν είναι, κατά τη γνώμη μου, απολύτως πειστικά.

35 — Η υπογράμμιση δική μου.

36 — Σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

37 — Βλ. δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αυτής.

71. Πρώτον, δεν συμμερίζομαι την άποψη της Επιτροπής ότι η διανομή ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με μεταφόρτωση από το Διαδίκτυο δεν καλύπτεται από το «δικαίωμα διανομής», αλλά εμπίπτει στον ορισμό της παρουσιάσεως στο κοινό, η οποία ρυθμίζεται με το άρθρο 3, παράγραφος 3, της οδηγίας 2001/29. Θεωρώ ότι η ερμηνεία αυτή προσκρούει σε δύο βασικά εμπόδια.

72. Κατ' αρχάς, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι οι γενικές διατάξεις της οδηγίας 2001/29, η οποία έχει ακριβώς ως σκοπό να προσαρμόσει το δικαίωμα του δημιουργού στο νέο ψηφιακό περιβάλλον, μπορούν να αποτελέσουν οδηγό για την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2009/24, η οποία κωδικοποιεί απλώς και μόνον την οδηγία 91/250 που είχε εκδοθεί πριν από την εξάπλωση της χρήσεως του Διαδικτύου, επιβάλλεται πάντως η διαπίστωση ότι το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 2001/29 διευκρινίζει ότι η οδηγία αυτή «ουδόλως θίγει τις ισχύουσες [διατάξεις του δικαίου της Ένωσης] σχετικά με [...] τη νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών». Στο μέτρο που η οδηγία 2009/24 δεν αναφέρεται καθόλου στην έννοια της παρουσιάσεως στο κοινό και ορίζει το δικαίωμα διανομής κατά τον ευρύτερο δυνατό τρόπο, υπό την έννοια ότι περιλαμβάνει «οποιαδήποτε μορφή διανομής στο κοινό [...] του πρωτότυπου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή των αντιγράφων του», είναι μάλλον δύσκολο να θεωρηθεί ότι από τον συνδυασμό των διατάξεων των δύο αυτών οδηγιών προκύπτει ότι το δικαίωμα του δημιουργού να καθιστά το έργο του προσιτό στο κοινό κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 έχει εφαρμογή στα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών. Δεν πιστεύω, άλλωστε, ότι η προαναφερθείσα απόφαση Bezpečnostní softwarová asociace, την οποία η Επιτροπή επικαλέστηκε προς στήριξη της συλλογιστικής της, είναι δυνατό να ερμηνευθεί υπ' αυτή την έννοια [38].

73. Ακολούθως, εφόσον η οδηγία 2001/29 δεν ορίζει ούτε το δικαίωμα της παρουσιάσεως του έργου στο κοινό, ούτε το δικαίωμα του δημιουργού να καθιστά το έργο του προσιτό στο κοινό, ούτε το δικαίωμα διανομής, τα άρθρα 3 και 4 της οδηγίας αυτής πρέπει να ερμηνεύονται, κατά το μέτρο του δυνατού, υπό το πρίσμα της συνθήκης του ΠΟΔΙ για την πνευματική ιδιοκτησία [39]. Κατά το άρθρο 6, παράγραφος 1, της συνθήκης αυτής ως δικαίωμα διανομής νοείται το δικαίωμα του δημιουργού να επιτρέπει τη διάθεση στο κοινό του πρωτοτύπου ή αντιγράφων ενός προστατευόμενου έργου «μέσω πωλήσεως ή οποιασδήποτε άλλης μορφής μεταβιβάσεως της κυριότητας». Το γράμμα της εν λόγω διατάξεως δεν αφήνει περιθώριο αμφιβολίας. Η ύπαρξη της μεταβιβάσεως της κυριότητας μετατρέπει προδήλως μια απλή πράξη παρουσιάσεως στο κοινό σε πράξη διανομής.

74. Δεύτερον, οι ενδείξεις που περιέχει η οδηγία 2001/29 δεν είναι ούτε σαφείς ούτε μονοσήμαντες.

75. Συγκεκριμένα, από μια a contrario ανάγνωση της πρώτης περιόδου της εικοστής όγδοης αιτιολογικής σκέψεως της εν λόγω οδηγίας, η οποία ορίζει ότι «η προστασία του δικαιώματος του δημιουργού βάσει της παρούσας οδηγίας *περιλαμβάνει* [40] το αποκλειστικό δικαίωμα ελέγχου της διανομής έργων που ενσωματώνονται σε υλικό φορέα», προκύπτει ότι το δικαίωμα αυτό καλύπτει και άλλες μορφές διανομής. Ωστόσο, η δεύτερη περίοδος της ίδιας αιτιολογικής σκέψεως, σχετικά με την ανάλωση, δεν περιορίζει την εφαρμογή του κανόνα της αναλώσεως σε μία συγκεκριμένη μορφή διανομής.

38 — Αδυνατώ να κατανοήσω πώς θα μπορούσε από την απόφαση αυτή, η οποία αφορούσε γραφικές διασυνδέσεις χρηστών, να συναχθεί ότι το δικαίωμα του δημιουργού να καθιστά το έργο του προσιτό στο κοινό κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 έχει εφαρμογή στα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών, τη στιγμή που το Δικαστήριο αποφάνθηκε ακριβώς ότι η γραφική διασύνδεση χρήστη δεν συνιστά μορφή εκφράσεως προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή.

39 — Βλ. σημείο 69 των προτάσεών μου.

40 — Η υπογράμμιση δική μου.

76. Ούτε η εικοστή ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2001/29 είναι απολύτως σαφής. Καίτοι προβαίνει, κατά τα φαινόμενα, σε μια διάκριση μεταξύ της πωλήσεως εμπορευμάτων, όπου ισχύει ο κανόνας της αναλώσεως, και της παροχής υπηρεσιών, στην οποία ο ως άνω κανόνας δεν έχει εφαρμογή, εντούτοις γεγονός παραμένει ότι η έννοια των on-line υπηρεσιών, όπως ορίζεται στο δίκαιο της Ένωσης, καλύπτει και την on-line πώληση αγαθών [41]. Έτσι, παραδείγματος χάρη, βάσει του γράμματος της αιτιολογικής αυτής σκέψεως, ο κανόνας της αναλώσεως δεν θα έπρεπε να εφαρμοστεί στην περίπτωση της on-line αγοράς ενός CD-ROM στο οποίο ενσωματώνεται το αντίγραφο προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή. Κατά την άποψή μου, στερείται σημασίας για την εφαρμογή του εν λόγω κανόνα το ζήτημα αν η πώληση γίνεται εξ αποστάσεως.

77. Τρίτον, τυχόν ερμηνεία του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 υπό την έννοια ότι αποκλείεται η εφαρμογή του κανόνα της αναλώσεως σε περίπτωση μεταφορτώσεως από το Διαδίκτυο, τη στιγμή που τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών διανέμονται μαζικά με αυτή τη μορφή εμπορίας, θα συνεπαγόταν τη συρρίκνωση του πεδίου εφαρμογής του εν λόγω κανόνα και, κατ' επέκταση, τον περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας.

78. Μολονότι το άρθρο 36 ΣΛΕΕ ορίζει ότι τέτοιοι περιορισμοί μπορούν να δικαιολογηθούν από λόγους που αφορούν, μεταξύ άλλων, την προστασία της βιομηχανικής και εμπορικής ιδιοκτησίας, εντούτοις, κατά πάγια νομολογία, παρέκκλιση η οποία στηρίζεται στον λόγο αυτόν μπορεί να γίνει δεκτή μόνον εφόσον δικαιολογείται προς διαφύλαξη των δικαιωμάτων που αποτελούν το ειδικό αντικείμενο της ως άνω ιδιοκτησίας [42]. Για την εφαρμογή της αρχής αυτής απαιτείται να προσδιορίζονται, σε σχέση με κάθε δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας, οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες η άσκηση του οικείου δικαιώματος μπορεί να θεωρηθεί συμβατή με το δίκαιο της Ένωσης.

79. Αμφιβάλλω, πάντως, ότι η αναγνώριση στον δικαιούχο της δυνατότητας να απαγορεύσει σε πρόσωπο το οποίο έχει αποκτήσει νομίμως την κυριότητα ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή να το μεταπωλήσει μπορεί να νοηθεί ως διαφύλαξη των δικαιωμάτων που αποτελούν το ειδικό αντικείμενο της πνευματικής ιδιοκτησίας επί του προγράμματος αυτού.

80. Το Δικαστήριο, όταν εξετάζει τη νομιμότητα παρεκκλίσεων από την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας οι οποίες δικαιολογούνται από την προστασία του δικαιώματος του δημιουργού, ελέγχει αν ο δικαιούχος έχει λάβει την αμοιβή που δικαιούται εκ του νόμου.

81. Με την προαναφερθείσα απόφαση Football Association Premier League κ.λπ., το Δικαστήριο, αφού υπενθύμισε ότι τυχόν παρεκκλίσεις από την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας γίνονται δεκτές μόνον εφόσον δικαιολογούνται από τη διαφύλαξη των δικαιωμάτων τα οποία αποτελούν το ειδικό αντικείμενο της οικείας διανοητικής ιδιοκτησίας και ότι το ειδικό αυτό αντικείμενο αφορά ιδίως τη διασφάλιση της προστασίας της δυνατότητας των δικαιούχων των σχετικών δικαιωμάτων να εκμεταλλεύονται εμπορικώς τη θέση σε κυκλοφορία ή τη διάθεση στο κοινό προστατευόμενων αντικειμένων παραχωρώντας άδειες έναντι αμοιβής, έκρινε ότι το εν λόγω ειδικό αντικείμενο δεν εγγυάται στους δικαιούχους τη δυνατότητα να αξιώσουν την υψηλότερη δυνατή αμοιβή, αλλά τους εξασφαλίζει απλώς και μόνον εύλογη αμοιβή, ήτοι αμοιβή που τελεί σε σχέση αναλογίας με την οικονομική αξία της παρεχόμενης υπηρεσίας, για κάθε χρήση των προστατευόμενων αντικειμένων [43].

41 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, τη δέκατη όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2000/31/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 8ης Ιουνίου 2000, για ορισμένες νομικές πτυχές των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας, ιδίως του ηλεκτρονικού εμπορίου, στην εσωτερική αγορά (οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο) (ΕΕ L 178, σ. 1).

42 — Βλ. αποφάσεις της 23ης Απριλίου 2002, C-143/00, Boehringer Ingelheim κ.λπ. (Συλλογή 2002, σ. I-3759, σκέψη 28), και της 4ης Οκτωβρίου 2011, C-403/08 και C-429/08, Football Association Premier League κ.λπ. (Συλλογή 2011, σ. I-9083, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

43 — Προαναφερθείσα απόφαση Football Association Premier League κ.λπ. (σκέψεις 106 έως 109 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

82. Εν συνεχεία, αφού διαπίστωσε ότι το πρόσθετο τίμημα που καταβάλλεται από τους ραδιοτηλεοπτικούς οργανισμούς σε αντάλλαγμα για την αναγνώριση απόλυτης εδαφικής αποκλειστικότητας είναι πιθανό να καταλήξει σε τεχνητή διαφοροποίηση των τιμών στις εθνικές αγορές οι οποίες κατ' αυτόν τον τρόπο στεγανοποιούνται, συνήγαγε το συμπέρασμα ότι η καταβολή πρόσθετου τιμήματος βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την εξασφάλιση εύλογης αμοιβής στους δικαιούχους[44].

83. Φρονώ ότι υπό περιστάσεις όπως αυτές της υποθέσεως της κύριας δίκης ο δικαιούχος των πνευματικών δικαιωμάτων έλαβε εύλογη αμοιβή όταν εισέπραξε το τίμημα για την παραχώρηση του δικαιώματος χρήσεως ενός αντιγράφου του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή. Αν γινόταν δεκτό ότι έχει τη δυνατότητα να ελέγξει τη μεταπώληση του αντιγράφου αυτού και να απαιτήσει, εξ αφορμής της, νέα αμοιβή με το πρόσχημα ότι το αντίγραφο δημιουργήθηκε από τον πελάτη κατόπιν μεταφορτώσεως του προγράμματος από το Διαδίκτυο και εγγραφής του σε υλικό φορέα, αντί να ενσωματωθεί από τον ίδιο τον δικαιούχο σε υπόθεμα που τίθεται σε κυκλοφορία στην αγορά, τούτο δεν θα ισοδυναμούσε με προστασία του ειδικού αντικειμένου του δικαιώματος του δημιουργού, αλλά με ενίσχυση του μονοπωλίου επί της εμπορικής του εκμεταλλεύσεως.

84. Κατόπιν των ανωτέρω, στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε το αιτούν δικαστήριο πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 έχει την έννοια ότι επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος διανομής αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή αν ο δικαιούχος του δικαιώματος, ο οποίος επέτρεψε τη μεταφόρτωση σε υλικό φορέα δεδομένων από το Διαδίκτυο, παραχώρησε επίσης, έναντι της καταβολής τιμήματος, δικαίωμα χρονικώς απεριόριστης χρήσεως του αντιγράφου αυτού. Συγκεκριμένα, συνιστά πώληση κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως κάθε διάθεση εντός της Ένωσης, υπό οποιαδήποτε μορφή και με οποιοδήποτε μέσο, ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με σκοπό τη χρονικώς απεριόριστη χρήση του, έναντι της εφάπαξ καταβολής τιμήματος.

Επί του πρώτου και του τρίτου ερωτήματος

85. Με το πρώτο και το τρίτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν όποιος αγοράζει «μεταχειρισμένη» άδεια χρήσεως μπορεί, ως «πρόσωπο που απέκτησε νομίμως» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, να επικαλεστεί τον προβλεπόμενο στο άρθρο 4, παράγραφος 2, της ίδιας οδηγίας κανόνα της αναλώσεως για να πραγματοποιήσει νέο αντίγραφο προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, όταν ο αρχικός αγοραστής έχει διαγράψει το δικό του αντίγραφο ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον.

1. Οι παρατηρήσεις των διαδίκων της κύριας δίκης, των κυβερνήσεων των κρατών μελών και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

86. Η UsedSoft υποστηρίζει ότι η αρχή της αναλώσεως θα καθίστατο κενή περιεχομένου αν γινόταν δεκτό ότι ο δικαιούχος του δικαιώματος στερείται της δυνατότητας να ελέγξει την περαιτέρω διανομή των αντιγράφων του προγράμματος, αλλά μπορεί να εξακολουθήσει να ελέγχει τη χρήση στον βαθμό που προϋποθέτει την αναπαραγωγή του προγράμματος.

87. Η UsedSoft προσθέτει ότι το γεγονός ότι ο αρχικός αγοραστής διαγράφει ή παύει να χρησιμοποιεί το δικό του αντίγραφο του προγράμματος αρκεί για να διασφαλιστεί ότι το λογισμικό που μεταβίβασε ο κατασκευαστής δεν θα γίνει αντικείμενο διπλής ή και πολλαπλής χρήσεως.

44 — Όπ.π. (σκέψεις 115 και 116).

88. Κατά την άποψη της Oracle, ο όρος «πρόσωπο που απέκτησε νομίμως» όπως χρησιμοποιείται στο άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, αφορά μόνον τον αγοραστή στον οποίο επιτράπηκε, δυνάμει συμβάσεως για την παραχώρηση άδειας, να χρησιμοποιεί το πρόγραμμα, ενώ η έννοια «κατά προορισμό χρησιμοποίηση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή» αναφέρεται σε μια χρήση που είναι σύμφωνη με το σχετικό δικαίωμα το οποίο παραχώρησε ο δικαιούχος, οπότε πρέπει να ορίζεται, εφόσον παρίσταται ανάγκη, βάσει των οικείων ρητρών της συμβάσεως παραχωρήσεως άδειας που καθορίζουν τη φύση και την έκταση του δικαιώματος χρήσεως.

89. Η Oracle προσθέτει ότι η ανάλωση αφορά μόνον το δικαίωμα διανομής αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή που τίθεται σε κυκλοφορία και δεν θίγει το δικαίωμα χρήσεως, το οποίο περιλαμβάνει δικαίωμα αναπαραγωγής, όσον αφορά τα προγράμματα των οποίων η χρήση προϋποθέτει την αναπαραγωγή τους.

90. Η Oracle, η οποία επιχειρηματολογεί κατ' αναλογία προς ό,τι ισχύει στο δίκαιο των σημάτων, υποστηρίζει ότι το πνεύμα και ο σκοπός της αρχής της αναλώσεως δεν είναι να αναγνωριστεί και σε άλλα πρόσωπα, πέραν του δικαιούχου του δικαιώματος, η αναγκαία νομική εξουσία προς κατάτμηση του αρχικού δικαιώματος χρήσεως, το οποίο αντιστοιχεί σε δεδομένο αριθμό χρηστών, σε περισσότερα πρόσθετα δικαιώματα χρήσεως. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι η πρακτική της πωλήσεως «μεταχειρισμένων» αδειών παρουσιάζει το μειονέκτημα ότι καθιστά αδύνατη την εμπορία αδειών σε μειωμένη τιμή, η οποία θα διευκόλυνε τη χρήση των προγραμμάτων από οικονομικώς αδύναμες ομάδες χρηστών, όπως τα εκπαιδευτικά ιδρύματα.

91. Τέλος, η Oracle διατείνεται ότι ούτε ο δικαιούχος ούτε το πρόσωπο που αποκτά κατόπιν μεταπωλήσεως είναι σε θέση να ελέγξουν αν ο αρχικός αγοραστής έχει πράγματι διαγράψει το δικό του αντίγραφο ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον.

92. Η Γαλλική Κυβέρνηση, η Ιρλανδία και η Ιταλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν κατ' ουσίαν ότι μόνον το πρόσωπο το οποίο διαθέτει το δικαίωμα χρήσεως προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή κατόπιν παραχωρήσεώς του από τον δικαιούχο μπορεί να θεωρηθεί «πρόσωπο που απέκτησε νομίμως» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24. Η Γαλλική Κυβέρνηση και η Ιρλανδία εκφράζουν περαιτέρω την άποψη ότι όποιος δεν έχει αποκτήσει άδεια από τον δικαιούχο και, επομένως, δεν είναι πρόσωπο που απέκτησε νομίμως δεν δύναται να επικαλεστεί τον κανόνα της αναλώσεως.

93. Μολονότι θεωρούν ότι όποιος μπορεί να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του αντιγράφου προγράμματος υπολογιστή είναι «πρόσωπο που απέκτησε νομίμως» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24, η Ισπανική Κυβέρνηση και η Επιτροπή υποστηρίζουν ότι παρέλκει η απάντηση στο τρίτο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου, δεδομένου ότι απαντούν αρνητικά στο δεύτερο ερώτημα.

2. Ανάλυση

94. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό συνάγεται, κατά την άποψή μου, από τη διάκριση μεταξύ του δικαιώματος διανομής, που αναλώνεται, και του δικαιώματος αναπαραγωγής, που δεν αναλώνεται.

95. Δεν αμφισβητείται, στην υπό κρίση υπόθεση, ότι η άδεια χρήσεως την οποία παραχωρεί η Oracle παρέχει, μέσω του ιστοτόπου της στο Διαδίκτυο, τη δυνατότητα αναπαραγωγής του προγράμματος. Εξ αυτού συνάγεται, κατά την άποψή μου, ότι η μεταβίβαση των δικαιωμάτων χρήσεως που παρέχονται με την ως άνω άδεια εμπίπτει στο δικαίωμα αναπαραγωγής, και όχι στο δικαίωμα διανομής.

96. Μολονότι η μεταπώληση του αντιγράφου που έχει μεταφορτωθεί από τον αρχικό αγοραστή καλύπτεται από το δικαίωμα διανομής, η μεταβίβαση μιας άδειας χρήσεως όπως αυτή που χορηγεί η Oracle στους πελάτες της άπτεται της ασκήσεως του αποκλειστικού δικαιώματος αναπαραγωγής, δεδομένου ότι καθιστά δυνατή τη δημιουργία νέου αντιγράφου του προγράμματος είτε με μεταφόρτωση από το Διαδίκτυο είτε με αναπαραγωγή του από το αντίγραφο το οποίο έχει στην κατοχή του ο χρήστης.

97. Από το γράμμα του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 προκύπτει, όμως, σαφώς ότι η αρχή της αναλώσεως αφορά αποκλειστικώς τη διανομή ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή και δεν πρέπει να επηρεάζει το δικαίωμα αναπαραγωγής, καθόσον αν αυτό θιγόταν θα αλλοιωνόταν η ίδια η ουσία του δικαιώματος του δημιουργού.

98. Εξάλλου, φρονώ ότι το εμπόδιο αυτό δεν μπορεί να παρακαμφθεί ούτε μέσω του άρθρου 5, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας. Θεωρώ ότι η διάταξη αυτή παρέχει απλώς και μόνον τη δυνατότητα στο πρόσωπο που κατέχει ήδη ένα αντίγραφο του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή να το αναπαραγάγει προκειμένου να το χρησιμοποιήσει σύμφωνα με τον προορισμό του. Αντιθέτως, δεν πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει σε πρόσωπο το οποίο δεν διαθέτει αντίγραφο του προγράμματος να το αναπαραγάγει, και μάλιστα όχι για να το χρησιμοποιήσει σύμφωνα με τον προορισμό του, αλλά απλώς και μόνο για να το χρησιμοποιεί. Επιπλέον, η διάταξη αυτή, η οποία αναφέρεται και στο ενδεχόμενο να υπερισχύει συμβατική ρήτρα, έχει εφαρμογή μόνον ως προς τον αγοραστή που συνδέεται συμβατικώς με τον δικαιούχο.

99. Είναι μάλλον αδύνατο, στο παρόν στάδιο της εξελίξεως του δικαίου της Ένωσης, να επεκταθεί η εφαρμογή του κανόνα της αναλώσεως, ο οποίος συνδέεται άρρηκτα με το δικαίωμα διανομής, και στο δικαίωμα αναπαραγωγής. Έχω επίγνωση ότι η εφαρμογή του κανόνα αποκλειστικώς ως προς το ένα και μόνον αντίγραφο που πραγματοποιείται επί υλικού φορέα δεδομένων μετά από μεταφόρτωση του προγράμματος περιορίζει, στην πράξη, πολύ σημαντικά το περιεχόμενό του, αλλά η αντίθετη λύση, μολονότι μπορεί να θεμελιωθεί στην ανάγκη να διατηρηθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα του κανόνα της αναλώσεως και να δοθεί προτεραιότητα στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών, θα κατέληγε σε μια διεύρυνση του κανόνα της αναλώσεως πέραν των ορίων που είχε κατά νου ο νομοθέτης της Ένωσης[45] και, αν γινόταν δεκτή, θα έθετε σε κίνδυνο την αρχή της ασφάλειας δικαίου και την απορρέουσα από αυτήν απαίτηση προβλεψιμότητας των κανόνων του δικαίου της Ένωσης.

100. Καταλήγω στο συμπέρασμα ότι τα άρθρα 4, παράγραφος 2, και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24 έχουν την έννοια ότι, σε περίπτωση μεταπωλήσεως του δικαιώματος χρήσεως ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, ο δεύτερος αγοραστής δεν δύναται να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του αντιγράφου αυτού προκειμένου να δημιουργήσει νέο αντίγραφο μέσω αναπαραγωγής, ακόμη και αν ο πρώτος αγοραστής έχει διαγράψει το δικό του αντίγραφο ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον.

45 — Σημειώνεται, εξάλλου, ότι στην ανακοίνωσή της προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών, της 11ης Ιανουαρίου 2012, σχετικά με ένα συνεκτικό πλαίσιο για την ενίσχυση της εμπιστοσύνης στην ενιαία ψηφιακή αγορά του ηλεκτρονικού εμπορίου και των on-line υπηρεσιών, η Επιτροπή αναφέρει ότι θα αναλάβει δράση προκειμένου να «τεθεί γρήγορα και αποτελεσματικά σε εφαρμογή η ευρωπαϊκή στρατηγική στον τομέα των δικαιωμάτων της πνευματικής ιδιοκτησίας, ιδίως με [...] την επανεξέταση της [οδηγίας 2001/29]» (βλ. σημείο 2 των βασικών δράσεων, σ. 8).

V – Πρόταση

101. Με γνώμονα τις προεκτεθείσες παρατηρήσεις, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο Bundesgerichtshof ως εξής:

«1) Το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Απριλίου 2009, για τη νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών, έχει την έννοια ότι επέρχεται ανάλωση του δικαιώματος διανομής αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή αν ο δικαιούχος του δικαιώματος, ο οποίος επέτρεψε τη μεταφόρτωση σε υλικό φορέα δεδομένων από το Διαδίκτυο, παραχώρησε επίσης, έναντι της καταβολής τιμήματος, δικαίωμα χρονικώς απεριόριστης χρήσεως του αντιγράφου αυτού.

Συγκεκριμένα, συνιστά πώληση κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως κάθε διάθεση εντός της Ένωσης, υπό οποιαδήποτε μορφή και με οποιοδήποτε μέσο, ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με σκοπό τη χρονικώς απεριόριστη χρήση του, έναντι της εφάπαξ καταβολής τιμήματος.

2) Τα άρθρα 4, παράγραφος 2, και 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 2009/24 έχουν την έννοια ότι, σε περίπτωση μεταπωλήσεως του δικαιώματος χρήσεως ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, ο δεύτερος αγοραστής δεν δύναται να επικαλεστεί την ανάλωση του δικαιώματος διανομής του αντιγράφου αυτού προκειμένου να δημιουργήσει νέο αντίγραφο μέσω αναπαραγωγής, ακόμη και αν ο πρώτος αγοραστής έχει διαγράψει το δικό του αντίγραφο ή δεν το χρησιμοποιεί πλέον.»