

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
ΣΧΟΛΗ Ν.Ο.Π.Ε.
ΤΜΗΜΑ **ΝΟΜΙΚΗΣ**

**ΤΟΜΕΑΣ Α' ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ
ΣΠΟΥΔΩΝ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ**

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2002-2003

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

**της Άλκηστης- Ιωάννας Δημητρίου Φακιδάρη
ΑΜ 461 Π.Μ.Σ**

ΤΙΤΛΟΣ

Σχετικά με την Ευθύνη του Προμηθευτή Software

Επιβλέποντες

**Κωνσταντίνος Χριστοδούλου, Λέκτορας
Καλλιόπη Χριστακάκου, Επίκουρη Καθηγήτρια**

**Αθήνα
Νοέμβριος 2004**

ΑΛΚΗΣΤΗ- ΙΩΑΝΝΑ Δ. ΦΑΚΙΔΑΡΗ

Σχετικά με την ευθύνη του προμηθευτή software

ΑΘΗΝΑ 2004

Η παρούσα εργασία εκπονήθηκε για τον Τομέα Α' Ιδιωτικού Δικαίου-Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών του τμήματος Νομικής της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών. Για τη συγγραφή αυτής πολύτιμη ήταν η συμβολή του καθηγητή και δασκάλου μου, Κωνσταντίνου Χριστοδούλου, ειδικό στα θέματα του Ηλεκτρονικού Αστικού Δικαίου, ο οποίος απλόχερα μου προσέφερε πληθώρα εναυσμάτων για προβληματισμό και ανάπτυξη.

Αθήνα, 30 Σεπτεμβρίου 2004

Άλκηστη Φακιδάρη

I

Πρόλογος

Ό,τι σχετίζεται με τον τομέα της πληροφορικής είναι και θα παραμείνει αναπτυσσόμενο. Ο κλάδος αυτός παρακολουθεί στενά την εξέλιξη της τεχνολογίας, η οποία είναι ραγδαία και σχετίζεται άρρηκτα με την ετυμολογία της λέξης άνθρωπος (άνω + θρώσκω) που σημαίνει βλέπω ψηλά.

Ως εκ τούτου και το αναλυόμενο στην παρούσα θέμα, το οποίο σχετίζεται με την ψηφιακή τεχνολογία παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον.

Για την καλύτερη κατανόηση του αντικειμένου της μελέτη μας, αυτή ξεκινά με μια γενική επισκόπηση και διευκρινίζει τους ορισμούς ορισμένων βασικών τεχνικών εννοιών της ψηφιακής τεχνολογίας.

Στη συνέχεια γίνεται διερεύνηση της φύσεως του λογισμικού ως αγαθού προστατευμένου είτε ως πνευματική ιδιοκτησία είτε ως ευρεσιτεχνία. Ενώ παράλληλα τονίζεται η δυνατότητα μη υπαγωγής αυτού στην προστασία αυτών των διατάξεων.

Η ανάλυση συνεχίζει με οριοθέτηση της πληροφορικής παροχής και των διακρίσεων αυτής με κυριότερη αυτή της παροχής τυποποιημένου και ατομικού λογισμικού. Έτσι με κεντρικό άξονα αυτή τη διάκριση ακολουθεί λεπτομερειακή ανάλυση της ευθύνης του προμηθευτή για οριστική και προσωρινή μεταβίβαση λογισμικού. Στην παρούσα υποστηρίζεται ότι το λογισμικό αποτελεί πράγμα κατά την έννοια του 947ΑΚ.

Περαιτέρω αναφορικά με τη σύμβαση εκπόνησης και οριστικής παραχώρησης ατομικού λογισμικού υποστηρίζεται στη μελέτη αυτή ότι πρόκειται για μικτή σύμβαση που συνίσταται σε μίσθωση έργου αφενός και πώληση ή μίσθωση αφετέρου.

Πέρα από τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα που βρίσκουν εφαρμογή και στο υπό εξέταση θέμα, επιβεβαιώνοντας ακόμα μια φορά ότι δύνανται να συμβαδίζουν με τις εξελίξεις της σύγχρονης πραγματικότητας, σωρεία νόμων πλαισιώνουν και διαμορφώνουν αυτή την ευθύνη. Ενδεικτικά αναφέρουμε το νόμο 2251/2994 περί προστασίας του καταναλωτή, το πρόσφατο π.δ.

131/2003 για το ηλεκτρονικό εμπόριο, το ν. 2774/1999 περί προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στον τηλεπικοινωνιακό τομέα, το νόμο 2472/1997 περί προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ενώ δεν παραλείπουμε να σκιαγραφούμε παράλληλα με το ελληνικό και το αντίστοιχο κοινοτικό πλαίσιο.

II

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΠΡΟΛΟΓΟΣ.....	I
ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ.....	II
1. Γενική επισκόπηση.....	1
2. Έννοιες.....	2
3. Προστασία software σύμφωνα με τις διατάξεις για την πνευματική ιδιοκτησία και την ευρεσιτεχνία.....	3
3.1 Σημασία.....	3
3.2 Φύση του λογισμικού ως υπαγομένου στην πνευματική ιδιοκτησία.....	4
3.3 Φύση λογισμικού ως ευρεσιτεχνία.....	9
3.4 Συμπερασματικά: Αρωγή πνευματικής ιδιοκτησίας- ευρεσιτεχνίας στο κατά πόσο υπάρχει πραγματικό ελάττωμα στο λογισμικό.....	10
4. Πληροφορική παροχή/είδη συμβάσεων.....	13
4.1. Γενικά	13
4.2 Συμφέροντα των συμβαλλομένων.....	15
4.3 Εφαρμοστές διατάξεις.....	15
4.3.1 Εκπαιητική σύμβαση.....	16
4.3.2 Ενοχική σύμβαση.....	17
5. Ευθύνη προμηθευτή τυποποιημένου λογισμικού.....	18
5.1 Ενδοσυμβατική, πραγματικά ελαττώματα- έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων, νομικά ελαττώματα και άλλα συναφή.....	18
5.1.1 Ευθύνη προμηθευτή software για οριστική μεταβίβαση λογισμικού.....	18

5.1.1.1 Πραγματικά ελαττώματα- έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων.....	19
i) Νομικά σημαντικά και νομικά ασήμαντα λάθη στο λογισμικό.....	20
ii) Η αρχή του <i>no software without bugs</i> ως ένα νέο μέτρο ανοχής επουσιωδών λαθών στην προμήθεια λογισμικού.....	21
iii) Ο τεχνολογικός κίνδυνος ως μέτρο επίτασης της ευθύνης του προμηθευτή λογισμικού.....	23
iv) Πραγματικά ελαττώματα- συνομολογηθείσες ιδιότητες (συνέχεια)..	25
5.1.1.2 Νομικά ελαττώματα.....	27
5.1.1.3 Δικαιώματα αγοραστή <i>software</i> - υποχρεώσεις προμηθευτή.....	28
5.1.1.4 Περί ενημέρωσης (<i>updating</i>) του λογισμικού.....	28
5.1.2 Ευθύνη προμηθευτή <i>software</i> για προσωρινή μεταβίβαση λογισμικού.....	31
5.1.3 Διαφοροποίηση από άλλες συμβάσεις.....	35
5.2 Ειδικότερα για την online αγορά και ενημέρωση του λογισμικού- νομικές ιδιαιτερότητες.....	35
5.2.1 Νομικές ιδιαιτερότητες της online αγοράς λογισμικού.....	35
5.2.2 Ευθύνη προμηθευτή <i>software</i> μέσω διαδικτύου σύμφωνα με το π.δ. 131/2003 (προσαρμογή οδηγίας 2000/31/EK για το ηλεκτρονικό εμπόριο).....	38
5.3 Ευθύνη προμηθευτή <i>software</i> σύμφωνα με το ν. 2251/1994- προστασία του καταναλωτή στο Internet.....	45
5.3.1 Πώληση καταναλωτικών αγαθών και εγγυήσεις (άρθρο 5 ν. 2251/1994)...	47
5.3.2 Ευθύνη του παραγωγού/προμηθευτή (άρθρο 6 ν. 2251/1994).....	48
5.3.3 Ευθύνη προμηθευτή ως προς ΓΟΣ και αντίστοιχη προστασία καταναλωτή (άρθρο 2 ν. 2251/1994)	50
5.3.4 Ευθύνη προμηθευτή και αντίστοιχη προστασία καταναλωτή στις συμβάσεις από απόσταση (άρθρο 4) και στις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος (άρθρο 3).....	51
5.4 Ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού κατά τις διατάξεις του ν. 2472/1997 και την Οδηγία 2002/58/EK.....	55
5.4.1 Ν. 2472/1997 και Οδηγία 95/46/EK.....	55
5.4.2 Ν. 2774/1999 Προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στον τηλεπικοινωνιακό τομέα (ΦΕΚ Α 287 22.12.1999)	57
5.4.3 Οδηγία 2002/58/EK.....	60

5.4.2.1. Απόρρητο των επικοινωνιών.....	62
5.4.2.2 Αυτόκλητα ηλεκτρονικά μηνύματα (spamming).....	63
5.4.2.3 Cookies.....	63
5.5 Αδικοπρακτική ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού.....	64
5.6 Ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού από αδικαιολόγητο πλουτισμό....	65
6. Ευθύνη προμηθευτή ατομικού λογισμικού.....	66
6.1 Ενδοσυμβατική.....	66
6.1.1 Γενικά περί εκπόνησης ατομικού λογισμικού και οριστικής ή προσωρινής παραχώρησης αυτού.....	66
6.1.2 Ευθύνη του προμηθευτή- εργολάβου software που απορρέει από τη σύμβαση εκπόνησης ατομικού λογισμικού.....	68
6.1.2.1 Υποχρεώσεις και αντίστοιχα δικαιώματα των συμβαλλομένων.....	68
6.1.2.2 Πραγματικά ελαττώματα λογισμικού ως έργου.....	70
6.1.2.3 Αξιώσεις εργοδότη.....	71
6.1.3 Δικαιώματα και Υποχρεώσεις των μερών που απορρέουν από τη σύμβαση οριστικής ή προσωρινής μεταβίβασης του εκπονηθέντος ατομικού λογισμικού αντιστοίχως.....	74
6.2 Ευθύνη προμηθευτή ατομικού software μέσω διαδικτύου σύμφωνα με το π.δ. 131/2003 (προσαρμογή Οδηγίας 2000/31/ΕΚ).....	76
6.3 Ευθύνη προμηθευτή ατομικού software σύμφωνα με το ν. 2251/1994- προστασία του καταναλωτή στο Internet.....	77
6.4 Ευθύνη του προμηθευτή ατομικού λογισμικού κατά τις διατάξεις του ν. 2472/1997, της οδηγίας 2002/58/ΕΚ και το ν. 2774/1999.....	78
6.5 Αδικοπρακτική ευθύνη του προμηθευτή ατομικού λογισμικού και ευθύνη του από αδικαιολόγητο πλουτισμό.....	78
ΕΠΙΛΟΓΟΣ.....	79
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	81
I. Ελληνική.....	81
II. Ξενόγλωσση.....	83

III. Αποφάσεις.....	84
---------------------	----

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ.....	87
----------------	----

1. ΓΕΝΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ

Η διείσδυση της ψηφιακής τεχνολογίας και της πληροφορικής στη ζωή μας είναι πλέον ορατή και αναπόφευκτη. Η χρήση των ηλεκτρονικών υπολογιστών (η/υ) έχει γίνει πλέον καθημερινότητα στις ανεπτυγμένες και αναπτυσσόμενες χώρες. Για να εκτελέσουν όμως τις διάφορες λειτουργίες που διευκολύνουν τη ζωή του ανθρώπου, οι ηλεκτρονικοί υπολογιστές χρειάζονται τον κατάλληλο προγραμματισμό, το κατάλληλο λογισμικό. Τα προγράμματα των υπολογιστών εμφανίζουν εξαιρετικά μεγάλη πολυμορφία, ενώ η προμήθεια αυτών γίνεται με διάφορους τρόπους, εκτός και εντός διαδικτύου. Η ανάγκη εξέτασης της ευθύνης του προμηθευτή λογισμικού (software), των δικαιωμάτων του και των υποχρεώσεών του παρουσιάζεται επιτακτική.

Το ελληνικό αλλά και το ευρωπαϊκό νομικό πλαίσιο που περιβάλλει την ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού είναι ευρύ.

Οι διατάξεις του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας, του δικαίου της ευρεσιτεχνίας διαμορφώνουν αρχικά το υπάρχον θεσμικό πλαίσιο που διέπει το λογισμικό ενός Η/Υ, ως δημιούργημα του ανθρώπινου πνέυματος. Αυτές μας βοηθούν να αντιληφθούμε αρχικά και την ουσία, τη φύση της έννοιας του software.

Περαιτέρω οι διατάξεις που διέπουν την ενδοσυμβατική ευθύνη του προμηθευτή software, την ευθύνη του από παράβαση του νόμου 2251/1994 για τον καταναλωτή, την προστασία των προσωπικών δεδομένων κατά το ν. 2472/1997 και ν. 2774/1999 αλλά και το π.δ. 131/2003 για το ηλεκτρονικό εμπόριο, την αδικοπρακτική ευθύνη του και την ευθύνη του από αδικαιολόγητο, με παράλληλη επίσκοπηση του κοινοτικού θεσμικού πλαισίου είναι αυτές που θα παίξουν εν τέλει τον καθοριστικό ρόλο για την αποκρυστάλλωση της ευθύνης του προμηθευτή software.

Σκόπιμο είναι να αναφέρουμε συνοπτικά τη σημασία ορισμένων εννοιών ευρέως γνωστών στον υπό εξέταση χώρο της πληροφορικής.

2. ΕΝΝΟΙΕΣ

Software ή λογισμικό ονομάζουμε όλα τα είδη προγραμμάτων του Η/Υ και το συνοδευτικό υλικό τους ¹. Το software μπορούμε να το ορίσουμε πρακτικά ως το μη υλικό, το άυλο διανοητικό εποικοδόμημα της ηλεκτρονικής επεξεργασίας πληροφοριών ² αντιδιαστέλλεται από το hardware του υπολογιστή, που είναι το υλικό, το «σταθερό» τμήμα του υπολογιστή και περιλαμβάνει την οθόνη, το πληκτρολόγιο, το ποντίκι και και την κεντρική μονάδα (system unit). Η τελευταία περιέχει τη μητρική (motherboard), τους δίσκους (disk drives), τις κάρτες ήχου, εικόνας κτλ (expansion cards) και τις πύλες για εισαγωγή και εξαγωγή δεδομένων (input and output ports) ³, επίσης και μερικά φορητά κομμάτια π.χ. κάμερα, μεταφερόμενος δίσκος (USB)

Έτσι software είναι όλες αυτές οι σειρές εντολών που έχουν σκοπό να επιτρέψουν στον Η/Υ να εκτελέσει ή να πετύχει ορισμένες λειτουργίες ή ορισμένα αποτελέσματα ⁴.

Object code, machine code ή αντικειμενικός κώδικας, είναι η γλώσσα την οποία «καταλαβαίνει» ο Η/Υ και αποτελείται από δυαδικά ψηφία (0 και 1), όπου το μηδέν μεταφράζεται σε απουσία παλμού ρεύματος και το ένα σε παλμό ρεύματος.

Source code ή πηγαίος κώδικας, είναι η γλώσσα υψηλού επιπέδου (BASIC) στην οποία γράφεται ένα πρόγραμμα από τον προγραμματιστή, όπου χρησιμοποιούνται από τους τεχνικούς διάφορες εντολές που αντιπροσωπεύουν σειρές δυαδικών ψηφίων (0,1).

Αλγόριθμος είναι ο σκελετός των διαδοχικών λειτουργιών ενός προγράμματος, που δημιουργεί ο προγραμματιστής, προκειμένου το

¹ Βλ. άρθρο 2 Διεθνούς Σύμβασης Βέρνης-Παρισιού και βλ. άρθρα 3, 4 και 5 Σχεδίου Προτύπων Διατάξεων περί πνευματικής ιδιοκτησίας του Παγκόσμιου Οργανισμού Διανοητικής Ιδιοκτησίας (WIPO).

² Zimmermann, Datenverarbeitung- Lehrbuch der Betriebsinformatik Bd I 1975, 77

³ για περισσότερες τεχνικές πληροφορίες σχετικά με το τι αποτελεί hardware, PC Hardware a Beginner 's Guide, Ron Gilster, Osborne.

⁴ Για τον ορισμό βλ. ΠολΠρωτΘες 18201/1998 ΕεμπΔ 1999, σ. 161-167 με σημ. Δ. Καλλινίκου (ΕλλΔ 1999 σ. 458-460. Θ. Λιακόπουλου, Προστασία Προγράμματος Ηλεκτρονικού Υπολογιστή II, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου III, 1997, σ. 88.

πρόγραμμα να ανταποκρίνεται στις ανάγκες του χρήστη, στις ικανότητες του hardware.

3. ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ SOFTWARE ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΓΙΑ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑ- ΕΥΡΕΣΙΤΕΧΝΙΑ

3.1 ΣΗΜΑΣΙΑ

Προκειμένου να προσδιοριστεί η ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού αναγκαίο και αναπόφευκτο είναι να προβούμε καταρχήν στην εξέταση και τον προσδιορισμό της ιδιόμορφης φύσεως αυτού ⁵.

Εκ των προτέρων θέτουμε ορισμένα αρκετά ενδιαφέροντα ερωτήματα, στα οποία θα προσπαθήσουμε να δώσουμε μια ικανοποιητική απάντηση: Είναι δυνατή η προστασία του προγράμματος Η/Υ μόνο ως πνευματικό έργο κατά τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 3 του ν. 2121/1993, που φαίνεται εκ πρώτης να περιλαμβάνει στην προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας όλα τα προγράμματα Η/Υ ανεξαιρέτως; Ή μήπως είναι εφικτή η προστασία του και ή μόνο κατά τις διατάξεις της ευρεσιτεχνίας, λόγω της τεχνικής φύσης του; Είναι δυνατό ένα πρόγραμμα Η/Υ να μείνει απροστάτευτο τόσο από τις διατάξεις από την πνευματική ιδιοκτησία όσο και από τις διατάξεις κατά την ευρεσιτεχνία; Ποιά η σημασία της εκάστοτε προστασίας στον προσδιορισμό της ευθύνης του προμηθευτή;

⁵ Κατά τον Κ. Χριστοδούλου «το software είναι είτε μια μορφή εφεύρεσης είτε ένα μεικτό αγαθό, ήτοι μια εφεύρεση εξαρτημένη από ένα πνευματικό δημιούργημα, με την έννοια ότι αυτή αποτελεί την εξωτερική μορφή του τελευταίου ή με άλλη διατύπωση ότι η παρουσίαση-εξωτερίκευση του τελευταίου αποτελεί το σκοπούμενο προϊόν, το τελικό αποτέλεσμα της εφεύρεσης. Πότε συντρέχει η μία ή η άλλη περίπτωση θα κριθεί ανάλογα με το αν αυτό είναι μόνο μια μορφή τεχνικής για την επίτευξη κάποιου πρακτικού αποτελέσματος ή εάν επιπλέον συνίσταται και στην παρουσίαση κάποιας «παράστασης» η οποία και συνιστά το πνευματικό περιεχόμενό του. Η κατανόηση της εννοιολογικής διαφοράς ανάμεσα στα δύο γίνεται ευχερέστερη εάν αναχθεί κανείς στη διάκριση μεταξύ φιλοσοφίας και μεταφιλοσοφίας. Έτσι η εφεύρεση σκοπεί να μεταβάλει την πραγματικότητα, ενώ το πνευματικό έργο στοχεύει απλώς να αφηγηθεί, να παρουσιάσει κάτι σχετικό με την πραγματικότητα.», Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος Ν., Η νομική φύση του δικαιώματος πάνω στο software: αποκλειστικά πνευματική ιδιοκτησία ή και ευρεσιτεχνία;, Κριτ.Επιθ. 1999, σελ 73 επ.

3.2 ΦΥΣΗ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ ΩΣ ΥΠΑΓΟΜΕΝΟΥ ΣΤΗΝ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑ

Αντικείμενο του δικαιώματος της πνευματικής ιδιοκτησίας και άρα έργο νοείται όπως αναφέρει το άρθρο 2 του ν. 2121/1993: «κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή, ιδίως ...»

Επειδή η κατάρτιση ενός προγράμματος Η/Υ «απαιτεί την ανάλωση σημαντικών ανθρώπινων, τεχνικών και οικονομικών πόρων, ενώ..μπορούν να αντιγραφούν με μικρό μέρος του κόστους» ⁶ η οδηγία 91/250 και ο ν. 2121/93 προστατεύουν τα προγράμματα Η/Υ, χωρίς να προβαίνουν σε ένα ορισμό τους, αφήνοντας το έργο αυτό στην επιστήμη, προκειμένου να συμβαδίζει με τις εκάστοτε εξελίξεις.

Περαιτέρω η παράγραφος 3 αναφέρει ξεκάθαρα ότι «... θεωρούνται ως έργα λόγου προστατευόμενα κατά τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών και το προπαρασκευαστικό υλικό του σχεδιασμού τους⁷. Η προστασία παρέχεται σε κάθε μορφή έκφρασης ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή. Οι ιδέες και οι αρχές στις οποίες βασίζεται οποιοδήποτε στοιχείο προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή, περιλαμβανομένων και εκείνων στις οποίες βασίζονται τα συστήματα διασύνδεσής του, δεν προστατεύονται από τον παρόντα νόμο.» Έτσι στο πεδίο προστασίας του ν. 2121/1993 εμπίπτουν ρητά και τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών.

Εκ πρώτης όψεως και κατά γραμματική αμιγώς ερμηνεία η προστασία του ν. 2121/1993 φαίνεται να παρέχεται σε όλα ανεξαιρέτως τα προγράμματα του Η/Υ. Μάλιστα κατά την ίδια παράγραφο ένα πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή θεωρείται πρωτότυπο «εφόσον είναι προσωπικό πνευματικό δημιούργημα του δημιουργού του» ⁸. Δηλαδή εκ πρώτης όψεως φαίνεται να

⁶ βλ. Προοίμιο Οδηγίας 91/250

⁷ Βλ και άρθρο 1 οδηγίας 91/250/ΕΟΚ για τη νομική προστασία των προγραμμάτων των ηλεκτρονικών υπολογιστών (ΕΕΕΚ αριθ. L 122/42 -17.5.1991)

⁸ Βλ και για τις βάσεις δεδομένων την παρ 2^α του ν. 2121/1993 όπως αυτή προστέθηκε με το άρθρο 7 παρ. 1 Ν. 2819/2000 αναφέρει: «Αντικείμενο προστασίας είναι και οι βάσεις δεδομένων, οι οποίες λόγω της επιλογής ή διευθέτησης του περιεχομένου τους αποτελούν πνευματικά δημιουργήματα. Η προστασία αυτή δεν εκτείνεται στο περιεχόμενο των βάσεων δεδομένων και δεν θίγει κανένα από τα δικαιώματα που υφίστανται στο

αρκεί η πατρότητα του λογισμικού να ανήκει στο δημιουργό του, χωρίς να απαιτείται η πρωτοτυπία με την έννοια που απαιτείται για τα άλλα έργα του ανθρωπίνου λόγου⁹, κατά την οποία πρωτότυπα είναι τα έργα που εμφανίζουν ένα ιδιαίτερο δημιουργικό ύψος και μία στατιστική μοναδικότητα, ως ενδεικτικά της ιδιαίτερης ατομικότητάς τους.

Ωστόσο μια τέτοια ερμηνεία δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή. Κάτι τέτοιο θα είχε, κατά τη γνώμη μου, ως αποτέλεσμα μια αντικειμενικοποίηση της έννοιας του πνευματικού δημιουργήματος, ανεξαρτήτως δηλαδή πρωτοτυπίας και δημιουργικής αξίας¹⁰ και μια άδικη και αδικαιολόγητη ευνοϊκή μεταχείριση των δημιουργών λογισμικού έναντι των δημιουργών άλλων έργων, καταστρατηγώντας την πρόθεση του νομοθέτη να διακρίνει ανάμεσα στα έργα του ανθρωπίνου λόγου και να προστατέψει ορισμένα μόνο από αυτά βάσει κάποιων κριτηρίων.

Συνεπώς μια τελολογική και σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία της έννοιας της πρωτοτυπίας μας πρέπει να μας οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι και στα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών ισχύουν τα κριτήρια πρωτοτυπίας που έχουν διαμορφωθεί και για όλα τα άλλα έργα¹¹. Συμπερασματικά η προστασία τους γίνεται δεκτή, αρκεί να χαρακτηρίζονται από μία προσωπική πνευματική συμβολή του δημιουργού τους και από μία ιδιαίτερη ατομικότητα που να το διαφοροποιεί από άλλα παρεμφερή προγράμματα¹².

περιεχόμενο αυτό. Ως βάση δεδομένων νοείται η συλλογή έργων, δεδομένων ή άλλων ανεξάρτητων στοιχείων, δευτερευόντως κατά συστηματικό ή μεθοδικό τρόπο και ατομικώς προστιτών με ηλεκτρονικά μέσα ή με άλλο τρόπο (άρθρα 3 και 1 παρ. 2 Οδηγίας 96/9)», καθώς και άρθρ 45^A του ιδίου ν.

⁹ Ο προσδιορισμός της έννοιας της πρωτοτυπίας έχει αφεθεί στην επιστήμη και στη νομολογία. Κατ' αυτές για να είναι ένα έργο πρωτότυπο αρκεί να υφίσταται μια προσωπική συμβολή του δημιουργού χάρη της οποίας το έργο θα παρουσιάζει κάποια ιδιαίτερη ατομικότητα. Η ατομικότητα θα βασίζεται ουσιαστικά σε μία «στατιστική μοναδικότητα» του έργου σε σχέση με άλλα και σε ένα «δημιουργικό ύψος» δηλαδή να είναι πάνω από το σύνηθες επίπεδο της καθημερινότητας. Εδώ ας σημειωθεί ότι για να είναι ένα έργο πρωτότυπο δεν είναι ανάγκη να είναι και νέο. Βλ. Καλλινίκου ο.π., σελ 23επ.

¹⁰ έννοιες που είναι κατεξοχήν υποκειμενικές και οι οποίες όμως, παρά την υποκειμενικότητα που εμφανίζουν, έχει επιτευχθεί να προσδιορίζονται επαρκώς από την επιστήμη και τη νομολογία, προκειμένου να προσαρμόζονται στις σύγχρονες κοινωνικές αντιλήψεις και να δικαιολογούν την υπαγωγή των διαφόρων έργων στην προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας.

¹¹ βλ και άρθρο 1 παρ. 3 της οδηγίας 91/250/ΕΟΚ όπου «ένα πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή προστατεύεται εφόσον είναι πρωτότυπο με την έννοια ότι είναι αποτέλεσμα προσωπικής πνευματικής εργασίας του δημιουργού του. Η παροχή της προστασίας δεν εξαρτάται από την εφαρμογή κανενός άλλου κριτηρίου». Κατά τη Δ. Καλλινίκου η οδηγία εξάρει πιο πολύ την ατομικότητα του έργου, ενώ ο ελλην. νόμος την ατομικότητα του δημιουργού, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα, σελ. 52.

¹² βλ. και υπ' αριθ. 9 υποσημείωση, ΜονΠρωτΘεσσ 1571/1989: Αρμ 1990 σ. 642-646 με σημείωση Φ.Ο., ΕεμπΔ ΜΒ/1991 σ. 157-158. ΜονΠρωτΑθ 13760/1988 ΕλλΔ 1989 σ. 371-373. ΠολΠρωτΑθ 5235/1992 ΕλλΔ 1992 σ. 1298-1299, Δ. Καλλινίκου, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα, Π.Ν.Σάκουλας, σελ 52.

Δημιουργός ενός προγράμματος-έργου δύναται είναι κατά το ελληνικό δίκαιο, το οποίο διέπεται από την αρχή της αλήθειας, μόνο φυσικό πρόσωπο ¹³ και μόνο δευτερογενώς, το νομικό πρόσωπο ¹⁴.

Ο δημιουργός software έχει λοιπόν ένα δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, το οποίο συναπαρτίζουν δύο επιμέρους δικαιώματα ένα περιουσιακό και ένα ηθικό δικαίωμα, όπως αυτά περιγράφονται στις γενικές διατάξεις του νόμου. Το περιουσιακό δικαίωμα (άρθρο 3 του ν. 2121/93) αναφέρεται στην εξουσία του δημιουργού να επιτρέπει ή να απαγορεύει την εγγραφή και αναπαραγωγή του έργου, τη μετάφραση, τις μετατροπές του έργου, τη θέση σε κυκλοφορία του ή αντιτύπων του, την παρουσίαση του έργου στο κοινό, την τηλεοπτική και ραδιοφωνική μετάδοσή του ¹⁵ κ.α.

Το ηθικό δικαίωμα του δημιουργού (άρθρο 4 του ν. 2121/93) δίνει στο δημιουργό την εξουσία της απόφασης για τον χρόνο, τον τόπο και τον τρόπο της δημοσίευσης του έργου, της αναγνώρισης της πατρότητάς του, την απαγόρευση κάθε παραμόρφωσής του, την απαγόρευση προσπέλασης κ.α.

Οι περιορισμοί που εισάγουν οι ειδικές διατάξεις για τα προγράμματα των ηλεκτρονικών υπολογιστών αποτελούν ταυτόχρονα και δικαιώματα των νόμιμων χρηστών αυτών των προγραμμάτων (άρθρα 42 και 43 του ν. 2121/93.) Πρόκειται για ειδικούς και αποκλειστικούς περιορισμούς τεχνολογικού περιεχομένου που αποκλείουν τους γενικούς των άρθρων 18 επ. του ν. 2121/93 καθότι αν δεχόμασταν και τους γενικούς περιορισμούς (π.χ. αναπαραγωγή για τη διδασκαλία!!) θα οδηγούμασταν σε πλήρη απαλλοτρίωση του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ¹⁶. Έτσι και άρθρο 42 παρ. 1

¹³ Βλ και άρθρα 7, 9, 10, 11 και 40 ν. 2121/93 για τα έργα συνεργασίας, συλλογικά και σύνθετα, για τα έργα μισθωτών, για τα οπτικοακουστικά έργα, για τα διάφορα τεκμήρια, για τους κατά πλάσμα δικαιούχους και για τα έργα μισθωτών αντίστοιχα (όπου το ειδικό άρθρο 40 για τα προγραμμ. Η/Υ έρχεται σε αντίθεση με το γενικό 8, αφού εδώ το περιουσιακό δικαίωμα σε πρόγραμμα ηλ.υπολ. που δημιουργήθηκε από μισθωτό σε εκτέλεση σύμβασης εργασίας ή με τις οδηγίες του εργοδότη του, μεταβιβάζεται αυτοδικαίως στον εργοδότη)

¹⁴ Ενώ η οδηγία 91/250/ΕΟΚ άρθρο 2 παρ. 1 αφήνει δυνατότητα να είναι δημιουργός και νομικό πρόσωπο.

¹⁵ Η οδηγία 91/250/ΕΟΚ άρθρ. 4 παρ. α, β, γ απαριθμεί αυτές τις εξουσίες αναλυτικά ως πράξεις που υπόκεινται σε άδεια του δικαιούχου και δη την: «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...»

¹⁶ ΠολΠρωτΑθ 9456/1995 ΕεμπΔ 1996 σ. 620-624 με παρατηρήσεις Χ. Σαουνάτσου, σχετικά βλ. Δ. Καλλινίκου, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα, σελ. 57 και 58.

επιτρέπεται, εάν δεν υπάρχει αντίθετη συμφωνία, η χωρίς την άδεια του δημιουργού και πληρωμή αμοιβής αναπαραγωγή και οποιαδήποτε άλλη μετατροπή του προγράμματος Η/Υ όταν οι πράξεις αυτές είναι αναγκαίες για την κατά προορισμό χρησιμοποίηση του προγράμματος, συμπεριλαμβανομένης και της διόρθωσης σφαλμάτων ¹⁷. Επίσης ο νόμιμος χρήστης δεν μπορεί να εμποδιστεί συμβατικά να παράγει χωρίς την άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, ένα εφεδρικό αντίγραφο του προγράμματος στο μέτρο που αυτό είναι απαραίτητο (42 παρ. 3), όπως επίσης και «η παρακολούθηση, η μελέτη ή η δοκιμή της λειτουργίας του προγράμματος προκειμένου να εντοπισθούν οι ιδέες και αρχές που αποτελούν τη βάση οποιουδήποτε στοιχείου του προγράμματος, εάν οι ενέργειες αυτές γίνονται κατά τη διάρκεια πράξης που αποτελεί νόμιμη χρήση του προγράμματος (42 παρ. 4).

Αποσυμπίληση (decompilation) ή reverse engineering ή αντίστροφη μεταγλώττιση είναι η ανάλυση του προγράμματος από τη μορφή του κώδικα μηχανής στον πηγαίο κώδικα, προκειμένου οι γνώσεις που θα αποκτηθούν από τον αναλύσαντα να τον ωφελήσουν.

Το reverse engineering μόνο εν μέρει, δηλαδή μόνο για συγκεκριμένους σκοπούς επιτρέπεται στο νόμιμο χρήστη αντιγράφου προγράμματος χωρίς άδεια και χωρίς πληρωμή αμοιβής. Επιτρέπονται δηλαδή οι πράξεις του άρθρου 42 παρ. 1 και 2 εφόσον είναι απαραίτητες προκειμένου να αποκτηθούν οι όχι ευκόλως και ταχέως προσιτές στο χρήστη, αναγκαίες πληροφορίες για τη διαλειτουργικότητα του προγράμματος με άλλα προγράμματα και (σωρευτικά δηλ.) εφόσον οι πράξεις περιορίζονται στα μέρη του αρχικού μόνο προγράμματος, που είναι απαραίτητα για τη διαλειτουργικότητα αυτή.

Απαγορεύεται όμως αυτές οι πληροφορίες να χρησιμοποιηθούν για άλλους σκοπούς, ν' ανακοινωθούν σε άλλα πρόσωπα (εκτός αν αυτό είναι αναγκαίο για τον άνω σκοπό της διαλειτουργικότητας), να χρησιμοποιηθούν για τη δημιουργία ή την επεξεργασία ουσιωδώς ομοίου προγράμματος ή για να προσβάλει την πνευματική ιδιοκτησία του δημιουργού.

¹⁷ η παρ. 2 του ίδιου άρθρου ορίζει όμως ότι «δεν εμπίπτει στον περιορισμό της προηγούμενης παραγράφου και χρειάζεται άδεια του δημιουργού η αναπαραγωγή που είναι αναγκαία για τη φόρτωση, την εμφάνιση στην οθόνη, την εκτέλεση, τη μεταβίβαση ή την αποθήκευση του προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή.»

Η προστασία των προγραμμάτων Η/Υ διαρκεί όλη τη ζωή του δικαιούχου και εβδομήντα χρόνια μετά το θάνατό του (άρθρο 8 παρ 8 ν. 2557/1997, άρθρο 11 παρ. 1 οδηγίας 93/98).

Η προσβολή του περιεχομένου του δικαιώματος της πνευματικής ιδιοκτησίας¹⁸ και των εξουσιών του δημιουργού ή των συγγενικών δικαιωμάτων του ν. επιφέρει σωρεία κυρώσεων.

Εμείς στην παρούσα θα ασχοληθούμε με τις αστικής φύσεως κυρώσεις¹⁹ που προβλέπει το άρθρο 65 ν. 2121.1993, οι οποίες βέβαια θα μπορούσαν να συναχθούν και από τις γενικές διατάξεις του ΑΚ (άρθρα 59, 60, 914, 932, 904, 739 ΑΚ).

Συνεπώς ο δημιουργός ή ο δικαιούχος του συγγενικού δικαιώματος²⁰ έχει την αξίωση αναγνώρισεως του δικαιώματός του και άρσης προσβολής και παραλείψεως για το μέλλον (παρ. 1). Επίσης έχει αξίωση αποζημίωσης και ικανοποίησης της ηθικής βλάβης έναντι εκείνου που προσέβαλε το δικαίωμά του υπαιτίως (παρ. 2). Τέλος έχει αξίωση απόδοσης αδικαιολόγητου πλουτισμού και αξίωση για απόδοση του κέρδους (μη γνήσια διοίκηση αλλοτρίων), η ρύθμιση αυτή είναι ευνοϊκότερη για τους δικαιούχους γιατί δεν απαιτείται υπαιτιότητα του υποχρέου (παρ 3.).

Η παράβαση από τον αντισυμβαλλόμενο των υποχρεώσεων που πηγάζουν από σύμβαση δεν αποτελεί προσβολή της πνευματικής ιδιοκτησίας ή του συγγενικού δικαιώματος²¹, αλλά ρυθμίζεται αμιγώς από το ενοχικό δίκαιο²² (υπαναχώρηση, 382-387, 389 ΑΚ)^{23 24}

¹⁸ Βλ. ορισμό Γ. Κουμάντου, Πνευματική Ιδιοκτησία, Πέμπτη Έκδοση, Αθήνα Κομοτηνή, 1991 σ. 387

¹⁹ Το αντίθετο, δηλαδή η εξέταση των προληπτικών τεχνολογικών (59, 60, 61 και 62 ν. 2121/93) και διοικητικής φύσεως (63 ν.2121/93) μέτρων, η εξέταση της ρυθμίσεως της νομοθεσίας για τα ΜΜΕ (1 παρ 24, 4 παρ.1 ν. 2328/1995 και 17 ν. 2664/1998), των τελωνειακών μέτρων, μέτρων δικαστικής φύσεως (63, 64 ν. 2121/93) των ποινικών κυρώσεων (66 ν. 2121/93), θα υπερέβαινε το σκοπό της παρούσας μελέτης.

²⁰ Δικαιούχοι συγγενικών δικαιωμάτων είναι τα πρόσωπα που αναφέρονται στα άρθρα 46επ ν. 2121/1993, δηλ. οι ερμηνευτές ή εκτελεστές καλλιτέχνες, οι παραγωγοί υλ. φορέων, οι ραδιοτηλεοπτικοί οργανισμοί κ.α.

²¹ ΠολΠρωτΑθ 3318/1998 ΔΕΕ 1999 σ. 403-405.

²² «Μοναδική παράβαση συμβατικής υποχρέωσης η οποία αποτελεί προσβολή της πνευματικής ιδιοκτησίας αποτελεί η ρύθμιση του άρθρου 3 παρ. 1 στοιχ. Δ ν. 2121/93 που αναφέρεται στην «επιβολή περιοριστικών όρων στη μεταβίβαση, την εκμίσθωση ή το δημόσιο δανεισμό, ιδίως σε ό,τι αφορά τη χρήση των αντιτύπων». Δ. Καλλινίκου, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα σελ. 240

²³ για το ζήτημα της προστασίας του λογισμικού σύμφωνα με πνευματική ιδιοκτησία βλ. και Πράσινο βιβλίο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 27ης Ιουλίου 1995 σχετικά με τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας και τα συγγενικά δικαιώματα στην κοινωνία των πληροφοριών
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/el/lvb/l24152.htm>

²⁴ βλ και Οδηγία 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2001 σχετικά με την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων

3.3 ΦΥΣΗ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ ΩΣ ΕΥΡΕΣΙΤΕΧΝΙΑ

Η κρατούσα γνώμη κρατά αρνητική στάση στη δυνατότητα υπαγωγής του λογισμικού στις διατάξεις για την ευρεσιτεχνία. Ως επιχειρήματα επικαλείται την έλλειψη της εφευρετικής υφής και άλματος²⁵ στο πρόγραμμα software και κυρίως το αρνητικό πλάσμα δικαίου του άρθρου 5 παρ. 2γ ν. 1733/1987, κατά το οποίο δεν θεωρούνται ως εφευρέσεις τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών ²⁶.

Η αντίθετη και πιο ορθή κατά την άποψή μας γνώμη²⁷ προβαίνει στη διάκριση τεχνικών προγραμμάτων που είναι εφικτό να προστατευθούν ως ευρεσιτεχνίες και σε μη τεχνικά προγράμματα (π.χ. παιχνίδια, προγράμματα απλής διαχείρισης δεδομένων κτλ) που αποκλείονται από την εν λόγω προστασία. Η άποψη αυτή στηρίζεται στο γεγονός ότι στην ουσία τους τα προγράμματα ηλεκτρονικού υπολογιστή είναι κατεξοχήν τεχνικοί κανόνες, πράγμα το οποίο φαίνεται να παραβλέπει η άποψη που υποστηρίζει τη δυνατότητα προστασία τους μόνο κατά τις διατάξεις της πνευματικής ιδιοκτησίας.

Ωστόσο αποκλείει την αδιάκριτη υπαγωγή όλων των προγραμμάτων η/υ στην έννοια της ευρεσιτεχνίας και υποστηρίζει ότι οι εφευρέσεις είναι ή πρέπει να είναι αμιγώς τεχνικοί κανόνες και όχι απλές οδηγίες προς το ανθρώπινο πνεύμα, οι οποίες καταρχήν αποτελούν ένα πρόγραμμα η/υ²⁸. Μια ενδεχόμενη άκριτη διεύρυνση της έννοιας της τεχνικής, που αποτελεί και τη βάση του δικαίου της ευρεσιτεχνίας, και άρα και της εφεύρεσης, προκειμένου να υπάγουμε και όλα τα λογισμικά σε αυτή, θα οδηγείτο εν τέλει στο σημείο να συμπεριλάβει όλα τα

στην Κοινωνία των πληροφοριών, η οποία θίγει τρεις βασικούς τομείς: το δικαίωμα αναπαραγωγής, το δικαίωμα παρουσίας στο κοινό και το δικαίωμα διανομής, Επίσημη Εφημερίδα L 167, 22.06.2001, πηγή <http://europa.eu.int/scadplus/leg/el/lvb/l26053.htm>

²⁵ η εφευρετική υφή είναι μια αμιγώς τεχνική έννοια και εκ τούτου διαφέρει από την πρωτοτυπία που απαιτεί ο ν. 2121/1993

²⁶ Η διάταξη του ελληνικού κειμένου είναι αντιγραφή του άρθρου 52 παρ. 2 c) 3) της Ευρωπαϊκής Σύμβασης του Μονάχου για το Ευρωπαϊκό Δίπλωμα Ευρεσιτεχνίας. Παρόλο που δεν περιέχει τον περιορισμό της άνω σύμβασης που αποκλείει την προστασία των προγραμμάτων Η/Υ αυτών καθεαυτών, ωστόσο ιστορική ερμηνεία της οδηγούν στην αποδοχή του περιορισμού αυτού. Μαρίνος, Λογισμικό, νομική προστασία και συμβάσεις, σελ. 38

²⁷ Ανάμεσα στους πρωτοπόρους αυτής ο Κ.Χριστοδούλου, βλ Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος, Η νομική φύση του software: πνευματική ιδιοκτησία ή ευρεσιτεχνία, ο.π.

άϋλα δημιουργήματα του ανθρωπίνου πνεύματος και έτσι θα καταστρατηγούσε την αρχή του κλειστού αριθμού των άϋλων αγαθών ως απόλυτων και αποκλειστικών δικαιωμάτων. Με αυτό τον τρόπο θα εξαρθωνόταν η κλασσική έννοια της εφεύρεσης, με αποτέλεσμα τη μονοπώληση όλων των οδηγιών προς το ανθρώπινο πνεύμα και την υπαγωγή τους στην έννοια της ευρεσιτεχνίας επιδρώντας αρνητικά στην οικονομική ελευθερία ²⁹.

Έτσι ένα πρόγραμμα η/υ προκειμένου να υπαχθεί στην έννοια της ευρεσιτεχνίας πρέπει να είναι τεχνικό πρόγραμμα, να έχει τεχνικό χαρακτήρα, δηλαδή στην ουσία δεν θα είναι αυτό καθ' εαυτό εφεύρεση, αλλά θα αποτελεί απλά ένα τμήμα διαδικασίας στον τομέα φυσικής ή χημείας, τον οποίο και θα υποβοηθά πχ. διαδικασία παρασκευής ουσιών. Βέβαια εκτός από τον τεχνικό χαρακτήρα που είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την υπαγωγή στην έννοια της ευρεσιτεχνίας, πρέπει επίσης να είναι συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις (νέο, εφευρετική δραστηριότητα, βιομηχανική εφαρμογή).

3.4 ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΑ: ΑΡΩΓΗ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ – ΕΥΡΕΣΙΤΕΧΝΙΑΣ ΣΤΟ ΚΑΤΑ ΠΟΣΟ ΥΠΑΡΧΕΙ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟ ΕΛΑΤΤΩΜΑ ΣΤΟ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟ

Ένα πρόγραμμα είναι εφικτό να φέρει χαρακτηριστικά τόσο πνευματικής ιδιοκτησίας όσο και ευρεσιτεχνίας ³⁰ αφού στην πραγματικότητα τα στοιχεία που μπορεί να συναπαρτίσουν το κάθε πρόγραμμα διακρίνονται σε δύο κατηγορίες:

α) στα στοιχεία που συναπαρτίζουν αμιγώς το διανοητικό δημιούργημα, την ιδέα, τη σύλληψη ενός προγράμματος που παρουσιάζεται εξωτερικεύεται με το συγκεκριμένο πρόγραμμα όπως η εξωτερικεύση γίνεται με τα στοιχεία που ανήκουν στην επόμενη κατηγορία

β) και στα στοιχεία που αποτελούν τους τεχνικούς κανόνες και οδηγίες διαμέσου των οποίων παρουσιάζεται το συγκεκριμένο διανοητικό δημιούργημα.

²⁸ Για την έννοια των οδηγιών προς το ανθρώπινο πνεύμα, Μαρίνος ΝοΒ 34 (1986), 159 επ

²⁹ Μ.Θ.Μαρίνος Λογισμικό Νομική προστασία και Συμβάσεις, σελ 38

³⁰ Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος Ν., Η νομική φύση του δικαιώματος πάνω στο software: αποκλειστικά πνευματική ιδιοκτησία ή και ευρεσιτεχνία;, Κριτ.Επιθ. 1999, σελ 73 επ.

Οι τεχνικοί κανόνες είναι στοιχείο απαραίτητο για τη δημιουργία κάθε μορφής προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή είτε αυτό προστατεύεται ως ευρεσιτεχνία είτε ως πνευματική ιδιοκτησία είτε όχι. Εδώ θα εξετάζεται κατά πόσο υφίσταται το απαιτούμενο νέο εφευρετικό άλμα, ώστε να είναι εφικτή η υπαγωγή του στις διατάξεις του ν. 1733/1987 περί ευρεσιτεχνίας ή αν υφίσταται το απαιτούμενο δημιουργικό του ύψος και η στατιστική μοναδικότητα, του έργου ως μορφή προκειμένου να είναι εφικτή η υπαγωγή του στις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας του ν. 2121/1993. Βέβαια δεν αποκλείεται να προστατεύεται το έργο και ως πνευματικό έργο και ως ευρεσιτεχνία αν λόγω της διπλής πνευματικής και τεχνικής φύσης του πληρεί τις προϋποθέσεις, πράγμα που εξάλλου δεν αποκλείεται από τις νομοθετικές διατάξεις (άρθρο 45 ν. 2121/1993 ³¹). Όπως επίσης δεν αποκλείεται να μένει απροστάτευτο από τις εν λόγω διατάξεις όταν εκλείπουν οι κατάλληλες προϋποθέσεις.

Κατά τον Κων. Χριστοδούλου ³² οι κατηγορίες αυτές σφαλμάτων μας διευκολύνουν στον προσδιορισμό του κατά πόσο έχουμε πραγματικό ελάττωμα ή όχι αναλόγως του σε ποια από τις δύο κατηγορίες ανήκει το σφάλμα:

Έτσι τα σφάλματα που ανήκουν στην πρώτη κατηγορία και αφορούν την ιδέα του software ως *πνευματικό δημιούργημα* δεν συνιστούν πραγματικά ελαττώματά του ούτε και επιφέρουν ευθύνη του διαθέτη του. Και αυτό γιατί η πνευματική ιδιοκτησία αποτελεί δικαίωμα μόνο στη μορφή του πνευματικού έργου. Ενώ περαιτέρω οι ιδέες δεν προστατεύονται ως πνευματικά δημιουργήματα (βλ άρθρο 2 παρ. 1 και παρ. 3 εδ. Γ ν. 2121/93) Οι ιδέες που περιέχονται σ' αυτό –ορθές ή λαθεμένες– δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο νομικής προστασίας και κατά συνέπεια ούτε και ο διάδοχος πνευματικός ιδιοκτήτης μπορεί να κατοχυρωθεί νομικά και ν' αποκτήσει αξιώσεις από τη σύμβαση για μεταβίβαση του software σε περίπτωση που αυτές

³¹ άρθρο 45 ν. 2121/93 ορίζει ότι «1. οι διατάξεις του παρόντος κεφαλαίου δεν θίγουν άλλες νομικές διατάξεις, που αφορούν ιδίως τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας, τα σήματα, τον αθέμιτο ανταγωνισμό, το εμπορικό απόρρητο, την προστασία ημιαγωγών προϊόντων ή το δίκαιο των συμβάσεων 2. συμφωνίες αντίθετες προς τις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 42 και προς το άρθρο 43 είναι άκυρες».

³² Βλ. Χριστοδούλου Κ. ο.π.

αποδειχθούν εσφαλμένες. Μόνο όταν επηρεάζεται η μορφή του εξαιτίας ενός σφάλματος τότε αυτό θεωρείται ελάττωμα.

Αντίθετα, σφάλματα στο τεχνικό κομμάτι εκείνο του software που συνιστά την εξωτερίκευσή του με μορφή είτε *εφεύρεσης* ή *μορφής προστατευόμενης από πνευματική ιδιοκτησία* συνιστούν πραγματικά ελαττώματά του, μια και η επίτευξη του σκοπούμενου αποτελέσματος και η μορφή του πνευματικά προστατευόμενου έργου η οποία στο λογισμικό και αυτή αποσκοπεί σε ένα επιθυμητό αποτέλεσμα είναι στοιχεία ορισμού για κάθε ευρεσιτεχνία και πνευματική ιδιοκτησία αντίστοιχα. Έτσι ο μεταβιβάζων το δικαίωμα στο πρόγραμμα θα ευθύνεται γι' αυτά τα ελαττώματα.

Αυτές οι παρατηρήσεις αποτελούν την πρώτη επισκόπηση ενός τέτοιου θέματος. Σίγουρα μέσω της ερμηνείας της υποσχετικής σύμβασης για μεταβίβαση λογισμικού θα καταλήγαμε στο ίδιο συμπέρασμα καθώς σε κάθε περίπτωση οι συμβαλλόμενοι θεωρούν το οφειλόμενο πρόγραμμα όχι ως απλή άμορφη ιδέα, αλλά ως μέσο για την πραγματοποίηση ενός τεχνικού σκοπού. Το αν αυτή θα αποτελεί συνομολογημένη ιδιότητα ή όχι είναι ζήτημα που το εξετάζουμε *in concreto* σε κάθε περίπτωση: εξαρτάται από την ένταση της βούλησης των μερών στην εκάστοτε συγκεκριμένη πώληση (ή μίσθωση) αλλά και τη δυνατότητα ή μη απαλλαγής του μεταβιβάζοντος από την ευθύνη του ενόψει του άρθρου 5 παρ. 5 ν. 2251/94.

Πράγματι, αν υποτεθεί ότι, εξαιτίας του συγκεκριμένου σφάλματος, το δικαίωμα στο software –ελλείπει ειδικής ρητής ή σιωπηρής ρύθμισης από τα μέρη- δεν θα θεωρείτο ως ελαττωματικό από τη φύση του (ως πνευματικής ιδιοκτησίας ή ευρεσιτεχνίας) τότε τα μέρη δεν θα εμποδίζονταν από τα άρθρα 5 παρ. 5 και 2 παρ. 7θ ν. 2251/94 να προβλέψουν την απαλλαγή του μεταβιβάζοντος την πνευματική ιδιοκτησία ή την ευρεσιτεχνία από τη σχετική ευθύνη του. Επίσης στην περίπτωση αυτή, το βάρος της απόδειξης (ή της ερμηνείας) της αντίθετης βούλησης των μερών θα το έφερε ο αγοραστής.

4. ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΚΗ ΠΑΡΟΧΗ/ΕΙΔΗ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4.1. ΓΕΝΙΚΑ

Η πληροφοριακή παροχή, εν προκειμένω η χρήση, παραχώρηση ή διάθεση του software, μπορεί να αφορά είτε την προμήθεια του βασικού λειτουργικού συστήματος το οποίο απαντάται σε κάθε ηλεκτρονικό υπολογιστή και που συνήθως συνοδεύει την προμήθεια ενός νέου η/υ είτε την προμήθεια ενός λογισμικού τυποποιημένου, του οποίου γίνεται μαζική παραγωγή προκειμένου να διατεθεί σε μία μάζα χρηστών, είτε την προμήθεια ενός λογισμικού ατομικού, που έχει γίνει κατά παραγγελία ενός χρήστη, προκειμένου να πληρεί τις ανάγκες ενός συγκεκριμένου χρήστη.

Ειδικότερα:

Τυποποιημένο λογισμικό (off-the-shelf software, massmarketed, standard) ³³ είναι αυτό που έχει παραχθεί λαμβάνοντας υπόψη τις ανάγκες του μέσου χρήστη και κυκλοφορεί μαζικά στην αγορά, χωρίς ο αποκτών να έχει λάβει προσωπικά μέρος στο σχεδιασμό και την εξειδίκευση του προγράμματος. Παραδείγματα τυποποιημένων λογισμικών είναι το UNIX, Microsoft Windows, MS-DOS κ.α. Χωρίς να αυτό να σημαίνει ότι δεν μπορεί το τυποποιημένο λογισμικό να αναφέρεται σε συγκεκριμένη κατηγορία χρηστών.

Ατομικό λογισμικό (υπεσχημένο- customarised, tailor made, bespoke software) είναι αυτό που έχει παραχθεί από τον προμηθευτή κατόπιν συγκεκριμένης, ειδικής παραγγελίας από το χρήστη για να καλύψει συγκεκριμένες ανάγκες του.

Την κύρια αυτή παροχή λογισμικού συνοδεύουν και άλλες παροχές όπως η παροχή συμβουλών, εγκατάσταση του προγράμματος καθώς και δοκιμαστικός έλεγχος αυτού, εκπαίδευση του προσωπικού, συντήρηση του hardware και του software, ενημέρωση και βελτίωση του λογισμικού.

Ευνόητο είναι ότι υπάρχουν πολλές μορφές συμβάσεων των οποίων κύρια παροχή είναι το λογισμικό, έτσι έχουμε τις πληροφορικές συμβάσεις παραχώρησης λογισμικού (software licence agreements), συμβάσεις εκπόνησης λογισμικού από εργαζόμενους στην επιχείρηση που παράγει το

³³ Software Licensing, 2nd Edition, BAINBRIDGE; σελ. 176επ.

λογισμικό, συμβάσεις εκπόνησης λογισμικού από τρίτους, που δεν έχουν σχέση εργασίας προς την παραγωγό επιχείρηση (software development agreement), συμβάσεις συντήρησης και υποστήριξης λογισμικού (maintenance contracts)³⁴. Στην πραγματικότητα πιο συχνοί στην πράξη είναι οι μικτοί τύποι, και ο προμηθευτής/παραγωγός εκπληρώνει την παροχή του είτε με μία σύμβαση πλαίσιο, είτε με ξεχωριστές συμβάσεις.

Συνήθως απαντώνται οι εξής όροι: σύμβαση παραχώρησης ή άδεια εκμετάλλευσης (licence) ή χρήσης λογισμικού (user´s agreement) και αφενός προμηθευτής, παραχωρών, δημιουργός και αφετέρου χρήστης ή πελάτης. Οι νομικοί όροι πωλητής, εκμισθωτής, εργολάβος, αγοραστής, μισθωτής, εργοδότης σπάνια χρησιμοποιούνται, Schluerp, Die Verträge im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung Innominatverträge (Anhang), Basel/Stuttgart 1979.

Μέχρι στιγμής στα πλαίσια της συμβατικής ελευθερίας του 361ΑΚ οι συναλλαγές δεν έχουν οδηγήσει σε ένα νέο τύπο γι αυτές τις πληροφοριακές συμβάσεις χρήσης λογισμικού. Σε κάθε περίπτωση γίνεται προσπάθεια η διάθεση ή παραχώρηση λογισμικού να αντιμετωπιστεί σύμφωνα με τους συμβατικούς ενοχικούς τύπους του ΑΚ ή και σε συνδυασμό αυτών. Κάτι τέτοιο όμως πολλές φορές δεν φαίνεται να αρκεί μια και η χάραξη των ορίων της συμβατικής ελευθερίας των μερών και η εφαρμογή των καταλλήλων διατάξεων δεν είναι πάντοτε ευδιάκριτη. Η αλματώδης εξέλιξη του λογισμικού και η έλλειψη νομικής παγιοποίησης οδηγούν εν προκειμένω ουκ ολίγες φορές σε νομική ανασφάλεια.

4.2 ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΑ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ

Για να κατανοηθεί καλύτερα η ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού σκόπιμο είναι να δούμε τα συμφέροντα που έχουν οι συμβαλλόμενοι με τη σύναψη μίας σύμβασης.

Ο προμηθευτής επιδιώκει την ανταμοιβή για όλα όσα δαπάνησε σε χρήμα, γνώσεις, κόπο, εμπειρία, τεχνογνωσία προκειμένου να πετύχει ένα

³⁴ Μαρίνος, ο.π., σελ 92 επ., Rinkel Δυνατότητες προστασίας του λογισμικού μέσω συμβολαίων σε ΕΛΚΕΠΑ,

αποτελεσματικό και εύχρηστο πρόγραμμα λογισμικού, προσπαθώντας ταυτόχρονα να διατηρήσει μυστικό τον πηγαίο κώδικα και τον αλγόριθμο του προγράμματος, το οποίο έχει συμφέρον να προστατέψει και κατά τις διατάξεις της πνευματικής ιδιοκτησίας, εφόσον αυτό προστατεύεται από αυτές. Προσδοκά τη σύναψη συμβάσεων μακράς διάρκειας προς προσπορισμό περιοδικών κερδών. Επιθυμεί επίσης να εμποδίσει τη χωρίς αντίτιμο χρήση του από τρίτους με τον περιορισμό των αντιγραφών του και τη δέσμευση της κινητικότητάς του. Συμφέροντα που έρχονται σε αντίθεση με αυτά του ιδιώτη χρήστη, με ορισμένες εξαιρέσεις όπως αυτή της μυστικότητας ιδίως όταν πρόκειται για προγράμματα προσαρμοσμένα στις ανάγκες του χρήστη.

Εδώ ας σημειωθεί ότι ο μέσος χρήστης λογισμικού βρίσκεται κατά κανόνα σε μειονεκτική θέση έναντι του αντισυμβαλλομένου του παραγωγού/προμηθευτή λόγω έλλειψης ειδικών γνώσεων (software knowledge gap ³⁵) και μη μπορώντας έτσι να ελέγξει τις τεχνικές λεπτομέρειες. Συνήθως είναι και ο οικονομικά ασθενέστερος στην εκάστοτε σύμβαση και πέφτει θύμα του οικονομικά ρωμαλέστερου προμηθευτή, ο οποίος τον δεσμεύει με ΓΟΣ μετακυλιόμενου έτσι του κινδύνου στον ασθενέστερο χρήστη.

4.3 ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ

Στις πληροφορικές συμβάσεις software πρέπει να διακρίνουμε την εμπράγματη σύμβαση από την ενοχική σύμβαση

4.3.1 Εκποιητική σύμβαση

Το πρόγραμμα Η/Υ αποτελεί ένα αυθύπαρκτο οικονομικό αγαθό ανεξάρτητο από την ενσωμάτωσή του σε υλικό φορέα (δισκέτας, cd-ROM, cd-I). Σε αυτό συνηγορεί το γεγονός ότι σήμερα είναι δυνατή η μεταβίβαση του λογισμικού προγράμματος και on-line μέσω διαδικτύου.

Νομική προστασία του λογισμικού υπολογιστών, Αθήνα 1987 47επ.

³⁵ Hagen CMLJ 1985,156, Tapper, Computer Law, 3rd Ed, London 1983, 68, Gemignani, Computer Law, Rochester N.Y, 1985, 76 επ. Brandon/Segelstein Data-Processing Contracts: Structure, Contents and Negotiations, 2nd Edition 1984 8επ., 41 επ, 52/53

Ωστόσο από νομική σκοπιά πρέπει να δεχτούμε κατά τη γνώμη μου ότι το λογισμικό ανεπιφύλακτα εμπίπτει στην έννοια του πράγματος του 947 παρ.2 ΑΚ ως ενέργεια που υπόκειται σε εξουσίαση, όταν περιορίζεται σε ορισμένο χώρο, και πράγματι το λογισμικό είτε θα περιορίζεται σε μία δισκέτα, cd-Rom κ.ο.κ είτε στο τμήμα του σκληρού δίσκου του η/υ, δηλαδή ο περιορισμός του και η εξουσίασή του κατά τη γνώμη μας είναι αναπόφευκτη. Στην άποψη αυτή συνηγορεί και το γεγονός ότι πολλές φορές για να εκτελεστεί το πρόγραμμα απαιτείται και υποστήριξη περαιτέρω υλικού φορέα. Η ερμηνεία άλλωστε αυτή ανταποκρίνεται καλύτερα και στην οικονομική λειτουργία που επιτελεί το λογισμικό ως ένα κατεξοχήν πλέον συναλλακτικό αγαθό.

Εξάλλου με τη θεώρηση του software ως πράγματος και την υπαγωγή του στις αντίστοιχες διατάξεις ούτε το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας του δημιουργού του τίθεται πλέον σε κίνδυνο μια και το άρθρο 17 του ν. 2121/1993 ορίζει ρητά ότι «η μεταβίβαση κυριότητας του υλικού φορέα, όπου έχει ενσωματωθεί το έργο, σε πρωτότυπο ή αντίγραφο ή αντίτυπο, δεν επιφέρει μεταβίβαση του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας³⁶ και δεν παρέχει στο νέο κτήτορα εξουσίες εκμετάλλευσης του έργου, εκτός αν εγγράφως έχει συμφωνηθεί το αντίθετο ήδη με τον αρχικό δικαιούχο του περιουσιακού δικαιώματος. Έτσι ο αγοραστής ενός γλυπτού του Rodin ή στην περίπτωσή μας ενός προγράμματος ζωγραφικής, γίνεται κύριος μεν του υλικού φορέα, αλλά δεν αποκτά καμμία από τις εξουσίες του περιουσιακού δικαιώματος και δεν μπορεί να προβεί σε εκμετάλλευση του έργου³⁷. Έτσι γίνεται αντιληπτό ότι η μεταβίβαση του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας διέπεται πλέον από τις διατάξεις του ν. 2121/1993. Το ηθικό δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας³⁸ είναι αμεταβίβαστο μεταξύ ζώντων (άρθρο 12) και μετά το θάνατο του δημιουργού περιέρχεται στους κληρονόμους του, που οφείλουν να το ασκούν με τη ρητή θέληση του δημιουργού. Το περιουσιακό δικαίωμα μπορεί να μεταβιβαστεί³⁹ μεταξύ ζώντων ή αιτία θανάτου, η οποία μεταβίβαση θα έχει

³⁶ ΜονΠρωτΑθ 11923/1998 ΝοΒ 1998 σ. 1474-1483

³⁷ βλ. ΕισΕκθ ν. 2121/1993

³⁸ Ας υπενθυμίσουμε ότι το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας *απαρτίζεται* από δύο επιμέρους δικαιώματα: το ηθικό και το περιουσιακό

³⁹ Ο ν. 2121/1993 δεν επιλύει ρητά το πρόβλημα που υπήρχε και στο παλαιό δίκαιο, αν η μεταβίβαση του περιουσιακού δικαιώματος θα γίνει σύμφωνα με τις διατάξεις για εκχώρηση (470επΑΚ) ή με τις διατάξεις για μεταβίβαση της κυριότητας κινητών (1034επ.ΑΚ), όπου βέβαια πρέπει να μείνουν οπωσδήποτε ανεφάρμοστες

ανατιωδη χαρακτηρα. Ο δημιουργός του έργου μπορεί επίσης να καταρτίζει συμβάσεις και άδειες εκμετάλλευσης (άρθρο 13) Ως τύπος όλων αυτών των δικαιοπραξιών ορίζεται ο έγγραφος, με σχετική ακυρότητα υπέρ του πνευματικού δημιουργού (άρθρο 14).

Ως προς την υπαγωγή του λογισμικού στην έννοια του πράγματος έχουν διατυπωθεί από μερικούς αντιρρήσεις εξαιτίας της κατεχοχών άυλης φύσης του⁴⁰, τις οποίες όμως δε θεωρούμε ορθές ούτε ανταποκρινόμενες στη σύγχρονη πραγματικότητα.

Έτσι πρέπει να δεχτούμε ότι το λογισμικό μπορεί να γίνει αντικείμενο σύμβασης, ενοχικής ή εμπράγματης. Η μεταβίβαση της χρήσης του οποίου, ενσωματωμένη στον εκάστοτε πληροφοριακό φορέα θα γίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις 1034επ.ΑΚ σε συνδυασμό με τις 974επΑΚ.

4.3.2 Ενοχική σύμβαση

Η εύρεση των εφαρμοστέων διατάξεων σε κάθε περίπτωση πρέπει να γίνει με ενιαία κριτήρια αδιακρίτως του αν το πρόγραμμα προστατεύεται από την πνευματική ιδιοκτησία ή όχι ⁴¹.

Παρακάτω θα αναλύσουμε τόσο την ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού τυποποιημένου και ατομικού που απορρέει από τη σύμβαση, όσο και τις υποχρεώσεις προστατευτικές διατάξεις του π.δ. 131/2003.

5. ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΤΥΠΟΠΟΙΗΜΕΝΟΥ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ
--

οι διατάξεις των άρθρων 1036ΑΚ για την καλόπιστη κτήση και 1041ΑΚ για τη χρησικτησία. Βλ. Θ. Λιακόπουλο Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου ΙΙΙ, Οπτικοακουστικό έργο και πρωτότυπη κτήση στην πνευματική ιδιοκτησία, σ. 57-58, Ι. Πιτσιρίκο, Η δυνατότητα κλόπιστης κτήσεως δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας, ΚριτΕπ 2/1998, σ. 171επ., ΠολΠρωτΑθ 9188/1995,

⁴⁰ βλ. Βασίλη Σ. Καραγιάννη, Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού, σελ 26

⁴¹ Το αντίθετο θα ήταν εξαιρετικά επαχθές και χρονοβόρο και τροχοπέδη για την ομαλή εξέλιξη μιας δίκης αναφορικά με ένα πρόγραμμα η/υ. Εξάλλου δεν υφίσταται κανένας ειδικός λόγος που να δικαιολογεί

5.1 ΕΝΔΟΣΥΜΒΑΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

Εδώ πρέπει να διακρίνουμε με βάση του αν πρόκειται για οριστική μεταβίβαση ή παραχώρηση της χρήσεως του λογισμικού οπότε και θα έχουμε ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων για την πώληση 513επ. ΑΚ (sale of goods) ⁴² ή αν πρόκειται για προσωρινή οπότε και θα εφαρμόζονται τα άρθρα για τη μίσθωση πράγματος 574επ ΑΚ.

5.1.1 Ευθύνη προμηθευτή software για οριστική μεταβίβαση λογισμικού

Οι διατάξεις του νέου δικαίου της πώλησης ⁴³ εφαρμόζονται αναμφίβολα και για τις συμβάσεις προμήθειας λογισμικού, όταν αυτή συνίσταται στην οριστική μεταβίβαση αυτού στον αγοραστή, που επισυνάπτονται και εκτός (off-line) αλλά και εντός (on-line) διαδικτύου, εφόσον εφαρμοστέο δίκαιο είναι το ελληνικό⁴⁴.

Έτσι ο προμηθευτής λογισμικού, που δραστηριοποιείται εκτός ή δια του διαδικτύου, έχει την πρωτογενή υποχρέωση να παραδώσει το πράγμα με τις συνομολογημένες ιδιότητες και χωρίς πραγματικά ελαττώματα (534ΑΚ βλ. παρακάτω 5.1.1.1) και να μεταβιβάσει το λογισμικό ελεύθερο από κάθε δικαίωμα τρίτου (νομικό ελάττωμα, ΑΚ 514, βλ. παρακάτω 5.1.1.2)

Ίσως το γεγονός της ύπαρξης νομικών ελαττωμάτων πάνω στο λογισμικό, δηλαδή της ύπαρξης δικαιωμάτων τρίτων πάνω σ' αυτό, να ξενίζει εκ πρώτης όψεως. Ωστόσο θεωρούμε ότι κάτι τέτοιο είναι εφικτό, και άρα πρέπει να το

διαφοροποίηση στη μεταχείριση των προγραμμάτων με κριτήριο αν αυτά προστατεύονται από την πνευματική ιδιοκτησία ή την ευρεσιτεχνία ή όχι.

⁴² Υπάρχει βέβαια και η θεωρία που κείται φιλικά προς το δημιουργό, η οποία και προτείνει τη διάκριση τριών διαφορετικών συμβάσεων στην αλυσίδα παροχής του: τη σύμβαση μεταξύ παρόχου-διανομέα και παραγωγού, η οποία είναι σύμβαση πώλησης, τη σύμβαση μεταξύ παρόχου-διανομέα και του τελικού καταναλωτή, η οποία είναι σύμβαση πώλησης και η σύμβαση μεταξύ του τελικού καταναλωτή και του παραγωγού, η οποία είναι σύμβαση εκχώρησης αδείας χρήσεως (license agreement- user's agreement)

⁴³ οι οποίες τροποποιήθηκαν προσφάτως με το ν. 3043/2002 με τον οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 1999/44/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 25^{ης} Μαΐου 1999 σχετικά με ορισμένες πτυχές της πώλησης και των εγγυήσεων καταναλωτικών αγαθών.

θίζουμε, άλλο αν στην πράξη δεν συναντάται πολύ συχνά. Ένα παράδειγμα θα ήταν η μεταβίβαση ενός τυποποιημένου λογισμικού, η χρήση του οποίου έχει ήδη παραχωρηθεί σε κάποιον προσωρινά και που κυκλοφορεί σε λίγα αντίτυπα. Στην περίπτωση αυτή θα είχαμε μεταβίβαση ενός λογισμικού με νομικό ελάττωμα και άρα θα συνομολογείται ευθύνη του προμηθευτή του.

Περαιτέρω ο προμηθευτής εξακολουθεί να βαρύνεται και με όλες τις λοιπές υποχρεώσεις, όπως αυτές περιγράφονται στο γενικό δίκαιο της πώλησης των άρθρων 513επ. ΑΚ, οι οποίες ισχύουν και εδώ.

Αναφορικά με την ευθύνη του για έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων, πραγματικά και νομικά ελαττώματα και τις αξιώσεις του αγοραστή- χρήστη του λογισμικού:

5.1.1.1 Πραγματικά ελαττώματα- έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων

Ο πωλητής/προμηθευτής λογισμικού ευθύνεται ως προς τα πραγματικά ελαττώματα και την έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων κατά άρθρο 537ΑΚ «ανεξάρτητα από υπαιτιότητά του» (αντικειμενική ευθύνη) και απαλλάσσεται μόνο σε περίπτωση που ο αγοραστής κατά τη σύναψη της σύμβασης είχε γνώση αυτών ή η μη ανταπόκριση οφείλεται σε υλικά που έδωσε ο αγοραστής.

Αναφορικά με τον τελευταίο λόγο απαλλαγής εξ αιτίας των υλικών, πρέπει να επισημάνουμε ωστόσο ότι όταν πρόκειται για άϋλα αγαθά που όμως ενσωματώνονται σε υλικούς φορείς, όπως στην περιπτωσή μας το λογισμικό, αυτός ο λόγος απαλλαγής θα αναφέρεται όπως είναι ευνόητο στον υλικό φορέα του άυλου αγαθού, που εν προκειμένω ή θα είναι η δισκέτα, το cd-Rom ή ο σκληρός δίσκος του η/υ αν πρόκειται για απευθείας ηλεκτρονική μεταβίβαση.

Βέβαια κάτι τέτοιο θα είναι αρκετά σπάνιο μια και συνήθως θα απουσιάζουν λάθη που οφείλονται σε φθορά του υλικού φορέα του λογισμικού. Έτσι το λογισμικό παρουσιάζει συνήθως αρχικά, δηλαδή λάθη που αναφέρονται στο άυλο κομμάτι αυτού, και σπάνια επιγενόμενα ελαττώματα⁴⁵.

⁴⁴ Το ότι πρέπει να είναι το ελληνικό δίκαιο εφαρμοστέο, προκειμένου να εφαρμοστούν οι διατάξεις που αναλύονται στην παρούσα μελέτη εννοείται ότι είναι μια προϋπόθεση που πρέπει να συντρέχει σε όλες τις εδώ αναλυόμενες περιπτώσεις.

⁴⁵ Τα λάθη που οφείλονται αποκλειστικά σε ελάττωμα του πληροφοριακού υλικού φορέα είναι σπάνια, ενώ τα λάθη στο hardware δεν είναι τόσο συχνά όσο τα λάθη στο λογισμικό.

Ας δούμε όμως ειδικότερα τι εισί πραγματικά ελαττώματα και έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων στο software:

ι) Νομικά σημαντικά και νομικά ασήμαντα λάθη στο λογισμικό

Ως λάθος στην πληροφορική σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες που ισχύουν στο αστικό δίκαιο είναι λοιπόν η μη εκπλήρωση ορισμένων λειτουργιών, η πλημμελής, κακή εκπλήρωσή τους, η εμφάνιση ανεπιθυμητών λειτουργιών, η απουσία ευχρησίας εκ μέρους του χρήστη.

Τα λάθη στο λογισμικό δεν επηρεάζουν μόνο τον χαρακτηρισμό της παροχής ως προσήκουσας ή μη, αλλά συχνά έχουν και μεγάλο οικονομικό αντίκτυπο σε έννομα αγαθά τρίτων, περιουσιακά ή μη ⁴⁶. Ένα ελαττωματικό πρόγραμμα που διακινεί ηλεκτρονική μεταβίβαση χρημάτων μέσω τραπεζών μπορεί να επηρεάσει την ομαλή λειτουργία πολλών οικονομικών συναλλαγών.

Δεν αποτελούν όλα τα λάθη που παρουσιάζονται στο λογισμικό πραγματικά ελαττώματα ή έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων.

Σχηματικά κατά την άποψή μου μπορεί να γίνει η εξής διάκριση: από τη μία πλευρά υφίστανται τα νομικά ασήμαντα λάθη, δηλαδή αυτά που δεν ενδιαφέρουν το νομικό κόσμο και δε στοιχειοθετούν ευθύνη του προμηθευτή γι αυτά, σ' αυτά ανήκουν τα εντελώς ασήμαντα λάθη, τα λάθη χειρισμού, τα επουσιώδη αναπόφευκτα λάθη (βλ. επόμενη παράγραφο) και από την άλλη πλευρά έχουμε τα νομικά σημαντικά λάθη τα οποία εκ πρώτης αποτελούν πραγματικά ελαττώματα και έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων, και αυτά με τη σειρά τους διαχωρίζονται σε ουσιώδη, που αποτελούν αναμφισβήτητα πραγματικά ελαττώματα, εδώ θα εντάξουμε και τα ουσιώδη αναπόφευκτα λάθη του λογισμικού (βλ. επόμενη παράγραφο) και σε επουσιώδη, τα οποία θεωρητικά αποτελούν πραγματικά ελαττώματα, ωστόσο δε θεμελιώνουν τόσο έντονη ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού όσο τα ουσιώδη (βλ. άρθρο 540 παρ. 1 εδ. 3 ΑΚ)⁴⁷, εδώ εν αντιθέσει με άλλες κατηγορίες αγαθών δεν εντάσσεται μια

⁴⁶ Εξαιτίας ενός μικρού λάθους προγραμματισμού (σύγχυση τελείας και κόμματος) το έτος 1962 ένας δορυφόρος παρέκλινε από την πορεία του και έπρεπε να ανατιναχθεί, επιφέροντας ζημιά 18,5 εκατομμ. δολ. Μ.Θ Μαρίνος ο.π. Σίγουρα υπάρχουν έκτοτε πολυάριθμα τέτοια παραδείγματα.

⁴⁷ Παρότι με το ν. 3043/2002, τροποποιήθηκε το παλαιό 534ΑΚ που όριζε ότι «ο πωλητής ευθύνεται αν, κατά το χρόνο που ο κίνδυνος μεταβαίνει στον αγοραστή, το πράγμα που πουλήθηκε έχει πραγματικά ελαττώματα που

κατηγορία επουσιωδών λαθών, αυτή των αναποφεύκτων επουσιωδών λαθών και δη λόγω της αποδοχής ενός νέου μέτρου ανοχής λαθών αναφορικά με το λογισμικό (βλ. υποσημείωση). Το κατά πόσο αυτά είναι ουσιώδη και επουσιώδη είναι ζήτημα πραγματικό και θα εξαρτάται από πολλούς παράγοντες για κάθε συγκεκριμένη σύμβαση παραχώρησης λογισμικού.

ii) Η αρχή του no software without bugs ως ένα νέο μέτρο ανοχής επουσιωδών λαθών στην προμήθεια λογισμικού

Το πληροφορικό δίκαιο διέπει η αρχή ότι δεν υπάρχει λογισμικό χωρίς λάθη (no software without bugs)⁴⁸. Ο «συντελεστής» πολυπλοκότητας των πληροφοριακών προγραμμάτων είναι τόσο μεγάλος ώστε η συχνότητα λαθών που οφείλονται στη σύλληψη και τη σχεδίαση του προγράμματος (και όχι τόσο στην κωδικοποίηση)⁴⁹ είναι τόσο μεγάλη ώστε καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι μπορεί να αποδειχτεί μόνο η παρουσία και όχι η απουσία λαθών. Ενώ δεν είναι καθόλου εύκολος ο εντοπισμός μερικών λαθών, ιδίως των μη επαναλαμβανόμενων, ακόμα και μετά από συστηματικούς ελέγχους.

Από τα αμέσως προαναφερθέντα και με βάση αυτή την αρχή της αναπόφευκτης ύπαρξης λαθών στο λογισμικό προκύπτει ότι αυτά τα αναπόφευκτα λάθη, των οποίων η ύπαρξη είναι αναπότρεπτη λόγω αυτής της ενδημικότητας λαθών του λογισμικού, εφόσον όμως αυτά είναι επουσιώδη, και ενώ σε άλλες κατηγορίες αγαθών θα τα θεωρούσαμε νομικά σημαντικά, εδώ πιστεύω ότι όμως πρέπει να εκλαμβάνονται ως νομικά ασήμαντα και δεν πρέπει να στοιχειοθετούν οιαδήποτε ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού, μια και η στοιχειοθέτηση υποχρέωσης παράδοσης αλάνθαστου λογισμικού θα ήταν ανεπιεικής γι αυτόν.

αναιρούν ή μειώνουν ουσιωδώς την αξία ή τη χρησιμότητά του», αυτό δε σημαίνει ότι παύει η διάκριση μεταξύ ουσιωδών και επουσιωδών ελαττωμάτων, αφενός γιατί η ενδεικτική απαρίθμηση των πραγματικών ελαττωμάτων στο 535ΑΚ όσο και η αφαίρεση του δικαιώματος υπαναχώρησης σε περίπτωση επουσιώδους ελαττώματος κατ' άρθρο 540παρ.1εδ.3ΑΚ μας προσανατολίζουν ότι και στο ισχύον δίκαιο κατεξοχήν πραγματικά ελαττώματα είναι καταρχήν τα ουσιώδη πραγματικά ελαττώματα.

⁴⁸ Gorny/Kilian, Fehlerbehaftete Software- Einige Gedanken aus der Sicht der Informatiker, 7, 15; Μ.Θ. Μαρίνος ο.π. σελ 144επ.

⁴⁹ Άλλες αιτίες λαθών στην πληροφορική παροχή είναι η ανεπαρκής περιγραφή του λογισμικού από τον πελάτη ή εν γένει, τα όρια κόστους και χρόνου, η λανθασμένη επιλογή λογισμικού που δεν αντιστοιχεί στις ανάγκες του χρήστη.

Ωστόσο όταν αυτά τα λάθη αυτής της ειδικής κατηγορίας λαθών του λογισμικού είναι ουσιώδη, παρότι ο πωλητής δε θα ευθύνεται υπαιτίως γι' αυτά, τότε πρέπει να δεχτούμε ότι αυτά παύουν να είναι νομικά ασήμαντα, και εντάσσονται αυτομάτως στην κατηγορία των νομικά σημαντικών πραγματικών ελαττωμάτων. Και γι αυτά λοιπόν κάνουμε δεκτή την ύπαρξη αντικειμενικής ευθύνης του προμηθευτή λογισμικού, μια και αυτός υποχρεούται να φέρει τον τεχνολογικό κίνδυνο της εκπόνησης λογισμικού, αφού αυτός είναι που αποκομίζει και τα οφέλη από την εξουσίαση αυτής της σύγχρονης πηγής κινδύνου.

Συμπερασματικά η αρχή του no software without bugs προσφέρει μια επιεική αντιμετώπιση του προμηθευτή και απαλλαγή από την ευθύνη του για εκείνα τα αναπόφευκτα λάθη τα οποία σε άλλες κατηγορίες αγαθών θα θεωρούσαμε επουσιώδη πραγματικά ελαττώματα και άρα θα κάναμε δεκτή μια ελαττωμένη ευθύνη του προμηθευτή τους και όχι όπως εδώ απαλλαγή από την ευθύνη του. Ωστόσο όταν αυτά τα αναπότρεπτα λάθη είναι ουσιώδη τότε αυτομάτως συνομολογείται πλήρης ευθύνη του δημιουργού του λογισμικού.

Έτσι η αρχή αυτή λειτουργεί ως ένα νέο μέτρο ανοχής των επουσιωδών λαθών στον τομέα της πληροφορικής και καθιερώνει μία απόκλιση από το σύστημα αντικειμενικής ευθύνης που καθιερώνει ο νομοθέτης του ΑΚ στην πώληση, μίσθωση και έργο. Γιατί εν τέλει η ύπαρξη λαθών στον τομέα του λογισμικού και της πληροφορικής είναι αναπόφευκτη και είναι σύμφυτη με την ίδια ατελή και πάντοτε εν αναπτύξει φύση του ανθρωπίνου πνεύματος. Έτσι εν προκειμένω παράλληλα με την αντικειμενική ευθύνη του προμηθευτή software συμβαδίζει και ένα νέο μέτρο, το μέτρο της ανοχής επουσιωδών λαθών, όπως θα προκύπτει από την ερμηνεία της εκάστοτε σύμβασης κατά τα άρθρα 173ΑΚ και 200ΑΚ. Έτσι ο χρήστης τυποποιημένου λογισμικού δεν μπορεί να απαιτήσει την παράδοση αλάνθαστου λογισμικού, πράγμα που σε μεγαλύτερο βαθμό θα μπορεί να απαιτήσει ο χρήστης ατομικού λογισμικού, εφόσον κάτι τέτοιο βέβαια είχε συμφωνηθεί.

iii) Ο τεχνολογικός κίνδυνος ως μέτρο επίτασης της ευθύνης του προμηθευτή λογισμικού

Την επιείκεια αυτή που καθιερώνει αυτό το νέο μέτρο ανοχής λαθών του λογισμικού με βάση την αρχή *no software without bugs* στην ουσία έρχεται να μετριάσει και να την περιορίσει μόνο στα επουσιώδη λάθη, εμποδίζοντας καταρχήν την απαλλαγή από την ευθύνη των ουσιωδών λαθών, η λογική που διέπει την πληθώρα των αντικειμενικών ευθυνών, ότι αυτός που εξουσιάζει μια πηγή κινδύνου και αποκομίζει οφέλη από αυτή πρέπει να επωμίζεται και την ευθύνη των ζημιών που αυτή προκαλεί. Εν προκειμένω το λογισμικό είναι μια πηγή τεχνολογικού κινδύνου, αφού είναι αδύνατη η εκ των προτέρων εγγύηση απουσίας λαθών, που δύνανται ανά πάσα στιγμή να προκαλέσουν άλλοτε μεγαλύτερη άλλοτε μικρότερη ζημία⁵⁰ στο χρήστη. Εδώ βέβαια θα συνεκτιμηθεί το ύψος του τεχνολογικού κινδύνου, η συμφωνία των μερών, η οικονομική ισχύς, η εμπειρία των συμβαλλομένων.

Οπωσδήποτε δεν φέρουν όλα τα προγράμματα το ίδιο ποσοστό τεχνολογικού κινδύνου. Δοκιμασμένα τυποποιημένα λογισμικά της αγοράς πρέπει να γίνει δεκτό ότι φέρουν μικρότερο τεχνολογικό κίνδυνο από άλλα που πρωτοκυκλοφούν και περιέχουν εντελώς καινούριες εφαρμογές και έτσι δεν έχουν δοκιμαστεί στην πράξη. Επίσης υπάρχουν λάθη που εμφανίζονται πολύ συχνά, ενώ άλλα λάθη εμφανίζονται σπάνια απρόοπτα και κάτω από πολύ συγκεκριμένες συνθήκες π.χ. όταν απίθανες διαταραχές στο hardware. Αυτό λοιπόν είναι ένα ζήτημα πραγματικό που κρίνεται στην πράξη κάθε φορά. Το ύψος του τεχνολογικού κινδύνου βοηθά στον προσδιορισμό της νομικής κατανομής του, αλλά δεν αποτελεί το μοναδικό παράγοντα που θα μας οδηγήσει στο να καταλήξουμε ποιος θα φέρει τελικά τον κίνδυνο.

Η συμφωνία των μερών για την απουσία συγκεκριμένων έστω και σπάνιων λαθών μεταξύ έμπειρων χρηστών θα πρέπει να θεωρηθεί ότι θεμελιώνει συμβατική υποχρέωση. Η οικονομική ισχύς του προμηθευτή και η χρήση εκ μέρους του ΓΟΣ οπωσδήποτε παίζει κι αυτή το δικό της ρόλο στο συγκεκριμένο ζήτημα

Ελλείψει συγκεκριμένης συμφωνίας για συγκεκριμένα λάθη, ο έμπειρος και οικονομικά δυνατότερος προμηθευτής λογισμικού οφείλουμε να παραδεχθούμε

⁵⁰ Μάλιστα θα πρόκειται για αρνητική ζημία, αφού θετική ζημία θα είναι συνήθως αδύνατη.

ότι είναι σε θέση να αντιμετωπίσει τον τεχνολογικό κίνδυνο που απορρέει από τα τεχνολογικά λάθη πολύ πιο γρήγορα και αποτελεσματικά απ' ό,τι ο άπειρος χρήστης και γι' αυτό σκόπιμο είναι καταρχήν να τον φέρει αυτός, μια και αυτός αποκομίζει τα οφέλη από την εξουσίαση αυτής της πηγής τεχνολογικού κινδύνου. Και εδώ πρέπει να παρατηρήσουμε ότι αντίθετη συμφωνία θα θεωρηθεί άκυρη ως καταχρηστική. Μόνο όταν ο χρήστης δεν υστερεί σε οικονομική δύναμη και απειρία απουσία ειδικότερης συμφωνίας και έχει πλήρη γνώση για τη δυνατότητα εμφάνισης ορισμένων λαθών και αποδοχής αυτών θα δικαιολογείται οποιοσδήποτε συμβατικός αποκλεισμός της ευθύνης του προμηθευτή για τον τεχνολογικό κίνδυνο και άρα η μετακύλιση αυτού στον χρήστη. Ο προμηθευτής θα έχει το βάρος αποδείξεως αυτού. Έτσι θα έχουμε μετριασμό της νόθου αντικειμενικής ευθύνης του προμηθευτή για τα ουσιώδη λάθη αποδεχόμενοι μια μορφή συνυπαιτιότητας του χρήστη στον μετριασμό αυτής κατά το άρθρο 300ΑΚ.

Η παραπάνω ανάλυση δεν καταργεί τη δεδομένη υποχρέωση μεγαλύτερης ανοχής κάποιων λαθών του χρήστη λογισμικού από ένα χρήστη ενός άλλου αγαθού (άνω υπό ii). Το ποια λάθη όμως θα οφείλει να ανεχθεί ο χρήστης και για ποια τον κίνδυνο θα φέρει ο προμηθευτής θα κριθεί στην ουσία *in concreto*.

Ο κανόνας του άρθρου 338ΚΠολΔ βρίσκει και εδώ την εφαρμογή του. Έτσι το βάρος απόδειξης πραγματικών γεγονότων προς υποστήριξη αυτοτελούς αίτησης ή ανταίτησης ανήκει στον αιτούντα. Επομένως μετά την παράδοση του λογισμικού ο χρήστης θα φέρει το βάρος απόδειξης του πραγματικού ελαττώματος, πράγμα όμως που στην πράξη θα είναι εξαιρετικά δύσκολο αν όχι αδύνατο, λόγω έλλειψης ειδικότερων γνώσεων αλλά και λόγω άγνοιας του πηγαίου κώδικα του προγράμματος, τον οποίο ο προμηθευτής φροντίζει να κρατά μυστικό. Έτσι στη συγκεκριμένη περίπτωση θα πρέπει να γίνεται αποδεκτή και η απλή περιγραφή της δυσλειτουργίας ή του λάθους από τον χρήστη ⁵¹.

⁵¹ Fuchs, Der Erwerb von Computern, Computer und Recht, Bd7, Zürich 1979, 390, Ellendberger ZIP, Die Aufklärungspflicht des Herstellers in der EDV-Praxis gegenüber dem Anwender, 1982, 525, Düsseldorf IuR 1986, 315, Μ. Θ. Μαρίνος ο.π.

Σημασία στάθμης τεχνικής: η στάθμη της τεχνικής παρέχει ένα ελάχιστο όριο συναλλακτικής επιμέλειας κατ' άρθρο 330ΑΚ και έχει σημασία για το θέμα της αποζημίωσης κατ' άρθρα 543εδ.2, 577εδ. 2 και 690 ΑΚ

Επίσης σκόπιμο εδώ είναι να παρατηρηθεί ότι το λογισμικό υπόκειται κυρίως σε λογικούς νόμους, ενώ οι νόμοι της φυσικής, χημείας, μαθηματικών που χρειάζονται για την κατασκευή του hardware και των διαφόρων εξαρτημάτων του η/υ ή του πληροφοριακού φορέα, στο χώρο του software απουσιάζουν, έτσι δεν έχουμε παράγοντες μεταβλητούς ή και απρόοπτους (ανωτέρα βία) που να καθορίζουν την περαιτέρω τύχη του software.

iv) Πραγματικά ελαττώματα-συνομολογηθείσες ιδιότητες (συνέχεια).

Σύμφωνα με το άρθρο 535ΑΚ ⁵² (όπως αντικαταστάθηκε με άρθ. 1§1 ν.3043/2002) δεν εκπληρώνεται η υποχρέωση παράδοσης του πράγματος με τις συνομολογημένες ιδιότητες και χωρίς πραγματικά ελαττώματα, αν το πράγμα δεν ανταποκρίνεται στη σύμβαση και ιδίως όταν «1. δεν ανταποκρίνεται στην περιγραφή που έχει γίνει από τον πωλητή ή στο δείγμα ή υπόδειγμα που ο πωλητής είχε παρουσιάσει στον αγοραστή 2. δεν είναι κατάλληλο για το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης και ιδιαίτερα για τη σύμφωνη με το σκοπό αυτόν ειδική χρήση. 3. δεν είναι κατάλληλο για τη χρήση για την οποία προορίζονται συνήθως πράγματα της ίδιας κατηγορίας 4. δεν έχει την ποιότητα ή την απόδοση που ο αγοραστής ευλόγως προσδοκά από πράγματα της ίδιας κατηγορίας λαμβάνοντος υπόψη...». Άρα το κριτήριο του πραγματικού ελαττώματος και της έλλειψης συνομολογημένης ιδιότητας στηρίζεται κατά κύριο λόγο σε υποκειμενικά κριτήρια (τι θέλησαν τα μέρη) και δευτερευόντως σε αντικειμενικά (αν δεν προκύπτει κάτι άλλο απέβλεψαν στη συνήθη χρήση).

Η διάταξη αυτή βρίσκει πλήρη εφαρμογή και στην πληροφορική σύμβαση προμήθειας λογισμικού και εντάσσει την έννοια του πληροφορικού λάθους στο πραγματικό ελάττωμα εφόσον ο αγοραστής αποδείξει την έλλειψη ενός από τα τέσσερα κριτήρια, ενώ μπορεί να αποδείξει τη μη ανταπόκριση ακόμα και αν

⁵² Την πλήρωση της αυτής έννοιας του πραγματικού ελαττώματος, που διευκρινίζεται στην πώληση, τη συνανάμει και στη μίσθωση άρθρο 576 παρ. 1 ΑΚ αλλά και στη σύμβαση έργου άρθρο 689 παρ1 και παρ 2 ΑΚ. Έτσι και στους τρεις συμβατικούς τύπους η προσέγγιση γίνεται με τα ίδια κριτήρια.

συντρέχουν και τα τέσσερα κριτήρια, τα οποία απαριθμούνται ενδεικτικά ⁵³ (βλ και 576ΑΚ και 688-689ΑΚ). Έτσι πραγματικά ελαττώματα του λογισμικού είναι π.χ. ελαττώματα του αλγορίθμου, το εγχειρίδιο χρήστη να είναι σε ξένη γλώσσα από τη χώρα διάθεσης του προγράμματος, η λανθασμένη μετάφραση ενός προγράμματος από μία τεχνητή γλώσσα η/υ σε άλλη κτλ.

Λάθη όμως χειρισμού του λογισμικού από άγνοια που οφείλεται σε υπαιτιότητα του χρήστη, επειδή π.χ. δεν διάβασε το εγχειρίδιο ή τα λάθη εφαρμογής δηλαδή λάθη που οφείλονται στη χρήση ακατάλληλου hardware, δεν συνιστούν πραγματικά ελαττώματα, αλλά είναι νομικά ασήμαντα. Έτσι είναι δυνατό να εμποδίζεται η σωστή εκτέλεση ενός προγράμματος από τον η/υ λόγω λανθασμένου download, δηλαδή λανθασμένου «κατεβάσματος» του προγράμματος από τη σελίδα του προμηθευτή ή εξαιτίας κάποιου τεχνικού προβλήματος του η/υ, ή ακόμα και μη συμβατότητα με άλλα software που είναι εγκατεστημένα στον η/υ (τα οποία όπως μόλις αναφέρθηκε, αποτελούν λάθη χρήσης και εφαρμογής) οπότε εν προκειμένω θα λάβουμε ως μέτρο για την ευθύνη του προμηθευτή έναν καθαρό δίσκο (μετά από format αυτού, δηλαδή καθάρισμα αυτού), και αν και σε ένα καθαρό δίσκο- ή έστω σε ένα δίσκο που έχει μόνο τα απαραίτητα προγράμματα που χρειάζονται για να εκτελεστεί το κρίσιμο software-δεν «τρέξει» το πρόγραμμα, τότε μπορούμε ίσως να μιλάμε για ευθύνη του προμηθευτή του. Ευθύνη επίσης υφίσταται όταν ο προμηθευτής δεν πληροφορεί τον αγοραστή για κάποιες τεχνολογικές προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για να εκτελεστεί π.χ. πιο σύγχρονο πισί, με μεγαλύτερη RAM (Random Access Memory) κ.ο.κ.

Έλλειψη συνομολογηθείσας ιδιότητας, δηλαδή έλλειψη ενός αντικειμένου ιδιαίτερης συμφωνίας μεταξύ των μερών, όπου έχει αναφερθεί ορισμένα και συγκεκριμένα, μπορεί να αναφέρεται σε οποιοδήποτε μέρος του λογισμικού ανεξάρτητα αν η έλλειψή της στοιχειοθετεί πραγματικό ελάττωμα ή όχι.⁵⁴

Όταν λοιπόν δεν προκύπτει από την ερμηνεία της πληροφορικής σύμβασης τι θέλησαν τα μέρη η έννοια του πραγματικού ελαττώματος κατά το δίκαιο της πώλησης, μίσθωσης και έργου θα κριθεί κατά τη συνήθη στις συναλλαγές

⁵³ βλ. ΕισΕκθ ν.3043/2002

⁵⁴ ΕφΑθ 9057/1986, ΕλλΔικ28 (1987). Οι υπερβολές των διαφόρων διαφημιστικών δε θα πρέπει να θεωρηθούν ότι αποτελούν συνομολογηθείσες ιδιότητες.

αντίληψη αναφορικά με τα άλλα αντικείμενα της ίδιας κατηγορίας. Δύσκολα όμως μπορεί να βρεθεί η συνηθισμένη χρήση ενός προγράμματος η/υ, αφενός λόγω των άπειρων εφαρμογών που μπορεί να έχει ένα λογισμικό αντιστοιχούντων στις άπειρες πτυχές της καθημερινής ζωής και αφετέρου γιατί ακόμα και αν παίρναμε ως μέτρο τη συνηθισμένη χρήση λογισμικού αναφορικά με ένα συγκεκριμένο αποτέλεσμα, οι τρόποι για να επιτευχτεί αυτό το αποτέλεσμα μέσω ενός λογισμικού ποικίλλουν, έχοντας ο καθένας τα μειονεκτήματα και τα πλεονεκτήματά του. Σίγουρα η πρόοδος της επιστήμης προσφέρει ένα επιβοηθητικό στοιχείο ανεύρεσης των λαθών.

5.1.1.2 Νομικά ελαττώματα

Όπως δεχτήκαμε και ανωτέρω (υπό 5.1.1) παρότι σπάνια είναι εφικτή η ύπαρξη νομικών ελαττωμάτων πάνω σε ένα λογισμικό.

Κατά το 516 ΑΚ ο πωλητής δεν ευθύνεται για νομικά ελαττώματα που υπήχαν κατά την πώληση, αν ο αγοραστής είχε γνώση αυτών. Όμως καθιερώνεται αντικειμενική ευθύνη του πωλητή λογισμικού για την υποθήκη, προσημείωση, κατάσχεση και ενέχυρο αυτών.

Ως νομικά ελαττώματα θεωρούνται και τα δικαιώματα βιομηχανικής ή πνευματικής ιδιοκτησίας τρίτων στο λογισμικό, τα οποία εμποδίζουν το χρήστη να το χρησιμοποιήσει όπως σκοπούσε με τη σύναψη της σύμβασης, επίσης δικαιώματα που απορρέουν από άλλη έννομη σχέση που συνδέει τρίτο πρόσωπο με το πρόγραμμα.

Αν πρόκειται για οριστική μεταβίβαση ή παραχώρηση της χρήσεως του λογισμικού τότε θα έχουμε ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων 514επ. ΑΚ, αν πρόκειται για προσωρινή τα άρθρα 576επ ΑΚ.

5.1.1.3 Δικαιώματα αγοραστή software – υποχρεώσεις προμηθευτή

Σε περίπτωση ευθύνης του προμηθευτή λογισμικού για πραγματικό ελάττωμα ή για έλλειψη συννομολογημένης ιδιότητας ο αγοραστής κατά 540 επ. ΑΚ έχει διαζευκτικά:

- 1) δικαίωμα διόρθωσης ή αντικατάστασης του λογισμικού με άλλο, εκτός αν κάτι τέτοιο είναι αδύνατο ή απαιτεί δυσανάλογες δαπάνες
- 2) μείωσης του τιμήματος
- 3) υπαναχώρησης από τη σύμβαση, εκτός αν πρόκειται για επουσιώδες ελάττωμα
- 4) αποζημίωσης για μη εκτέλεση της σύμβασης
- 5) ή και σωρευτικά με τα άνω δικαιώματα και αποζημίωση για τη ζημία που δεν καλύπτεται από την άσκησή τους. (ΑΚ 543)

Ο προμηθευτής- πωλητής έχει και αυτός δικαίωμα αντικατάστασης του λογισμικού εφόσον δεν είναι ασύμφορη για τον αγοραστή, ενώ δικαιούται σε κάθε άλλη περίπτωση ευθύνης του για παραβίαση του 534ΑΚ να του τάξει εύλογη προθεσμία να απαιτήσει αντικατάσταση του πράγματος ή να υπαναχωρήσει (άρθρο 546ΑΚ). Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία ή σε περίπτωση ανεπιφύλακτης παραλαβής του άρθρου 545ΑΚ ευθύνη του αποκλείεται.

Εδώ αξίζει να σημειωθεί η επιμήκυνση του χρόνου παραγραφής με το νέο νόμο των δικαιωμάτων του αγοραστή, που για τα κινητά όπως και το λογισμικό έγινε από έξι μήνες δύο έτη.

Κατά τα λοιπά ισχύουν και εδώ οι διατάξεις του δικαίου της πώλησης.

5.1.1.4 Περί ενημέρωσης (updating) του λογισμικού

Το πόσο ενημερωμένο είναι ένα λογισμικό πολλές φορές παίζει ρόλο κατά πόσο το ίδιο αποτελεί προσήκουσα παροχή ή μη κατ' άρθρο ΑΚ 288, και αυτό γιατί κατεξοχήν αυτό το τεχνολογικό έχει ανάγκη διαρκούς αναπροσαρμογής στα σύγχρονα τεχνολογικά δεδομένα. Ας παρατηρηθεί εδώ ⁵⁵ ότι τα αρκετά λογισμικά είναι «υβριδικά» δηλαδή όπου το ένα τμήμα της ίδιας παροχής δίνεται με ένα τρόπο και το υπόλοιπο με άλλο, π.χ. όταν το βασικό πρόγραμμα δίνεται σε υλικό φορέα και οι ενημερώσεις από το διαδίκτυο.

⁵⁵ βλ. Καραγιάννη ο.π., σελ 154

Για παράδειγμα τα λογισμικά που χρησιμοποιούνται για να προστατεύουν ένα ηλεκτρονικό υπολογιστή από τους διαφόρους «ιούς» πρέπει κατά διαστήματα να «ενημερώνονται» με τις απαραίτητες εξελίξεις ώστε να εξοπλίζονται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να παρέχουν την κατάλληλη προστασία. Δηλαδή το προϊόν, εν προκειμένω το πρόγραμμα, πρέπει να παρακολουθεί την εξέλιξη της τεχνικής, χωρίς αυτό να σημαίνει στο άνω παράδειγμα ότι αν υπάρχει ένας τόσο εξελιγμένος ιός, που ακόμα και με σύγχρονη τεχνολογία είναι δύσκολο ν αντιμετωπιστεί, και το πρόγραμμα χτυπηθεί από αυτόν, θα φέρει οποιαδήποτε ευθύνη. Αρκεί να υπάρχει μια εύλογα αναμενόμενη από τις εξελίξεις της τεχνολογίας ενημέρωση προκειμένου να θεωρηθεί ότι η παροχή παραμένει να είναι προσήκουσα.

Έτσι ενώ η ύπαρξη πραγματικών ελαττωμάτων και συμφωνημένων ιδιοτήτων κρίνεται κατά τη στιγμή της παράδοσης ή μέσα σε έξι μήνες από αυτή κατ' άρθρα 534 και 537ΑΚ του αγαθού, στην περίπτωση του λογισμικού έχουμε να κάνουμε με την ανάληψη μιας καίριας παρεπόμενης υποχρέωσης ενημέρωσης του λογισμικού. Η ενημέρωση ενός λογισμικού δεν θα περιλαμβάνει βέβαια μόνο το καθαυτό περιεχόμενό του, τη λειτουργία την οποία προορίζεται να εκτελέσει, αλλά και τη συμβατότητά του με σύγχρονο hardware και ενδεχομένως και με άλλα προγράμματα.⁵⁶

Βέβαια σε μερικά προγράμματα, όπως τα λεγόμενα λογισμικά αντιβίωσης, γνωστά ως anti-virus, η ενημέρωση είναι τόσο καίριας σημασίας ώστε φτάνει σε σημείο η απουσία αυτής της δυνατότητας του χρήστη να το «ενημερώνει» πρέπει να θεωρηθεί κατά τη γνώμη της γράφουσας πραγματικό ελάττωμα αυτής και όχι τόσο παρεπόμενη υποχρέωση. Να σημειωθεί ότι η υποχρέωση ενημέρωσης ενός λογισμικού παρέχεται δωρεάν για ευνόητους λόγους για ένα μόνο χρονικό διάστημα από την αγορά του λογισμικού⁵⁷. Δηλαδή θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι πρόκειται για ένα μιας άλφα διάρκειας προϊόν, όπως π.χ. ένα

⁵⁶ δηλαδή θα ανήκει στις υποχρεώσεις της εταιρίας να ενημερώσει ένα πολύ μεγάλης αξίας πρόγραμμα της που λειτουργούσε σε γλώσσα MS DOS, η οποία καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από αυτή των windows, ώστε να είναι συμβατό με αυτή π.χ. Corel, αρκεί βέβαια να υπάρχει εύλογο χρονικό διάστημα από την πώληση μέχρι την τεχνολογική αυτή εξέλιξη που θα κριθεί τόσο από την ερμηνεία της βούλησης των μερών και τη σύμβαση όσο και από πολλούς άλλους παράγοντες, που αναφέρουμε και λίγο παρακάτω.

⁵⁷ γιατί άλλως αν δηλαδή υπήρχε διαρκής υποχρέωση του προμηθευτή για up-date του προγράμματος, κανείς δε θα αγόραζε καινούρια προγράμματα αντιβίωσης, γι αυτό από ένα σημείο και έπειτα το update γίνεται αντί πληρωμής.

γάλα το οποίο έχει ημερομηνία λήξης. Στην περίπτωση βέβαια του λογισμικού το λογισμικό μπορεί να χρησιμοποιηθεί και μετά τη λήξη απλά θα διατρέχει τον κίνδυνο να μην εκπληρώνει το σκοπό του, ενώ το γάλα θα είναι μετά τη λήξη του άχρηστο. Δηλαδή κατά τη γνώμη της γράφουσας πρέπει να διαχωρίσουμε δύο κατηγορίες προγραμμάτων:

Τα λογισμικά, των οποίων η ενημέρωση είναι τόσο καίριας σημασίας, ώστε η απουσία δυνατότητας ενημέρωσης να θεωρείται πραγματικό ελάττωμα του προγράμματος και

Τα λογισμικά, των οποίων η ενημέρωση δεν είναι τόσο καίριας σημασίας, και θα αποτελεί απλά παρεπόμενη υποχρέωση του πωλητή.

Ας δούμε δύο παραδείγματα προγραμμάτων το B-Symbolaio που είναι ένα λογισμικό που προορίζεται για τους συμβολαιογράφους έχει ανάγκη ενημέρωσης κατά χρονικά διαστήματα, ως προς κάποιες ελλείψεις που παρουσιάζει κατά καιρούς. Το ίδιο όμως το πρόγραμμα είναι περισσότερο οργανωτικό και δεν έχει τόσο μεγάλη ανάγκη ενημέρωσης.

Είναι δυνατόν ο συμβολαιογράφος εκτός αυτού του προγράμματος να προμηθευτεί και άλλο ένα πρόγραμμα προς υπολογισμό των αντικειμενικών αξιών ακινήτων, B-Axies, οι αξίες όμως αλλάζουν σε τακτά χρονικά διαστήματα και το πρόγραμμα είναι ζωτικό να είναι ενημερωμένο και η ενημέρωση να καλύπτεται δωρεάν για ένα ορισμένο χρονικό διάστημα.

Το χρονικό διάστημα που θα υφίσταται αυτή η υποχρέωση ενημέρωσης του προμηθευτή βέβαια θα κυμαίνεται ανάλογα και θα προσδιορίζεται από πολλούς παράγοντες, π.χ. από το χρόνο ζωής του προϊόντος, την αξία που έχει καταβάλει κανείς γι αυτό, αν η ενημέρωση αυτού θα επιφέρει δυσανάλογα μεγάλο κόστος για τον προμηθευτή του κτλ., δηλαδή θα κρίνεται *in concreto* για την κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Έτσι σε επαγγελματικά προγράμματα μεγάλης αξίας πρέπει να κάνουμε δεκτό ότι η «ενημέρωση» πρέπει να διαρκεί για πιο μεγάλα χρονικά διαστήματα απ' ό,τι για λογισμικά των οποίων η αξία δεν είναι τόσο μεγάλη.

Αναμφισβήτητα θα υπάρχει μια σχετική αοριστία της παροχής αφού αυτή θα συναρτάται από κάποια αβέβαια γεγονότα σχετιζόμενα με τη μελλοντική ανάπτυξη της τεχνολογίας, αυτός όμως ο κίνδυνος εις βάρος του προμηθευτή

θα σταθμίζεται σε κάθε περίπτωση από το δικαστή και το μέτρο του θα προσδιοριστεί μέσα σε λογικά πλαίσια με την κατάλληλη ερμηνεία και λαμβάνοντας υπόψη όλους του παράγοντες, για το αν δικαιολογείται ή όχι σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση η ύπαρξη τέτοιας υποχρέωσης εκ μέρους του προμηθευτή ⁵⁸ ή αν είναι προτιμότερη μια μείωση τιμήματος ή αποζημίωση του χρήστη.

Εννοείται βέβαια ότι η ύπαρξη απλά ενός νέου προγράμματος που προσφέρει απλά νέες ή και περισσότερες δυνατότητες από το παλιό δε δημιουργεί υποχρέωση ενημέρωσης του παλιού λογισμικού από τον προμηθευτή, στο βαθμό που δεν παραβλάπεται ο σκοπός της λειτουργίας του.

Επίσης εδώ πρέπει να επισημανθεί, ανεξάρτητα από την οποιαδήποτε συμβατική υποχρέωση, ότι ένας παραγωγός ο οποίος βρίσκεται σε δεσπόζουσα θέση δεν δικαιούται να αρνηθεί χωρίς σοβαρό λόγο ή αυθαίρετως την παραχώρηση των ανανεώσεων ή των αναβαθμίσεων (refusal to deal). Κάτι τέτοιο θα ενέπιπτε στην απαγόρευση του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ. Ενώ η τιμή της ενημέρωσης δε θα πρέπει να ξεπερνά ή να μη βρίσκεται σε αναλογία με την τιμή του κυρίως λογισμικού.

5.1.2 Ευθύνη προμηθευτή software για προσωρινή μεταβίβαση λογισμικού

Πολλές φορές το αντίτιμο για τη χρήση του προγράμματος καταβάλλεται περιοδικά και ο χρήστης μετά τη συμφωνημένη χρήση του αναλαμβάνει την υποχρέωση να επιστρέψει ή να σβήσει το πρόγραμμα.

Εφαρμοστές κατά τη γνώμη μου πρέπει να είναι απευθείας οι διατάξεις για τη μίσθωση πράγματος των άρθρων 574επΑΚ, γιατί όπως αναλύσαμε και ανωτέρω (4.3.1) το λογισμικό είτε αυτό προσφέρεται on-line είτε off-line εμπίπτει στην έννοια του πράγματος. Η μίσθωση ως διαρκής ενοχή ταιριάζει στην ανάγκη συνεργασίας, εμπιστοσύνης και ως εκτούτου ανάληψη αμοιβαίων

⁵⁸ Αντίθετος με τα παραπάνω ο Καραγιάννης, Βασίλης Σ., ο οποίος υποστηρίζει ότι η ex lege θεμελίωση υποχρέωσης ενημέρωσης (updating) ή αναβάθμισης (upgrading) του λογισμικού αποκλείεται γιατί κάτι τέτοιο θα ήταν καταστρεπτικό για τον παραγωγό και δέχεται μόνο κάποια επιγενόμενη ευθύνη περιορισμένη στα πλαίσια του 576ΑΚ. Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού, σελ 135επ.

υποχρεώσεων μεταξύ παραγωγού και χρήστη και έτσι προσφέρει το κατάλληλο νομικό πλαίσιο στην περίπτωση μας.

Άλλη άποψη⁵⁹ υποστηρίζει ότι εδώ πρέπει να προσφύγουμε στις διατάξεις 619επ. ΑΚ (πλην των 632 -637ΑΚ) στις οποίες παραπέμπει το άρθρο 638ΑΚ για τη μίσθωση προσοδοφόρου αντικειμένου, και συμπληρωματικά μόνο στις διατάξεις για τη μίσθωση πράγματος των 574Ακεπ. (620ΑΚ). Το επιχείρημα της άποψης αυτής είναι ότι αποκλείεται ευθεία εφαρμογή των διατάξεων για τη μίσθωση πράγματος γιατί οι σχετικές διατάξεις αφορούν μόνο πράγματα ⁶⁰, ενώ η 638ΑΚ καλύπτει κάθε μισθωτική σχέση που δεν καλύπτεται από άλλες προβλεπόμενες μορφές μισθώσεως στον ΑΚ⁶¹.

Παρά το γεγονός ότι στην παρούσα υποστηρίζεται η νομική ορθότητα της πρώτης άποψης οφείλουμε να διαπιστώσουμε ότι όποια άποψη και ν ακολουθήσουμε θα καταλήξουμε είτε ευθέως (574ΑΚ) είτε μέσω άλλων διατάξεων (683ΑΚ, 620ΑΚ, 574επΑΚ) στην εφαρμογή των διατάξεων για μίσθωση πράγματος και άρα στα ίδια δικαιώματα και στις ίδιες υποχρεώσεις μεταξύ των συμβαλλομένων προμηθευτή και χρήστη. Έτσι υφίσταται υποχρέωση του εκμισθωτή προμηθευτή και αντίστοιχο δικαίωμα του χρήστη προς απαίτηση άρσης πραγματικών και νομικών ελαττωμάτων του λογισμικού ⁶² (ΑΚ 575, 576, 577, 578, 583). Σε αυτή την περίπτωση προβλέπονται δικαιώματα μείωσης ή μη καταβολής του μισθώματος, ή αντ' αυτών δικαίωμα αποζημίωσης για μη εκτέλεση της σύμβασης εκ μέρους του μισθωτή.

Κατ' άρθρο 578ΑΚ ο μισθωτής έχει τα δικαιώματα αυτά και όταν από υπαιτιότητα του προμηθευτή εκμισθωτή έλειψε η συμφωνημένη ιδιότητα ή εμφανίστηκε το ελάττωμα του μισθίου μετά τη συνολολόγηση της σύμβασης. Και έτσι καλύπτονται και οι περιπτώσεις των επιγενομένων ελαττωμάτων λογισμικού.

Το άρθρο 584ΑΚ προβλέπει με την επιφύλαξη των άνω δικαιωμάτων και αξίωση του μισθωτή προς εκτέλεση της σύμβασης ή αποζημίωση σε περίπτωση μη παράδοσης ή παρεμπόδισης της χρήσης του μισθίου.

⁵⁹ Βλ. Μαρίνος, ο.π., σελ 111

⁶⁰ Ραγομανίκης, σε Γεωργιάδη- Σταθόπουλο ΑΚ άρθρο 574 αρ. 12

⁶¹ Γεωργιάδης, σε Γεωργιάδη- Σταθόπουλο ΑΚ άρθρο 638 αρ. 2

⁶² την έννοια των οποίων αναλύσαμε ανωτέρω υπ. αριθ. 5.1.1.1 επ.

Ενώ γνώση του μισθωτή για τα πραγματικά ελαττώματα ή την έλλειψη συνομολογηθείσων ιδιοτήτων (579ΑΚ), ή άγνοιά τους από βαριά αμέλεια κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης (580ΑΚ) ⁶³ ή ανεπιφύλακτη παραλαβή (581ΑΚ) αποκλείουν ευθύνη του προμηθευτή

Από αυτά τα άρθρα συνάγεται η υποχρέωση του προμηθευτή για συντήρηση του λογισμικού, προκειμένου αυτό να παραμένει κατάλληλο προς χρήση και η υποχρέωση του προμηθευτή-εκμισθωτή του λογισμικού να προστατεύσει τον χρήστη από αγωγές τρίτων που θα υποστηρίζουν την προσβολή ιδίων δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας πάνω στο πρόγραμμα.

Ο μισθωτής χρήστης έχει το δικαίωμα καταγγελίας του άρθρου 585ΑΚ παρ.1 για μη παραχώρηση της χρήσης σε περίπτωση παρέλευσης άπρακτης της προθεσμίας που έταξε στον εκμισθωτή προς αποκατάσταση της χρήσης. Έχει όμως κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου και δικαίωμα καταγγελίας χωρίς προθεσμία αν δεν έχει εξαιτίας λόγου που δικαιολογεί καταγγελία δεν έχει πια συμφέρον στην εκτέλεση της σύμβασης. Εννοείται ότι δικαίωμα καταγγελίας δεν υπάρχει σε όσες περιπτώσεις δεν ευθύνεται ο εκμισθωτής ΑΚ586.

Ο μισθωτής έχει υποχρέωση για ειδοποίηση του εκμισθωτή προμηθευτή αν παρέλειψε να του γνωστοποιήσει εγκαίρως τα ελαττώματα του λογισμικού που εμφανίστηκαν κατά τη διάρκεια της μίσθωσης ή δικαιώματα που τρίτος αντιποιείται πάνω σε αυτό (ΑΚ 589)

Κατά τα λοιπά ισχύουν όσες από τις λοιπές διατάξεις της μίσθωσης προσιδιάζουν στη φύση του λογισμικού.

Έτσι μπορεί να βρει εφαρμογή:

η 590ΑΚ αναφορικά με τα βάρη και τους φόρους του μισθίου που βαρύνουν τον εκμισθωτή,

η 592 ΑΚ για την απαλλαγή ευθύνης του μισθωτή για φθορές ή μεταβολές που οφείλονται στη συμφωνημένη χρήση π.χ. ενδεχομένως να καταστραφεί κατά τη διάρκεια της χρήσης ένα πρόγραμμα λόγω «ιού» , ή ο χρήστης να το αλλάξει λίγο και να το προσαρμόσει στις ανάγκες του, εφόσον βέβαια κάτι τέτοιο έχει συμφωνηθεί και δεν αποτελεί συμβολή σε πρωτότυπο ατομικό πνευματικό δημιούργημα ή δεν προστατεύεται από την ευρεσιτεχνία,

⁶³ εκτός αν ο εκμισθωτής υποσχέθηκε ότι δεν υπάρχει ελάττωμα ή το αποσιώπησε με δόλο (άρθρο 580ΑΚ)

κατά τη γνώμη μας και η 594AK που προβλέπει δικαίωμα καταγγελίας και αποζημίωσης έναντι του μισθωτή για κακή χρήση που θα συντρέχει π.χ. όταν ο χρήστης δε χρησιμοποιεί το πρόγραμμα με επιμέλεια και όπως συμφωνήθηκε, προκαλεί φθορές στον υλικό φορέα του, ή παρεμβάσεις στον πηγαίο κώδικά του με αποτέλεσμα τη μη δυνατότητα επαναφοράς του προγράμματος όπως αρχικά ήταν κτλ ⁶⁴

η 591AK για την απόδοση στο μισθωτή τις αναγκαίες δαπάνες που έκανε ο μισθωτής στο μίσθιο πρόγραμμα, θα μπορούσε να εφαρμοστεί και όταν το μίσθιο είναι ένα λογισμικό, όταν αυτές είναι επωφελείς. Π.χ. Δαπάνες για βελτίωση του προγράμματος σε ένα βαθμό βέβαια που η αλλαγή δε θα προστατεύεται από τις διατάξεις πνευματικής ιδιοκτησίας, ευρεσιτεχνίας κτλ., οπότε και θα τύχουν εφαρμογής οι σχετικές διατάξεις.

Οι διατάξεις για την πληρωμή του μισθώματος 595, 596, 597, 598 AK

Οι διατάξεις για την απόδοση του μισθίου 599, 600, 601 AK

Οι διατάξεις για την εξάμηνη παραγραφή 602, 603 AK

Οι διατάξεις για τη μίσθωση ορισμένου χρόνου του άρθρου 608AK

Οι διατάξεις για τη μίσθωση αόριστης διάρκειας 609⁶⁵, 610AK τη σιωπηρή αναμίσθωση 611AK, το θάνατο του μισθωτή 612 παρ. 1AK

Εδώ απλά να παρατηρηθεί ότι κατά τη γνώμη μας το δικαίωμα υπομίσθωσης του άρθρου AK 593 δεν ταιριάζει με τη μικτή φύση του λογισμικού ως πράγματος αλλά και ως διανοήματος του ανθρωπίνου πνεύματος, γιατί κάτι τέτοιο πιθανόν να προσέβαλε τις εξουσίες του δημιουργού (σε περίπτωση που αυτό που προστατεύεται από την πνευματική ιδιοκτησία) ή του εφευρέτη (σε ανάλογη περίπτωση για ευρεσιτεχνία). Συνεπώς σε περίπτωση έλλειψης συμφωνίας δεν πρέπει να θεωρηθεί εν προκειμένω ότι βρίσκει πεδίο εφαρμογής η συγκεκριμένη διάταξη, ασχέτως του αν αυτό προστατεύεται με τις διατάξεις του ν. 2121/1993 ή άλλων νόμων ή όχι.

⁶⁴ αντίθετος ο Μαρίνος βλ ο.π. σελ 112, ο οποίος θεωρεί ότι το λογισμικό δεν είναι δυνατό να υποστεί φθορά παραβλέποντας όμως και την ενδεχόμενη υλική ενσωμάτωσή του αλλά και ψηφιακή φύση του, στην οποία είναι εφικτή ανθρώπινη επέμβαση.

⁶⁵ Αντίθετος Μαρίνος, ο.π. με αιτιολογία ότι η 609AK εφαρμόζεται μόνο σε υλικά πράγματα, παραβλέπει όμως έτσι τη δυνατότητα υλικής ενσωμάτωσης του λογισμικού

Τέλος να σημειωθεί ότι το δίκαιο της μίσθωσης κατατείνει στην αποκλειστική χρήση του μισθίου και έτσι δεν είναι σε θέση να περιλάβει όλες τις εκφάνσεις της παραχώρησης του λογισμικού, π.χ. multiusing λογισμικού.

5.1.3 Διαφοροποίηση από άλλες συμβάσεις

Καταρχήν ας αναφέρουμε ότι η ανάληψη ορισμένων παρεπόμενων παροχών εκ μέρους του προμηθευτή (π.χ. εγκατάσταση του προγράμματος, test κτλ) δεν μπορούν να οδηγήσουν στο χαρακτηρισμό ολόκληρης της σύμβασης παραχώρησης τυποποιημένου λογισμικού ως σύμβασης μίσθωσης έργου. Απλά τότε θα πρόκειται για μικτή σύμβαση.

Επίσης πρέπει να γίνει διαχωρισμός με τις συμβάσεις εκμετάλλευσης πνευματικών έργων. Η κλασσική άδεια εκμετάλλευσης πνευματικών δημιουργημάτων δίνει δικαίωμα εκμετάλλευσης κατά παράγωγο τρόπο π.χ. με διάδοση, διασκευή κτλ. και χαρακτηρίζεται από την αντίθεση του περιουσιακού δικαιώματος του χρήστη με το ηθικό του δημιουργού. Η άδεια όμως στο λογισμικό επιθυμεί το ακριβώς αντίθετο αποτέλεσμα, να περιορίσει αυτές τις ενέργειες, περιορίζοντας την εκμετάλλευση στη χρήση του λογισμικού, ενώ δεν υφίσταται τόσο έντονο ηθικό δικαίωμα του δημιουργού τυποποιημένου λογισμικού, που έχει μαζικό χαρακτήρα (π.χ. shrink-wrap licences, όπου οι όροι αναγράφονται στο πλαστικό περιτύλιγμα το σχίσιμο του οποίου σημαίνει ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων, κυρίως στην Αμερική) ⁶⁶

5.2. ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ONLINE ΑΓΟΡΑ ΚΑΙ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ ΤΟΥ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ- ΝΟΜΙΚΕΣ ΙΔΙΑΙΤΕΡΟΤΗΤΕΣ

5.2.1 Νομικές ιδιαιτερότητες της online αγοράς λογισμικού

Η σύγχρονη ψηφιακή τεχνολογία καθιστά δυνατή και την on-line μεταφορά μεγάλου όγκου πληροφοριών (bytes/sec), ανάμεσα στις οποίες και τη φόρτωση (downloading) πολλών προγραμμάτων η/υ και την ενημέρωση (up-dating)

⁶⁶ βλ. Μαρίνο, ο.π.

αυτών. Σύμφωνα με μια τεολογική ερμηνεία σε συνδυασμό και με το γράμμα του νόμου, πιστεύω, ότι –όπως έχουμε ήδη αναφέρει- και το εν λόγω λογισμικό εμπίπτει στην έννοια του πράγματος του άρθρου 947ΑΚ ⁶⁷, όσο σ' αυτή την έννοια εντάσσεται και ένα βιβλίο, ή ακόμα και ένα βιβλίο κυκλοφορεί σε ηλεκτρονική μορφή ή κατά τη γνώμη μου και οι animated e- cards (οι ηλεκτρονικές κάρτες που είναι σαν μικρές ταινιούλες) ή και οι ταινίες που διατίθεται και σε ηλεκτρονική μορφή. Μα θα αντιτάξει κανείς ότι στο βιβλίο ο υλικός φορέας είναι αδιαμφισβήτητος όσο είναι και το cd- Rom, το οποίο θα περιέχει ένα software, ενώ ο ίδιος θα αμφισβητήσει κατά πόσο οι ταινίες, βιβλία και e- cards που διατίθενται σε ηλεκτρονική μορφή μπορούν να ενταχθούν στην έννοια του πράγματος. Το κοινό σημείο κατά την αντίληψή μας είναι ότι σε ένα πραγματικό βιβλίο όσο σε ένα software σε σημασία προέχει κατά πολύ το διανοητικό στοιχείο έναντι της υλικής του ενσωμάτωσης, η οποία είναι δευτερεύουσας σημασίας. Αυτός ο κανόνας ισχύει σε όλα τα δημιουργήματα του πνεύματος. Αυτό όμως δεν εμποδίζει να τα θεωρούμε πράγματα κατά την έννοια του 947ΑΚ, παρόλο που δε μας ενδιαφέρει τόσο η ενσωμάτωσή τους και αυτό γίνεται κυρίως για να εξυπηρετείται η συναλλακτική τους λειτουργία. Δηλαδή αυτό που μας ενδιαφέρει εν προκειμένω είναι να είναι εφικτή η εξουσίασή τους από τον άνθρωπο και να μην είναι ανεξέλεγκτα, ώστε να είναι εφικτές οι συναλλαγές με αυτά. Το ίδιο, κατά τη γνώμη μου, πρέπει να ισχύει και για όλα τα υλικά ή τα αϋλα αγαθά, όπως τα προγράμματα, που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενα συναλλαγών, γιατί αφού μπορεί να είναι αντικείμενα συναλλαγών αυτό σημαίνει αυτομάτως ότι είναι δεκτικά εξουσίασης.

Εδώ πάντως πρέπει να αναφερθεί ότι η σύμβαση προμήθειας software μέσω διαδικτύου από τη σκοπιά του κοινοτικού δικαίου εντάσσεται στην έννοια των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 1 του Π.Δ. 131/2000 και έτσι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του. (βλ. κατωτέρω 5.2.2)

⁶⁷ βλ. και Βασίλη Σ. Καραγιάννη, Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού, σελ 122, όπου υποστηρίζει ότι η ενσωμάτωση του λογισμικού στον πληροφοριακό φορέα δεν είναι κρίσιμη, ούτε απαραίτητη, οπότε νομικά ουδέτερη και αμφισβητεί κατά πόσο μπορεί να υπαχθεί το λογισμικό απευθείας στην έννοια του πράγματος του 947ΑΚ., ωστόσο και αυτός καταλήγει τελικά στην αποδοχή της αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων για τα πράγματα και εδώ, προκειμένου να εξυπηρετηθεί η συναλλακτική του λειτουργία. Ο ίδιος υποστηρίζει την ένταξη της έννοιας αυτής από τη σκοπιά της εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου στην έννοια της παροχής υπηρεσιών. Την άποψή του αυτή περί κοινοτικού δικαίου τη συμμερίζομαστε και στην παρούσα.

Ένα άλλο ζήτημα που πρέπει να μας απασχολήσει αναφορικά με την προμήθεια λογισμικού απευθείας μέσω διαδικτύου είναι αν μπορεί να τεθεί ταυτόχρονα κάποια ευθύνη –περιορίζοντας την αντίστοιχη ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού- ενός τρίτου προσώπου, που είτε είναι αυτός που παραχωρεί τον server στον προμηθευτή, είτε είναι αυτός που τον φιλοξενεί (host) στη σελίδα του. Υπάρχει ευθύνη αυτού του προσώπου; Μπορεί να θεωρηθεί αυτή η περίπτωση μεσάζοντα παροχής υπηρεσιών ως εμπορικός αντιπρόσωπος του προμηθευτή;

Αναφορικά με αυτό το ζήτημα της εμπορικής αντιπροσωπείας στον κυβερνοχώρο, όταν αυτή είναι εμφανής, δηλαδή ο παραγωγός λογισμικού έχει εξουσιοδοτήσει προς τούτο το τρίτο πρόσωπο να θέσει το προϊόν του, εν προκειμένω το λογισμικό, στην ιστοσελίδα του και να προτείνει τη σύναψη συμβάσεων στο όνομά του και για λογαριασμό του, τότε αυτή σίγουρα υφίσταται.

Το ίδιο όμως δεν μπορεί να γίνει δεκτό όταν απλά ο προμηθευτής-πάροχος και τον πάροχο server ή αυτόν που απλά του χει παραχωρήσει ένα domain name, οπότε και θα καθίσταται σαφές ότι ο παραγωγός εμπορεύεται τα προϊόντα του στο δικό του όνομα και έτσι δε θα τίθεται θέμα εμπορικού αντιπροσώπου.

Στην περίπτωση όμως φιλοξενίας σε μία σελίδα (hosting), είναι δυνατό να μην είναι ευδιάκριτο αν ο τρίτος που τον φιλοξενεί αποτελεί παρένθετο πρόσωπο του προμηθευτή και εμπορεύεται το προϊόν ή αν δεν έχει καμμία σχέση με αυτό. Θα πρέπει να κριθεί in concreto αν πρόκειται για σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας ή όχι.

Το ξεχωριστό θέμα της ευθύνης του μεσάζοντα παροχής υπηρεσιών στην κοινωνία της πληροφορίας δε θα εξεταστεί στην παρούσα γιατί είναι εκτενές και η ενδεχόμενη εξέτασή του θα υπερβεί κατά πολύ τα όρια της παρούσας μελέτης. Εδώ αρκούμαστε να πούμε μόνο ότι για την ευθύνη του ή την απαλλαγή του από αυτή προβλέπει το π.δ. 131/2003 στα άρθρα 11-14 που αποτελούν μεταφορά των άρθρων 12-15 της Οδηγίας 2000/31/ΕΚ. Η γράφουσα την παρούσα θα αρκестεί μόνο να διαπιστώσει ότι κρίνει σκόπιμη την καθιέρωση και εισαγωγής ενός συστήματος αντικειμενικής ευθύνης του μεσάζοντα παροχής υπηρεσιών στους τομείς που υπόκεινται στην εξουσία του και από

τους οποίους αποκομίζει οφέλη. Η αιτίαση της εισαγωγής αυτού του θεσμού και στο ηλεκτρονικό αστικό δίκαιο γίνεται για τους ίδιους λόγους που αυτή θεωρείται σκόπιμη και στο κλασσικό αστικό δίκαιο.

Πράγματι ο μεσάζοντας παροχής υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας καρπώνεται κάποια οφέλη από τη διαχείριση μία πηγής κινδύνου, είτε αυτή είναι η πρόσβαση προς ένα δίκτυο, είτε η φιλοξενία μίας ιστοσελίδας κ.ο.κ. ενώ για τον συναλλασσόμενο μέσω αυτού και εξαιτίας αυτού ζημιωθέντα είναι πολύ δυσχερές να αποδείξει οποιοδήποτε σφάλμα. Βέβαια η αντικειμενική ευθύνη αυτού δεν αποκλείει τη δυνατότητα απαλλαγής αυτού σε μερικές περιπτώσεις ή ακόμα και τον αποκλεισμό ευθύνης μερικών μεσαζόντων παροχής υπηρεσιών εντός διαδικτύου, π.χ. αυτή που παρέχουν μηχανές αναζήτησης⁶⁸.

5.2.2 Ευθύνη προμηθευτή software μέσω διαδικτύου σύμφωνα με το π.δ. 131/2003 (προσαρμογή οδηγίας 2000/31/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 8^{ης} Ιουνίου 2000 για ορισμένες νομικές πτυχές των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας, ιδίως του ηλεκτρονικού εμπορίου, στην εσωτερική αγορά « οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο»)

Σύμφωνα με το άρθρο 1 του π.δ. 131/03 "υπηρεσίες της Κοινωνίας της Πληροφορίας" είναι κάθε υπηρεσία που συνήθως παρέχεται έναντι αμοιβής, με ηλεκτρονικά μέσα εξ αποστάσεως και κατόπιν προσωπικής επιλογής ενός αποδέκτη υπηρεσιών.

Στο κοινοτικό δίκαιο παρατηρείται μια γενικότερη τάση να μεταβαφτίζονται τα προϊόντα ως υπηρεσίες⁶⁹. Ωστόσο εμείς δεν υιοθετούμε κάτι τέτοιο στην παρούσα, δηλαδή δεν θεωρούμε το λογισμικό ως μια υπηρεσία αλλά και υπό το πρίσμα του κοινοτικού δικαίου εξακολουθούμε να θεωρούμε το λογισμικό ως προϊόν και την παροχή αυτού ως την παροχή ενός προϊόντος και όχι μιας υπηρεσίας. Απλά διευρύνουμε την κοινοτική έννοια των υπηρεσιών και

⁶⁸ Αναφορικά με το ζήτημα της ευθύνης του μεσάζοντα παροχής υπηρεσιών στο Διαδίκτυο βλ και Θεόδωρο Σιδηρόπουλο, το Δίκαιο του Διαδικτύου, Η παροχή υπηρεσιών πρόσβασης στο διαδίκτυο και η ευθύνη του παροχέα, σελ 127 επ, καθώς και Ιωάννη Δ. Ιγγλεζάκη, Το νομικό πλαίσιο του ηλεκτρονικού εμπορίου, Ευθύνη των μεσαζόντων παροχής υπηρεσιών, σελ 157επ.

⁶⁹ Βλ. και άρθρο Χριστοδούλου, Κωνσταντίνου, Δίκη Μαΐου 2004.

θεωρούμε ότι αυτή περιλαμβάνει και την πώληση ενός προϊόντος εν προκειμένω την παροχή λογισμικού, πράγμα που εκλαμβάνουμε και ως ορθότερο.

Συνεπώς στην έννοια των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας όπως αυτή αναγράφεται και στο προοίμιο της Οδηγίας 00/31 εντάσσεται και η σύμβαση προμήθειας λογισμικού μέσω διαδικτύου. Ο προμηθευτής του θα εμπίπτει λοιπόν στην έννοια του "Φορέα παροχής υπηρεσιών" (του άρθρου 1 εδ. β)) κατά το οποίο φορέας παροχής υπηρεσιών μπορεί να είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που παρέχει μια υπηρεσία της κοινωνίας της πληροφορίας⁷⁰. Και ο χρήστης του προγράμματος θα εμπίπτει στην έννοια του "Αποδέκτη της υπηρεσίας" κατά το εδ δ), όπου ορίζει ως αποδέκτη κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο το οποίο χρησιμοποιεί, επαγγελματικώς ή άλλως, μια υπηρεσία της κοινωνίας της πληροφορίας, ιδίως για να αναζητήσει πληροφορίες ή για να προσφέρει πρόσβαση σε αυτές. Έτσι ο αποδέκτης της υπηρεσίας κατά το π.δ. είναι πιο ευρεία έννοια από αυτή του υπό εδ (ε) "καταναλωτή", που ορίζεται ως φυσικό πρόσωπο που επιδιώκει στόχους μη εντασσόμενους στο πλαίσιο της εμπορικής ή επαγγελματικής του δραστηριότητας.

Όπως στην οδηγία 2000/31 για το ηλεκτρονικό εμπόριο έτσι και στο π.δ. 131/2003 προσαρμογής της στην ελληνική νομοθεσία, που πεδίο εφαρμογής έχουν σε όλες τις εμπορικές συναλλαγές που μπορούν να λάβουν χώρα στο διαδίκτυο, περιέχονται κάποιοι κανόνες που εφαρμόζονται κατά τη σύναψη και εκτέλεση της σύμβασης και κάποιες παρεπόμενες υποχρεώσεις ενημέρωσης και πληροφόρησης του ηλεκτρονικά συναλλασσόμενου, σε γενικές γραμμές μπορούμε να πούμε ότι φροντίζει για τη διαφάνεια εντός διαδικτύου.

Ο όρος "εμπορικές επικοινωνίες"⁷¹, που χρησιμοποιεί το π.δ. (άρθρο 5 α) και η οδηγία (άρθρο 6 α) είναι ευρύτερος από την έννοια της πρότασης για

⁷⁰ Βλ και εδ (γ) του ίδιου άρθρου: «"Εγκατεστημένος φορέας παροχής υπηρεσιών": φορέας ο οποίος ασκεί ουσιαστικώς μια οικονομική δραστηριότητα μέσω μιας μόνιμης εγκατάστασης για αόριστη χρονική διάρκεια. Η απλή παρουσία και η χρήση των τεχνικών μέσων και των τεχνολογιών που απαιτούνται για την παροχή της υπηρεσίας δεν συνιστούν εγκατάσταση του φορέα.»

⁷¹ Κατ άρθρο 1 εδ (στ) "Εμπορικές επικοινωνίες" είναι όλες οι μορφές επικοινωνίας που αποσκοπούν να προωθήσουν, άμεσα ή έμμεσα, αγαθά, υπηρεσίες ή την εικόνα μιας επιχείρησης, ενός οργανισμού ή ενός προσώπου που ασκεί εμπορική, βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα ή νομοθετικώς κατοχυρωμένο επάγγελμα. Δεν συνιστούν καθ' αυτό εμπορική επικοινωνία:

-τα στοιχεία που επιτρέπουν την άμεση πρόσβαση στη δραστηριότητα της εν λόγω επιχείρησης, του οργανισμού ή του προσώπου, ιδίως το όνομα του τομέα ή η διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, οι επικοινωνίες που αφορούν αγαθά, υπηρεσίες ή την εικόνα της εν λόγω επιχείρησης, του οργανισμού ή του

κατάρτιση σύμβασης και την περιέχει. Αυτές πρέπει να είναι αναγνωρίσιμες και να γίνονται εύκολα αντιληπτές από το χρήστη, προκειμένου να υπάρχει εντιμότητα και διαφάνεια στις συναλλαγές, δηλ. να φαίνεται σε ποια ιστοσελίδα ανήκει η κάθε ανακοίνωση, αν μία έχει αποκλειστικά πληροφοριακό περιεχόμενο, ή αν δίνει δυνατότητα αγοράς ενός λογισμικού). Επίσης πρέπει να είναι εφικτή και η αναγνωρισιμότητα της προέλευσής της, δηλαδή του προσώπου, για λογαριασμό του οποίου γίνεται η εμπορική ανακοίνωση. Οι δύο αυτές υποχρεώσεις αναγνωρισιμότητας εντάσσονται σε μια γενικότερη υποχρέωση διαφάνειας που επιτάσσει το άρθρο 5 του π.δ.⁷², η οποία φαίνεται να έχει ισχύ αναγκαστικού δικαίου για όλες τις ηλεκτρονικές συναλλαγές.⁷³

Και εδώ έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του ΑΚ 141-142 περί ουσιώδους πλάνης- απάτης σχετικά με το αντικείμενο συναλλαγής και το πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου, οπότε και η εδώ εξεταζόμενη περίπτωση προμήθειας λογισμικού σε τέτοια περίπτωση θα είναι ακυρώσιμη (155ΑΚ).

Συγκριτικά με τις συμβάσεις κτήσης τυποποιημένου λογισμικού, υπάρχει διαφορά τόσο στην τιμή όσο και στους λοιπούς όρους κτήσης λογισμικού σε απευθείας σύνδεση και λογισμικού σε πληροφοριακό φορέα, όπου το τίμημα είναι πιο υψηλό⁷⁴.

Στο άρθρο 4 του π.δ. γίνεται μέριμνα για τις υποχρεωτικά παρεχόμενες γενικές πληροφορίες που οφείλει να παράσχει φορέας παροχής υπηρεσιών, δηλαδή αναλυτικά –πέραν των πληροφοριών που προβλέπονται στις παραγράφους 2 και 9 του άρθρου 4 του Ν. 2251/1994 (Α' 191)- οφείλει να εξασφαλίζει εύκολη, άμεση και συνεχή πρόσβαση στους αποδέκτες του και τις

προσώπων οι οποίες πραγματοποιούνται κατά τρόπο ανεξάρτητο από τη θέλησή τους, ιδίως χωρίς οικονομικό αντάλλαγμα,

⁷² άρθρο 5 : «... (α) η εμπορική επικοινωνία πρέπει να είναι σαφώς αναγνωρίσιμη, (β) το φυσικό ή νομικό πρόσωπο για λογαριασμό του οποίου γίνεται η εμπορική επικοινωνία πρέπει να είναι σαφώς αναγνωρίσιμο, (γ) οι προσφορές όπως είναι οι εκπτώσεις, τα πριμ και τα δώρα, στο μέτρο που επιτρέπονται, πρέπει να είναι σαφώς αναγνωρίσιμες, η πρόσβαση στους όρους υπό τους οποίους μπορεί κανείς να επωφεληθεί από τις προσφορές πρέπει να είναι εύκολη, οι δε όροι να παρουσιάζονται σαφώς και επακριβώς, (δ) οι διαφημιστικοί διαγωνισμοί ή παιχνίδια, στο μέτρο που επιτρέπονται, οφείλουν να είναι σαφώς αναγνωρίσιμα, η πρόσβαση στους όρους συμμετοχής πρέπει να είναι εύκολη, οι δε όροι να παρουσιάζονται σαφώς και επακριβώς.

⁷³ Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή πάντως κρίνει ότι και ένας απλός σύνδεσμος hypertext είναι αρκετός για να θεωρηθεί ότι υπάρχει προσδιορισμός της προέλευσης της εμπορικής ανακοίνωσης.

⁷⁴ Βέβαια παρά το αυξημένο κόστος η κτήση λογισμικού σε υλικό φορέα έχει σημαντικά πλεονεκτήματα, όπως η δυνατότητα αντιγραφής του λογισμικού και φόρτωσή του σε περισσότερους η/υ πράγμα που καταρχήν απαγορεύεται για την on-line κτήση, γιατί η πράξη αναπαραγωγής αναφέρεται καταρχήν στις αποκλειστικές εξουσίες του δικαιούχου (οδηγία 91/250) και επιτρέπεται μόνο αν θεωρηθεί απαραίτητο για την ασφαλή λειτουργία του προγράμματος (άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας)

αρμοδίες αρχές (α) επωνυμία του φορέα παροχής της υπηρεσίας, (β) γεωγραφική διεύθυνση στην οποία ο φορέας είναι εγκατεστημένος, (γ) στοιχεία που να επιτρέπουν την ταχεία επαφή και την άμεση και ουσιαστική επικοινωνία με το φορέα παροχής της υπηρεσίας, συμπεριλαμβανομένης της ηλεκτρονικής του διεύθυνσης, (δ) εφόσον ο φορέας είναι εγγεγραμμένος σε εμπορικό μητρώο, ή παρόμοιο δημόσιο μητρώο, το οικείο μητρώο και τον αριθμό εγγραφής του σε αυτό, ή ισοδύναμο τρόπο αναγνώρισης στο μητρώο αυτό, (ε) εφόσον η δραστηριότητα υπόκειται σε καθεστώς έγκρισης, τα στοιχεία της σχετικής εποπτικής αρχής, (στ) όσον αφορά τα νομοθετικώς κατοχυρωμένα επαγγέλματα,

-επαγγελματική ένωση ή παρόμοιο όργανο στο οποίο είναι εγγεγραμμένος ο φορέας παροχής υπηρεσιών,

-επαγγελματικό τίτλο και το κράτος μέλος που τον έχει χορηγήσει,

-μνημία των επαγγελματικών κανόνων που ισχύουν στο κράτος μέλος εγκατάστασης,

καθώς και του τρόπου πρόσβασης σ' αυτούς.

(ζ) εφόσον η δραστηριότητα που ασκεί ο φορέας υπόκειται σε ΦΠΑ, τον αριθμό αναγνώρισης που προβλέπεται από το κοινό σύστημα φόρου προστιθέμενης αξίας κύκλου εργασιών σύμφωνα με το άρθρο 36 του Ν. 2859/2000 (Α' 248) "κύρωση του κώδικα φόρου προστιθέμενης αξίας".

Ενώ κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι όταν οι υπηρεσίες της κοινωνίας της πληροφορίας αναφέρονται σε τιμές, αυτές πρέπει να αναγράφονται σαφώς και επακριβώς και, ειδικότερα να διευκρινίζεται αν περιλαμβάνουν φόρο και έξοδα αποστολής⁷⁵.

Περαιτέρω το π.δ. κάνει μία αναφορά στο άρθρο 7 στη δεοντολογία, που πρέπει να τηρούν τα νομοθετικά κατοχυρωμένα επαγγέλματα –άρα και ο προμηθευτής

⁷⁵ Και εδώ όπως στις εξ αποστάσεως συμβάσεις που θα δούμε παρακάτω υπάρχει πρόβλεψη (άρθρο 6 π.δ.) αναφορικά με μη ζητηθείσα εμπορική επικοινωνία 1. Εμπορική επικοινωνία με παραλήπτη που δεν την έχει ζητήσει, αν γίνεται με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και εφόσον δεν απαγορεύεται, πρέπει να αναγνωρίζεται σαφώς και επακριβώς ευθύς ως περιέλθει σ'αυτόν. 2. Με την επιφύλαξη των διατάξεων της ΚΥΑ 21496/2000 (Β' 1545) για την προστασία των καταναλωτών για τις εξ αποστάσεως συμβάσεις, του Ν. 2472/97 (Α' 50) για την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και των διατάξεων του Ν. 2774/99 (Α' 287) για την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον επικοινωνιακό τομέα οι φορείς παροχής υπηρεσιών που αναλαμβάνουν δραστηριότητες μη ζητηθείσας εμπορικής επικοινωνίας μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου οφείλουν να τηρούν και να συμβουλευόμαστε τακτικά μητρώα "επιλογών", όπου μπορούν να εγγράφονται τα φυσικά πρόσωπα που επιλέγουν να μη λαμβάνουν τέτοιες εμπορικές επικοινωνίες.

λογισμικού- τα οποία κατά τη διάρκεια αυτών των εμπορικών επικοινωνιών οφείλουν να τηρούν επαγγελματικούς κανόνες οι οποίοι διέπουν την ανεξαρτησία, την αξιοπρέπεια και το ήθος του επαγγέλματος, καθώς και το επαγγελματικό απόρρητο και την εντιμότητα προς τους πελάτες και τους συναδέλφους.

Το άρθρο 8 αναφέρει ότι με την επιφύλαξη των διατάξεων του Προεδρικού Διατάγματος 150/2001 (Α' 125) για τις "ηλεκτρονικές υπογραφές" επιτρέπεται η κατάρτιση συμβάσεων με ηλεκτρονικά μέσα και έτσι και ρητά πλέον η απευθείας μέσω διαδικτύου σύμβαση προμήθειας λογισμικού είναι εφικτή.

Τόσο το π.δ. όσο και η οδηγία προβλέπουν πρόσθετες υποχρεώσεις πληροφόρησης και συναλλακτικού τύπου για το ηλεκτρονικά συναλλασσόμενο κοινό. Έτσι (άρθρο 9 παρ. 1 π.δ.) εκτός από τις προαναφερθείσες απαιτήσεις παροχής πληροφοριών και εφόσον δεν έχουν συμφωνήσει διαφορετικά τα συμβαλλόμενα μέρη που δεν είναι καταναλωτές, ο φορέας παροχής υπηρεσιών, εν προκειμένω ο προμηθευτής λογισμικού πρέπει να παρέχει τουλάχιστον τις εξής πληροφορίες κατά τρόπο σαφή, κατανοητό και αδιαφιλονίκητο, πριν από την ανάθεση της παραγγελίας από τον αποδέκτη της υπηρεσίας: (α) τα διάφορα τεχνικά στάδια έως τη σύναψη της σύμβασης, (β) εάν ο φορέας παροχής υπηρεσιών θα αρχειοθετήσει ή όχι τη σύμβαση μετά τη σύναψή της καθώς και εάν προβλέπεται δυνατότητα πρόσβασης σε αυτήν, (γ) τα τεχνικά μέσα που θα επιτρέπουν τον εντοπισμό και τη διόρθωση σφαλμάτων ηλεκτρονικού χειρισμού πριν από την ανάθεση της παραγγελίας, (δ) τις γλώσσες στις οποίες μπορεί να συναφθεί η σύμβαση, (ε) τους σχετικούς κώδικες δεοντολογίας στους οποίους υπόκειται, καθώς και τα στοιχεία που επιτρέπουν την πρόσβαση στους εν λόγω κώδικες με ηλεκτρονικά μέσα.

Ενώ επιβάλλει να διατίθενται κατά τέτοιο τρόπο οι όροι της σύμβασης, είτε ατομικοί είτε γενικοί που παρέχονται στον αποδέκτη κατά τρόπο ώστε να είναι εφικτή η αποθήκευση και η αναπαραγωγή τους.

Η παρ 3 του ίδιου άρθρου του π.δ. έρχεται απλά να κάνει τη διάκριση ότι στις συμβάσεις που συνάπτονται αποκλειστικά μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή άλλων ισοδύναμων ατομικών μέσων επικοινωνίας δεν υπάρχει ανάγκη εφαρμογής των προσθέτων εγγυήσεων και υποχρεώσεων πληροφόρησης

που προβλέπει η μόλις ανωτέρως αναλυθείσα παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ. 131/2003, με το σκεπτικό ότι στην αποκλειστικά ατομική επικοινωνία εξαλείφονται κάποιοι από τους κινδύνους που ενυπάρχουν στην αντίθετη περίπτωση.

Το π.δ. και η οδηγία όμως δε σταματούν σ' αυτές τις υποχρεώσεις εκ μέρους του παρέχοντος υπηρεσίες, στην περίπτωση μας εκ μέρους του προμηθευτή λογισμικού, άλλα θέλοντας να εξασφαλίσουν μεγαλύτερες διασφαλίσεις στον ηλεκτρονικώς συναλλασσόμενο προβλέπει ένα συναλλακτικό τύπο (άρθρο 10 π.δ., άρθρο 11 οδηγίας) σε περίπτωση παραγγελίας μέσω τεχνολογικών μέσων από ένα αποδέκτη υπηρεσίας. Τότε και εφόσον δεν έχουν συμφωνήσει διαφορετικά τα συμβαλλόμενα μέρη που δεν είναι καταναλωτές, ο φορέας παροχής υπηρεσιών οφείλει να αποστείλει αποδεικτικό παραλαβής της παραγγελίας του αποδέκτη χωρίς περιττή καθυστέρηση και με ηλεκτρονικά μέσα, ενώ η παραγγελία και το αποδεικτικό παραλαβής θεωρείται ότι έχουν παραληφθεί όταν τα μέρη στα οποία απευθύνονται έχουν πρόσβαση σ' αυτά. Περαιτέρω προβλέπεται ότι ο φορέας παροχής οφείλει να θέτει στη διάθεση του αποδέκτη της υπηρεσίας κατάλληλα, αποτελεσματικά και προσιτά μέσα που θα επιτρέψουν να επισημάνει και να διορθώσει τα λάθη του κατά τον ηλεκτρονικό χειρισμό πριν από την ανάθεση της παραγγελίας.

Με τη χρήση βέβαια στο άρθρο αυτό του ουδέτερου όρου «παραγγελία» δε μας προσανατολίζει αναφορικά με το νομικό χαρακτηρισμό της υπάρχουσας πρότασης του παρόχου στην ιστοσελίδα του, με άλλα λόγια αποτελεί κάθε προσφορά υποβολής προτάσεων πρόταση για κατάρτιση σύμβαση; Αν κάτι τέτοιο συνάγεται σαφώς, από την ύπαρξη ήδη έτοιμου εντύπου σύμβασης προσχώρησης με ΓΟΣ, σίγουρα θα πρόκειται για τέτοια πρόταση.

Η αποστολή όμως του αποδεικτικού παραλαβής της πρότασης του αποδέκτη εκ μέρους του παρόχου είναι ουσιώδης για την κατάρτιση της σύμβασης κατ' άρθρο 167 ΑΚ και 192ΑΚ, δηλαδή στη συγκεκριμένη περίπτωση θεωρούμε ως πρόταση αυτή του αποδέκτη και ως απόδειξη αποδοχής το αποδεικτικό παραλαβής ή θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι η σύμβαση προμήθειας λογισμικού θα έχει ήδη καταρτισθεί με την αποδοχή της πρότασης του παροχέα εκ μέρους του αποδέκτη; Ενώ η νομολογία αρχικά ήταν υπέρ της πρώτης εκδοχής,

γρήγορα έγιναν αντιληπτές οι υπερβολικά ανεπιεικείς συνέπειες αυτής εις βάρος του παροχέα που επωμιζόταν ένα μεγάλο κίνδυνο. Παραδείγματος χάριν θα ήταν παράλογο και ανεπιεικές να έπρεπε να λάβει χώρα και η μετέπειτα αποστολή αποδεικτικού παραλαβής για την κατάρτιση της σύμβασης on-line παροχής λογισμικού, ενώ ο χρήστης θα έχει ήδη φορτώσει το λογισμικό (γιατί έτσι λειτουργούν αυτές οι σελίδες με το που πατά «δέχομαι» ο χρήστης αμέσως είναι εφικτή η «φόρτωση» του λογισμικού) και θα το έχει υπό την εξουσίασή του, ενώ ο προμηθευτής να επωμιζεται όλο τον κίνδυνο. Έτσι αυτή η υποχρέωση θα πρέπει να θεωρηθεί ως παρεπόμενη υποχρέωση μιας ήδη καταρτισθείσας σύμβασης, της οποίας μάλιστα η παράλειψη θα μπορεί να θεμελιώσει και αξίωση αποζημίωσης κατά τα άρθρα 335- 337ΑΚ, εφόσον αποδεικνύεται αιτιώδης σύνδεσμος.⁷⁶ Και μάλιστα αρκεί να περιέλθει το αποδεικτικό παραλαβής στη σφαίρα εξουσίασης του χρήστη, χωρίς να χρειάζεται πραγματική γνώση αυτού, το αντίθετο θα δυσχέραινε πολύ τις ηλεκτρονικές συναλλαγές, οι οποίες λειτουργούν στη βάση της εμπιστοσύνης, της διαφάνειας και της συνέπειας μεταξύ των συμβαλλομένων, οι οποίοι μεταξύ άλλων υποχρεούνται να ελέγχουν τακτικά τους ηλεκτρονικούς τους λογαριασμούς αποστολής και λήψης μηνυμάτων, ιδίως όταν λαμβάνουν μέρος σε εμπορικές ηλεκτρονικές συναλλαγές. Άλλο είναι το ζήτημα μη λήψης του μηνύματος εξαιτίας του provider του δικτύου ή της σελίδας. Εκεί θα πρέπει να αναζητηθεί ευθύνη αυτού.

Σύμφωνα με την παρ.2. του ίδιου άρθρου η υποχρέωση του φορέα υπηρεσιών για χωρίς περιττή καθυστέρηση και με ηλεκτρονικά μέσα αποστολή αποδεικτικού παραλαβής της παραγγελίας του αποδέκτη και η υποχρέωση για θέση στη διάθεση του αποδέκτη της υπηρεσίας κατάλληλα, αποτελεσματικά και προσιτά μέσα που θα επιτρέψουν να επισημάνει και να διορθώσει τα λάθη του κατά τον ηλεκτρονικό χειρισμό πριν από την ανάθεση της παραγγελίας, της παρ. 1 του ίδιου άρθρου δεν εφαρμόζεται σε συμβάσεις που συνάπτονται αποκλειστικά μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή μέσω άλλων ισοδύναμων ατομικών μέσων επικοινωνίας, με το ίδιο σκεπτικό που αναλύσαμε ανωτέρω και για το άρθρο 9 παρ. 3 του ίδιου π.δ.

⁷⁶ Καραγιάννης, Βασίλης Σ., Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού, σελ 135επ.

Το άρθρο 14 αναφέρεται στην απουσία γενικής υποχρέωσης ελέγχου για τα άρθρα 10, 11 και 12 του π.δ. ως προς τις πληροφορίες μεταδίδουν ή αποθηκεύουν και απουσία γενικής υποχρέωσης δραστήριας αναζήτησης γεγονότων ή περιστάσεων που δείχνουν ότι πρόκειται για παράνομες δραστηριότητες. Αυτή βέβαια η γενική διάταξη πρέπει να δεχθούμε ότι υποχωρεί ενώπιον ειδικότερων διατάξεων όπου καθιερώνουν υποχρεώσεις ελέγχου χάριν της ασφάλειας των συναλλαγών. Ενώ καθιερώνεται επίσης υποχρέωση των φορέων παροχής υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας προς ενημέρωση των αρμόδιων κρατικών αρχών για τυχόν υπόνοιες περί χορηγούμενων παράνομων πληροφοριών ή δραστηριοτήτων που επιχειρούν αποδέκτες των υπηρεσιών τους ⁷⁷.

5.3 ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ SOFTWARE ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ Ν. 2251/1994- ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ ΣΤΟ INTERNET

Το νομικό ευρωπαϊκό πλαίσιο προστασίας του καταναλωτή π.χ. η Οδηγία 85/374/ΕΟΚ για την ευθύνη λόγω ελαττωματικών προϊόντων, Οδηγία 93/13/ΕΟΚ σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες, η Οδηγία 87/102/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε από την Οδηγία 90/88/ΕΟΚ για την καταναλωτική πίστη, η Οδηγία 97/7/ΕΟΚ για τη σύναψη συμβάσεων από απόσταση, καθώς και οι Οδηγίες 84/450/ΕΟΚ και 97/36/ΕΟΚ για τη διαφήμιση), που αντιστοιχεί κατά το μεγαλύτερο μέρος του στο δικό μας ν.2251/1994, βρίσκει εφαρμογή και στο πεδίο της ευθύνης του προμηθευτή software απέναντι στο χρήστη καταναλωτή.

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 4 του νόμου «καταναλωτής είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το οποίο προορίζονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που

⁷⁷ για την φορολόγηση του ηλεκτρονικού εμπορίου βλ και Οδηγία 2002/38/ΕΟΚ Συμβουλίου 7^{ης} Μαΐου 2002 για την τροποποίηση και προσωρινή τροποποίηση της Οδηγίας 77/388/ΕΟΚ για το σύστημα φόρου προστιθέμενης αξίας που εφαρμόζεται στις ραδιοφωνικές, τηλεοπτικές υπηρεσίες και ορισμένες υπηρεσίες που παρέχονται ηλεκτρονικά L 128 15/05/2002 όπου ορίζεται ότι όσον αφορά τους φόρους κατανάλωσης, όπως ο ΦΠΑ, οι διασυνοριακές ηλεκτρονικές εμπορικές συναλλαγές πρέπει να φορολογούνται τελικά στην επικράτεια όπου πραγματοποιείται η κατανάλωση και η προμήθεια ψηφιακών προϊόντων δεν πρέπει να τυγχάνει μεταχείρισης όμοιας με την παράδοση αγαθών. Σύμφωνα με τις διατάξεις του καθεστώτος ΦΠΑ της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αυτό σημαίνει ότι οι εν λόγω ψηφιακές παραδόσεις εξομοιώνονται, για λόγους φορολόγησης, με παροχή υπηρεσιών.

προσεφέρονται στην αγορά ή το οποίο κάνει χρήση τέτοιων προϊόντων ή υπηρεσιών, εφόσον αποτελεί τον τελικό αποδέκτη τους».

Έτσι ο ν. 2251/1994 βρίσκει πεδίο εφαρμογής και στις συμβάσεις ηλεκτρονικού ή μη εμπορίου εν προκειμένω λογισμικού⁷⁸, εφόσον ο χρήστης αποτελεί τον τελικό αποδέκτη των στην αγορά προσφερομένων προϊόντων, δηλαδή εφόσον δεν έχει σκοπό να τα μεταβιβάσει ή να παραχωρήσει τη χρήση τους σε τρίτο ή να κάνει χρήση αυτών για λογαριασμό τρίτου.

Και μόνο όταν το λογισμικό θα προσφέρεται σε εξατομικευμένο αποδέκτη όπως στην περίπτωση του ατομικού λογισμικού (βλ. παρακάτω 6.2 τότε αυτός δε θα αποτελεί καταναλωτή κατά την έννοια του ν.)

Το ενδεχόμενο να είναι ο καταναλωτής οικονομικά ισχυρότερος από τον προμηθευτή, δεν εμποδίζει κατ' αρχήν την εφαρμογή της ρύθμισης, γιατί το ουσιαστικό κριτήριο για την έννοια του καταναλωτή που δικαιολογεί την προστασία του νόμου είναι η μη κατ' επάγγελμα ενασχόληση του λήπτη του αγαθού με τις συγκεκριμένες συναλλαγές προμήθειας του αγαθού, δηλαδή η ερασιτεχνική ιδιότητα του αποδέκτη ως προς τη συγκεκριμένη συναλλαγή. Ο λήπτης ως τελικός χρήστης του αγαθού, προοριζομένου είτε για τις επαγγελματικές είτε για τις προσωπικές του ανάγκες, δεν θα έχει την εμπειρία και την εξειδικευμένη διαπραγματευτική ικανότητα που θα έχει ο προμηθευτής⁷⁹.

5.3.1 Πώληση καταναλωτικών αγαθών και εγγυήσεις (άρθρο 5 ν. 2251/1994)

Οι γενικές διατάξεις από το δίκαιο της πώλησης (βλ. 5.1.1) διαμορφώνουν την αντίστοιχη ευθύνη του πωλητή λογισμικού και ως προς τον καταναλωτή. Εδώ θα περιοριστούμε να αναφέρουμε, ότι για την αναλυόμενη στην παρούσα ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού ισχύει και το ειδικότερο άρθρο 5 του ν. 2251/1994, υπό τον τίτλο «πώληση καταναλωτικών αγαθών και εγγυήσεις»

⁷⁸ Όχι μόνο με την υλική παράδοση «στο χέρι» ενός υλικού φορέα π.χ. δισκέτα με λογισμικό αλλά και όταν προμήθεια του λογισμικού στον καταναλωτή γίνεται ηλεκτρονικά, δηλαδή ο καταναλωτής το «κατεβάζει» (download) απευθείας ηλεκτρονικά.

⁷⁹ Αυγουστιανάκης, στο Σταθόπουλο/Χιωτέλλη/Αυγουστιανάκη, Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο Ι- Επιπτώσεις κοινοτικών οδηγιών του ΑΚ, σελ 40

όπως αυτό έχει τροποποιηθεί με το ν. 3043/2002, ώστε να μην περιορίζεται η εφαρμογή της διάταξης στην κατά τον παλαιό τίτλο «εξυπηρέτηση μετά την πώληση». ⁸⁰

Στο σημείο αυτό της παρούσας και στο πλαίσιο της αναγκαστικοποίησης του γενικότερου δικαίου της πώλησης πιστεύω ότι πρέπει να επιδοθούμε και στον εξής προβληματισμό σχετικά με την αναγκαστικοποίηση της εν λόγω διάταξης: Κατά πόσο είναι αποδεκτή η απόκλιση των μερών από τη διάταξη αυτή με αντίθετη συμφωνία. Η παρ. 5 του ιδίου άρθρου ορίζει ότι εκ των προτέρων παραίτηση του καταναλωτή από την προστασία των διατάξεων αυτών είναι άκυρη. Άρα συνάγεται *a contrario* ότι είναι εφικτή η εκ των υστέρων παραίτηση του καταναλωτή από τις διατάξεις αυτές. Ενώ το άρθρο ΑΚ 538 δίνει την δυνατότητα στον αγοραστή να συμφωνήσει αποκλεισμό ή περιορισμό της

⁸⁰ "Πώληση καταναλωτικών αγαθών και εγγυήσεις" άρθρο 5: 1. Σε κάθε πώληση ο προμηθευτής οφείλει να παρέχει στον καταναλωτή γραπτώς, στην ελληνική γλώσσα ή με σύμβολα διεθνώς καθιερωμένα, σαφείς οδηγίες για την ασφαλή χρήση, διατήρηση, συντήρηση και πλήρη αξιοποίηση του προϊόντος, και ενημέρωση για τους κινδύνους κατά τη χρήση και διατήρησή του. Εξαιρούνται τα απλά κατά την κατασκευή, τη χρήση και τη συντήρηση προϊόντα.

2. Κατά την πώληση, ο προμηθευτής οφείλει να ενημερώνει τον καταναλωτή για την πιθανή διάρκεια ζωής του προϊόντος. Πιθανή διάρκεια ζωής του προϊόντος είναι ο εύλογα αναμενόμενος χρόνος κατά τον οποίο το προϊόν θα μπορεί να χρησιμοποιείται σύμφωνα με τον προορισμό του, έστω και έπειτα από επισκευή ή αντικατάσταση ανταλλακτικών, εφόσον η φθορά από την τακτική χρήση καταστήσει το προϊόν άχρηστο ή την περαιτέρω χρήση του οικονομικά ασύμφορη.

3. Όταν παρέχεται εγγύηση στον καταναλωτή, ο προμηθευτής οφείλει να την παρέχει γραπτώς ή με άλλο τεχνικό μέσο αποτύπωσης που μπορεί να είναι διαθέσιμο και προσιτό στον καταναλωτή. Σε περίπτωση προμήθειας καινούργιων προϊόντων με μακρά διάρκεια (διαρκή καταναλωτικά αγαθά), η παροχή γραπτής εγγύησης είναι υποχρεωτική. Η εγγύηση πρέπει να περιλαμβάνει με απλή, ευανάγνωστη και κατανοητή διατύπωση στην ελληνική γλώσσα τουλάχιστον την επωνυμία και τη διεύθυνση του εγγυητή, το προϊόν στο οποίο αναφέρεται η εγγύηση, το ακριβές περιεχόμενό της, τη διάρκειά της, την τοπική έκταση ισχύος της, καθώς και τα δικαιώματα που παρέχει το εφαρμοστέο δίκαιο. Η εγγύηση πρέπει να είναι σύμφωνη με τους κανόνες της καλής πίστης και να μην αναιρείται από υπερβολικές ρήτρες εξαιρέσεων. Η διάρκεια της εγγύησης πρέπει να είναι εύλογη σε σχέση με την πιθανή διάρκεια ζωής του προϊόντος. Ειδικά για τα προϊόντα τεχνολογίας αιχμής, η διάρκεια της εγγύησης πρέπει να είναι εύλογη σε σχέση με το χρόνο κατά τον οποίο αναμένεται ότι θα παραμένουν σύγχρονα από τεχνολογική άποψη, αν ο χρόνος αυτός είναι συντομότερος από την πιθανή διάρκεια ζωής τους.

4. Η παράβαση των διατάξεων της προηγούμενης παραγράφου δεν θίγει το κύρος της εγγύησης, την οποία ο καταναλωτής μπορεί να επικαλεσθεί και να απαιτήσει την τήρησή της. Σε περίπτωση αντικατάστασης του προϊόντος ή ανταλλακτικού του, η εγγύηση αυτόματα ανανεώνεται για όλη της τη διάρκεια ως προς το νέο προϊόν ή ανταλλακτικό.

5. Σε κάθε περίπτωση επιφυλάσσεται η εφαρμογή των διατάξεων του Αστικού Κώδικα για την ευθύνη του πωλητή για πραγματικά ελαπώματα ή έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων. Εκ των προτέρων παραίτηση του καταναλωτή από την προστασία του κατά τις διατάξεις αυτές είναι άκυρη. Σε διαφορά η οποία απορρέει από την πώληση καταναλωτικών αγαθών και φέρεται ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων, ανεξάρτητα από το εφαρμοστέο σε αυτή δίκαιο, εφαρμόζονται πάντοτε οι διατάξεις του ελληνικού δικαίου που διέπουν την πώληση καταναλωτικών αγαθών κατά την έκταση που παρέχουν μεγαλύτερη προστασία στον καταναλωτή.

6. Ο προμηθευτής καινούργιων διαρκών καταναλωτικών αγαθών οφείλει να εξασφαλίζει στους καταναλωτές τη συνεχή παροχή τεχνικών υπηρεσιών για τη συντήρηση και επισκευή τους για χρονικό διάστημα ίσο με την πιθανή διάρκεια της ζωής τους. Επίσης, οφείλει να εξασφαλίζει στους καταναλωτές την ευχέρεια προμήθειας

ευθύνης του πωλητή. Το ορθότερο ωστόσο θα ήταν κατά τη γνώμη μου και δη στο πνεύμα προστασίας του αγοραστή καταναλωτή ή μη, να αποκλείσουμε και αυτή τη δυνατότητα που θέτει τα συμφέροντά του άνευ λόγου σε κίνδυνο.

Παράλληλα ολοένα περισσότερο γίνεται αποδεκτή η μεγιστοποίηση της ευθύνης του πωλητή σε σημείο που να μην απαλλάσσεται αυτός για παραβίαση των υποχρεώσεών του ούτε για ελαφρά αμέλεια ούτε για τυχερά.

5.3.2 Ευθύνη του παραγωγού/προμηθευτή (άρθρο 6 ν. 2251/1994)

Ευθύνη του παραγωγού, και δη γνώσια αντικειμενική ευθύνη του για ελαττωματικά προϊόντα, εν προκειμένω για ελαττωματικό λογισμικό, μπορεί, κατά τη γνώμη μας, να υπάρξει αφού είναι δυνατόν να συντρέξουν όλες οι προϋποθέσεις που απαιτεί ο ν. 2251/1994 (ΦΕΚ Α 191) «Προστασία των καταναλωτών» (άρθρο 6: Ευθύνη του παραγωγού για ελαττωματικά προϊόντα): α) ελάττωμα προϊόντος του παραγωγού β) ζημία γ) αιτιώδης συνάφεια μεταξύ ελαττώματος και ζημίας.

Ως προϊόν (παραγωγού) νοείται κάθε κινητό πράγμα (άρθρο 2 Οδηγίας 85/374/ΕΟΚ της 25.07.1985, βλ και άρθρο 8 παρ. 2 α. ν. 1961/91) ακόμα και αν έχει ενσωματωθεί ως συστατικό σε άλλο πράγμα κινητό ή ακίνητο, καθώς επίσης οι φυσικές δυνάμεις, ιδίως το ηλεκτρικό ρεύμα και η θερμότητα, εφόσον υπόκεινται σε εξουσίαση όταν περιορίζονται σε ορισμένο χώρο (ν. 2251/1994 άρθρο 6 παρ. 2 εδ. 2-3), έτσι κατά τη γνώμη μας μπορεί να υπαχθεί στην έννοια του προϊόντος και το λογισμικό.

Ωστόσο στην έννοια του προϊόντος μπορεί να υπαχθεί μόνο το τυποποιημένο software που προορίζεται για μαζική κατανάλωση και όχι το έργο με την έννοια του ΑΚ 681 ⁸¹ άρα όχι το ατομικό software, το οποίο υπάγεται στις διατάξεις για τη μίσθωση έργου.

Ελαττωματικό είναι το λογισμικό αν δεν παρέχει την εύλογα αναμενόμενη ασφάλεια εν όψει όλων των ειδικών συνθηκών και ιδίως της εξωτερικής εμφάνισής του, της εύλογα αναμενόμενης χρησιμοποίησής του και του χρόνου

των ανταλλακτικών και άλλων τυχόν προϊόντων, που απαιτούνται για τη χρήση τους σύμφωνα με τον προορισμό τους, για όλη την πιθανή διάρκεια της ζωής τους.

⁸¹ Thomas/Palandt § 823 BGB Anm 16 D c bb)

κατά τον οποίο τέθηκε σε κυκλοφορία. Δεν είναι ελαττωματικό ένα προϊόν για μόνο το λόγο ότι μεταγενέστερα τέθηκε σε κυκλοφορία άλλο τελειότερο. (παρ. 5 άρθρου 6)

Η ευθύνη του παραγωγού όπως προαναφέρθηκε είναι γνήσια αντικειμενική (παρ. 1 άρθρου 6).

Στη ζημία περιλαμβάνεται η ζημία λόγω θανάτου ή σωματικής βλάβης καθώς και η βλάβη ή καταστροφή, εξαιτίας του ελαττωματικού προϊόντος, κάθε περιουσιακού στοιχείου του καταναλωτή, εκτός από το ίδιο το ελαττωματικό προϊόν και μόνο για το ποσό της βλάβης ή καταστροφής άνω των 500 ευρώ, εφόσον κατά τη φύση του προοριζόταν και πραγματικά χρησιμοποιήθηκε από το ζημιωθέντα για προσωπική του χρήση ή κατανάλωση (παρ. 6 του άρθρου 6 όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την ΥΑ Ζ1-659/2002 ΚΟΙΝΗ, ΦΕΚ 1373 Β 25.10.2002).

Κατά την παρ. 7 η ικανοποίηση για ηθική βλάβη και ψυχική οδύνη λόγω θανάτου διέπεται από τις διατάξεις για τις αδικοπραξίες. Π.χ. λόγω ελαττωματικού προγράμματος αυτόματου πιλότου ένα αεροπλάνο συντρίβεται. Ωστόσο ο παραγωγός δεν ευθύνεται αν αποδείξει έστω και έναν από τους κατά το άρθρο 6 παρ. 8⁸² του ν. 2251/1994 λόγους απαλλαγής του από την ευθύνη⁸³.

Υπάρχει ευθύνη εις ολόκληρον έναντι του καταναλωτή σε περίπτωση που δύο ή περισσότερα πρόσωπα ευθύνονται για την ίδια ζημία και υπάρχει μεταξύ τους δικαίωμα αναγωγής αναλόγως προς τη συμμετοχή τους στην επέλευση της ζημίας (παρ. 10). Ενώ κατά παρ 11 η ευθύνη του παραγωγού δεν μειώνεται αν η ζημία οφείλεται σωρευτικά τόσο σε ελάττωμα του προϊόντος όσο και σε πράξη ή παράλειψη τρίτου, μπορεί όμως εν όψει όλων των ειδικών συνθηκών να μειωθεί ή και να αρθεί, όταν συντρέχει πταίσμα του ζημιωθέντος ή προσώπου

⁸² Αυτοί οι λόγοι απαλλαγής κατά το άρθρο 6 παρ. 8 του ιδίου νόμου είναι ότι: α) δεν έθεσε το προϊόν σε κυκλοφορία, β) το ελάττωμα δεν υπήρχε όταν το προϊόν τέθηκε σε κυκλοφορία, γ) δεν κατασκεύασε το προϊόν αποβλέποντας στη διανομή του και δεν το διένειμε στο πλαίσιο της επαγγελματικής του δραστηριότητας, δ) το ελάττωμα οφείλεται στο ότι το προϊόν κατασκευάστηκε σύμφωνα με κανόνες αναγκαστικού δικαίου θεσπισμένους από δημόσια αρχή και ε) όταν το προϊόν τέθηκε σε κυκλοφορία, το επίπεδο επιστημονικών και τεχνικών γνώσεων δεν επέτρεπε τη διαπίστωση.

⁸³ βλ και Αυγουστιανάκη, στο Σταθόπουλο/Χιωτέλλη/Αυγουστιανάκη, Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο Ι- Επιπτώσεις κοινοτικών οδηγιών του ΑΚ, σελ. 130 επ.

για το οποίο ευθύνεται ο ζημιωθείς. Κάθε συμφωνία περιορισμού ή απαλλαγής του παραγωγού από την ευθύνη του είναι άκυρη (παρ. 12)

Η παρ 13, προβλέπει τριετή παραγραφή των αξιώσεων κατά του παραγωγού για ζημιές αφότου ο ζημιωθείς πληροφορήθηκε ή όφειλε να πληροφορηθεί τη ζημία, το ελάττωμα και την ταυτότητα του παραγωγού. Μετά δεκαετία από την κυκλοφορία του συγκεκριμένου προϊόντος επέρχεται απόσβεση των δικαιωμάτων του ζημιωθέντος κατά του παραγωγού.

5.3.3 Ευθύνη προμηθευτή ως προς ΓΟΣ και αντίστοιχη προστασία καταναλωτή (άρθρο 2 ν. 2251/1994)

Και εδώ κοινό χαρακτηριστικό των συμβάσεων προμήθειας λογισμικού που καταρτίζονται είτε off-line είτε on-line ⁸⁴ είναι ότι καταρτίζονται βάσει ηλεκτρονικών ή μη εγγράφων με όρους που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για απροσδιόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων ⁸⁵. Στην πλειοψηφία των περιπτώσεων οικονομικά ισχυρότερος είναι αυτός (συνήθως εταιρείες) που έχει προδιατυπώσει τους όρους της σύμβασης στην οποία ο συνήθως οικονομικά ασθενέστερος αντισυμβαλλόμενος έχει την ευχέρεια να προσχωρήσει ή όχι ⁸⁶.

Κατ' άρθρο 2 παρ. 1 οι ΓΟΣ «δε δεσμεύουν τον καταναλωτή, αν κατά την κατάρτιση της σύμβασης τους αγνοούσε ανυπαίτιως και ο προμηθευτής δεν του υπέδειξε την ύπαρξή τους ή του στέρησε τη δυνατότητα να λάβει πραγματική γνώση του περιεχομένου τους.» , ενώ αυτοί πρέπει να εκτυπώνονται ευανάγνωστα και σε εμφανές μέρος του εγγράφου της σύμβασης (άρθρο 2 παρ. 3), δηλαδή και στην ιστοσελίδα ή στο e-mail πρέπει να είναι εμφανείς ή να περιέχονται σε link (που σημαίνει σύνδεσμος, δηλ. θα παραπέμπονται σε άλλη ιστοσελίδα δηλαδή με ένα κλικάρισμα πάνω στο link που υφίσταται στην ιστοσελίδα) που θα βρίσκεται σε εμφανές σημείο.

⁸⁴ ΓΟΣ περιέχονται στο server που φιλοξενείται έναντι αντιτίμου ο προμηθευτής αγαθών και υπηρεσιών, ενώ ο μελλοντικός χρήστης του μέσω Διαδικτύου επιλέγει αν θα συμφωνήσει με αυτούς και συνεχίζει τη συναλλαγή ή αν θα διαφωνήσει οπότε και δεν του επιτρέπεται να συνεχίσει την όποια συναλλαγή

⁸⁵ βλ. Αυγουστιανάκη, σε Σταθόπουλου/Χιωτέλλη/Αυγουστιανάκη, Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο Ι, σελ 83 επ. και Καράκωστα, Ιωάννης Κ, Δίκαιο και Internet νομικά ζητήματα του Διαδικτύου, β' έκδοση, σελ. 213 επ.

⁸⁶ Βλ Γεωργιάδη, Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας, σ. 25 επ.

Κατά 2 παρ.4 και 5, οι ειδικότεροι όροι είναι επικρατέστεροι από τους αντίστοιχους ΓΟΣ⁸⁷, ενώ αν οι ΓΟΣ διατυπώθηκαν μονομερώς από τον προμηθευτή ή από τρίτο για λογαριασμό του αυτοί ερμηνεύονται υπέρ του καταναλωτή και κατά 2 παρ. 6 και 7 είναι άκυροι οι καταχρηστικοί ΓΟΣ, δηλαδή αυτοί που δεσμεύουν υπέρμετρα τον καταναλωτή.

5.3.4 Ευθύνη προμηθευτή και αντίστοιχη προστασία καταναλωτή συμβάσεις από απόσταση (άρθρο 4) και στις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος (άρθρο 3)

Ο προμηθευτής software μπορεί να ευθύνεται και αντίστοιχα ο καταναλωτής-χρήστης προστατεύεται και κατά τις διατάξεις των άρθρων 4 και 3 του ν. 2251/1994 για τις συμβάσεις από απόσταση και εκτός εμπορικού καταστήματος.

Η σύμβαση προμήθειας λογισμικού εντός ή εκτός διαδικτύου είναι δυνατόν να εμπίπτει στη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1, κατά την οποία η σύμβαση από απόσταση είναι αυτή που συνάπτεται « ύστερα από πρόταση του προμηθευτή χωρίς ταυτόχρονη φυσική παρουσία του προμηθευτή και του καταναλωτή, με τη χρησιμοποίηση τεχνικής επικοινωνίας⁸⁸ από απόσταση για τη διαβίβαση της πρότασης για σύναψη της σύμβασης και της αποδοχής»

Έτσι κατά το νέο⁸⁹ άρθρο 4 του ν. 2251/1994 Σύμβαση από απόσταση είναι άκυρη υπέρ του καταναλωτή,αν:

«πριν από τη σύναψη της σύμβασης ο καταναλωτής δεν ενημερώθηκε με τα μέσα της χρησιμοποιούμενης τεχνικής επικοινωνίας κατά τρόπο σαφή, τηρουμένων των αρχών της καλής πίστης κατά τις εμπορικές συναλλαγές, για τα ακόλουθα ιδίως στοιχεία: α) την ταυτότητα του προμηθευτή, β) τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του αγαθού ή της υπηρεσίας, γ) την τιμή, την ποσότητα και τις

⁸⁷ η ερμηνεία των ΓΟΣ γίνεται και με βάση τα άρθρα 173 και 200ΑΚ.

⁸⁸ Τέτοια μέσα είναι σύμφωνα με το παράρτημα 1 της Οδηγίας 97/7/ΕΚ της 20 Μαΐου 1997 και κατά το νέο άρθρο 4 παρ. 1 εδ. Β. του ν. 2251 Μέσα τεχνικής επικοινωνίας από απόσταση, με την έννοια του άρθρου αυτού, είναι ιδίως τα έντυπα χωρίς παραλήπτη, τα έντυπα με παραλήπτη, οι τυποποιημένες επιστολές, τα διαφημιστικά έντυπα με στέλεχος παραγγελίας, οι κατάλογοι, το τηλέφωνο με ή χωρίς ανθρώπινη παρέμβαση, το ραδιόφωνο, το εικονοτηλέφωνο, το βιντεοτέξτ (μικροϋπολογιστής και τηλεοπτική οθόνη) με πληκτρολόγιο ή οθόνη αμφίδρομης επικοινωνίας, το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, η τηλεομοιοτυπία και η τηλεόραση.

⁸⁹ Οι παρ.1 και 2 αντικαταστάθηκαν ως άνω με το άρθρο 2 της ΥΑ (ΚΟΙΝΗ) Ζ1-496/2000 (Β 1545)

δαπάνες μεταφοράς, καθώς και το φόρο προστιθέμενης αξίας, εφόσον δεν περιλαμβάνεται στην τιμή, δ) τον τρόπο πληρωμής, παράδοσης και εκτέλεσης, ε) τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς ή της τιμής, στ) το δικαίωμα υπαναχώρησης, ζ) το κόστος χρησιμοποίησης του μέσου επικοινωνίας από απόσταση, όταν υπολογίζεται με βάση άλλη εκτός των βασικών τιμολογίων, με την επιφύλαξη της παρ. 3 του παρόντος άρθρου και η) ελάχιστη διάρκεια ισχύος της σύμβασης στην περίπτωση συμβάσεων για την προμήθεια αγαθών ή υπηρεσιών που επιτελείται διαρκώς ή περιοδικώς.» (παρ. 2 του άρθρου 4)

και «αν αυτός δεν λάβει σε εύθετο χρόνο, κατά την εκτέλεση της σύμβασης και το αργότερο κατά τη στιγμή της παράδοσης, όσον αφορά τα αγαθά, τα οποία δεν πρόκειται να παραδοθούν σε τρίτους, γραπτά και στη γλώσσα που χρησιμοποιήθηκε στην πρόταση σύναψης σύμβασης τις ακόλουθες τουλάχιστον πληροφορίες: α) τις πληροφορίες που προβλέπονται στην παράγραφο 2 του άρθρου αυτού, β) την επωνυμία και τη διεύθυνση του πιο προστιού για τον καταναλωτή καταστήματος του προμηθευτή, γ) τον τρόπο καταβολής του τιμήματος, περιλαμβανομένων των όρων πίστωσης ή πληρωμής με δόσεις, καθώς και τους όρους εξασφάλισης, δ) το δικαίωμα υπαναχώρησης και, σε χωριστό έντυπο, υπόδειγμα δήλωσης υπαναχώρησης του καταναλωτή από τη σύμβαση κατά την επόμενη παράγραφο, ε) πληροφορίες σχετικές με την εξυπηρέτηση μετά την πώληση και τις υφιστάμενες εμπορικές εγγυήσεις και στ) τους όρους καταγγελίας της σύμβασης, όταν πρόκειται για σύμβαση αόριστου χρόνου ή διάρκειας μεγαλύτερης του ενός έτους».(παρ. 9 του άρθρου 4)

Σημαντικό είναι το δικαίωμα αναιτιολόγητης υπαναχώρησης του καταναλωτή εντός 10 ημερών ή αν συμφωνήθηκε εντός μεγαλύτερης προθεσμίας από την ημερομηνία παραλαβής εν προκειμένω του λογισμικού. Παραίτηση από το δικαίωμα αυτό είναι άκυρη. Στην περίπτωση που ο προμηθευτής δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 9, η προθεσμία υπαναχώρησης είναι τρίμηνη. Εάν εντός της προθεσμίας των τριών μηνών παρασχεθούν οι εν λόγω πληροφορίες, ο καταναλωτής θα διαθέτει από τη στιγμή αυτή την προθεσμία υπαναχώρησης που προβλέπεται στο πρώτο εδάφιο. Σε περίπτωση άσκησης του δικαιώματος υπαναχώρησης από τον καταναλωτή κατά τα ανωτέρω, ο προμηθευτής υποχρεούται να επιστρέψει τα

καταβληθέντα από τον καταναλωτή ποσά εντός τριάντα (30) ημερών (παρ. 10 του ίδιου άρθρου).

Σε περίπτωση που αποσταλεί στον καταναλωτή λογισμικό χωρίς προηγούμενη παραγγελία εκ μέρους του, πράγμα που απαγοεύεται, αυτός έχει (άρθρο 4 παρ. 4) δικαίωμα να διαθέσει το αγαθό ή την υπηρεσία, κατά την κρίση του χωρίς να οφείλει οποιοδήποτε τίμημα, εκτός αν η αποστολή οφείλεται σε προφανές λάθος.

Κατά τα λοιπά αναφορικά με τις υποχρεώσεις του προμηθευτή και τα δικαιώματα του καταναλωτή ισχύουν και εδώ όλα όσα αναλυτικά περιγράφονται στις λοιπές παραγράφους του άρθρου 4 του ν. 2251/1995.

Η σύμβαση προμήθεια λογισμικού όταν αυτή καταρτίζεται εκτός διαδικτύου είναι, όπως προαναφέρθηκε, δυνατό να εμπίπτει στις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος του άρθρου 3 του ν. 2251, δηλ «που καταρτίζονται με πρωτοβουλία του προμηθευτή χωρίς ρητή πρόσκληση από τον καταναλωτή ή με επίσκεψη του προμηθευτή στον τόπο κατοικίας, διαμονής ή εργασίας του καταναλωτή ή σε χώρο επιλογής του προμηθευτή έξω από το εμπορικό κατάστημά του»

Κατά την παρ 1 του ίδιου άρθρου είναι άκυρες οι συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος υπέρ του καταναλωτή, αν δεν καταρτισθούν με έγγραφο στο οποίο να αναφέρονται: α) το όνομα ή η επωνυμία και η πλήρης διεύθυνση του προμηθευτή και αυτού που συμβάλλεται στο όνομα και για λογαριασμό του προμηθευτή. Η μνεία αριθμού ταχυδρομικής θυρίδας δεν αρκεί, β) η χρονολογία και η πλήρης διεύθυνση του τόπου κατάρτισης της σύμβασης, γ) η περιγραφή της φύσης και των χαρακτηριστικών των εμπορευμάτων ή υπηρεσιών, δ) οι όροι εκτέλεσης της σύμβασης και ιδίως ο τρόπος και ο χρόνος παράδοσης των εμπορευμάτων ή παροχής των υπηρεσιών, ε) η ολική επιβάρυνση του καταναλωτή και οι όροι πληρωμής και ιδίως, σε περίπτωση πίστωσης του τιμήματος ή πληρωμής με δόσεις, το πραγματικό επιτόκιο και το επιτρεπόμενο ανώτατο όριο επιτοκίου και στ) το κατά την παράγραφο 4 του

παρόντος άρθρου δικαίωμα υπαναχώρησης και, σε χωριστό έντυπο, υπόδειγμα δήλωσης υπαναχώρησης του καταναλωτή από τη σύμβαση.⁹⁰

Σημαντικό είναι το δικαίωμα υπαναχώρησης του καταναλωτή (παρ. 4 του ίδιου άρθρου), που ασκείται με συστημένη επιστολή μέσα σε δέκα (10) εργάσιμες ημέρες από την παραλαβή του εγγράφου της σύμβασης ή από την τυχόν μεταγενέστερη παραλαβή του προϊόντος, εκτός αν στη σύμβαση προβλέπεται μακρότερη προθεσμία. Παραίτηση από το δικαίωμα αυτό είναι άκυρη.

Επίσης απαγορεύεται κατά την παρ. 5 η είσπραξη όλου ή μέρους του τιμήματος, ακόμη και με μορφή αρραβώνα, εγγυοδοσίας, έκδοσης ή αποδοχής αξιογράφων ή με άλλη μορφή κατά τη διάρκεια της προθεσμίας της υπαναχώρησης, ενώ κατά την παρ. 6 ο καταναλωτής δεν έχει υποχρέωση φύλαξης ή επιστροφής του προϊόντος που του έστειλε ο προμηθευτής για δοκιμή ή εξέταση ή ως δείγμα, εκτός αν το ζήτησε ο ίδιος ή αν συμφωνήθηκε διαφορετικά.

Αναφορικά με τις συμβάσεις λογισμικού οι διατάξεις του άρθρου αυτού δεν εφαρμόζονται στις πωλήσεις λογισμικού από μικροπωλητές χωρίς μόνιμη εγκατάσταση ή εφόσον πληρούνται οι ακόλουθοι όροι:

ι) η σύμβαση συνάπτεται βάσει καταλόγου του προμηθευτή, τον οποίο ο καταναλωτής είχε την ευκαιρία να συμβουλευθεί χωρίς να είναι παρών ο αντιπρόσωπος του προμηθευτή,

ιι) προβλέπεται η εξακολούθηση της επαφής ανάμεσα στον αντιπρόσωπο του προμηθευτή και στον καταναλωτή όσον αφορά τη συγκεκριμένη ή άλλη μεταγενέστερη συναλλαγή και

ιιι) τόσο ο κατάλογος όσο και η σύμβαση πληροφορούν τον καταναλωτή ότι έχει δικαίωμα να επιστρέψει τα αγαθά στον προμηθευτή μέσα σε χρονικό διάστημα όχι μικρότερο των δέκα (10) ημερών από την παραλαβή τους ή να

⁹⁰ Κατά τις παραγράφους 2 και 3 του ίδιου άρθρου οι διατάξεις της παραγράφου 1 «εφαρμόζονται και όταν η σύμβαση καταρτίστηκε έπειτα από ρητή πρόσκληση του προμηθευτή από τον καταναλωτή, έχει όμως αντικείμενο προϊόντα άλλα από εκείνα για τα οποία έγινε η πρόσκληση, εκτός αν ο καταναλωτής γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει ότι και τα άλλα αυτά προϊόντα περιλαμβάνονται στις εμπορικές δραστηριότητες του προμηθευτή ή αν τα προϊόντα αυτά σχετίζονται άμεσα με τα προϊόντα για τα οποία έγινε η πρόσκληση.3. Οι διατάξεις της παραγράφου 1 εφαρμόζονται και όταν ο καταναλωτής έχει υποβάλει προφορικά (πρόταση για κατάρτιση σύμβασης) υπό συνθήκες όμοιες με εκείνες των προηγούμενων παραγράφων, ακόμη και αν δεν δευσμεύεται από την προσφορά του μέχρι την αποδοχή της από τον προμηθευτή.

λύσει τη σύμβαση μέσα σε αυτό το χρονικό διάστημα, χωρίς να αναλαμβάνει οποιαδήποτε άλλη υποχρέωση, εκτός από μία εύλογη φροντίδα για τα αγαθά αυτά.

5.4. ΕΥΘΥΝΗ ΤΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ ΚΑΤΑ ΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 2472/1997 ⁹¹ ΚΑΙ ΤΗΝ ΟΔΗΓΙΑ 2002/58/ΕΚ ⁹²

5.4.1 Ν. 2472/1997 και Οδηγία 95/46/ΕΚ

Ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού μπορεί να θεμελιωθεί και από την παράβαση των διατάξεων του ν. περί προστασίας του ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, όπως αυτός έχει τροποποιηθεί από τους νόμους 2819/2000, 2915/2001, 3051/2002 και 3156/2003 και που έχει εκδοθεί βάσει της Οδηγίας 95/46/ΕΚ. Οι κυρώσεις που προβλέπονται από το ν. είναι διοικητικές, ποινικές και αστικές. Η παρούσα αφορά την αστική ευθύνη του προμηθευτή και εμείς θα περιοριστούμε ν' αναφέρουμε μόνο τις αστικής φύσεως κυρώσεις και μάλιστα θα ξεκινήσουμε τη μικρή επισκόπηση του νόμου αυτού ξεκινώντας από αυτές.

Η Οδηγία 95/46/ΕΚ αναφέρει (άρθρο 22) ότι τα κράτη μέλη οφείλουν να προβλέπουν δικαίωμα προσφυγής κάθε προσώπου ενώπιον δικαστηρίου σε περίπτωση παραβίασεως δικαιωμάτων κατοχυρωμένων από την εθνική νομοθεσία που εφαρμόζεται στη σχετική επεξεργασία ⁹³. Στο άρθρο 23 προβλέπεται δικαίωμα αποκατάστασης της επελθούσας ζημίας από τον υπεύθυνο της επεξεργασίας για κάθε πρόσωπο θιγόμενο από αθέμιτη επεξεργασία ή κάθε άλλη ενέργεια που δεν συμβιβάζεται με τις εθνικές διατάξεις εφαρμογής της οδηγίας. Ενώ Ο υπεύθυνος της επεξεργασίας μπορεί να απαλλαγεί της ευθύνης αυτής, εν μέρει ή εν όλω, εάν αποδείξει ότι δεν

⁹¹ Ν. 2472/1997 «Προστασία του ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» με ενσωμάτωση των τροποποιήσεων (νόμος 2819/2000, 2915/2001, 3051/2002 και 3156/2003)

⁹² του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Ιουλίου 2002, σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία για την προστασία της ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες) [Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 201, 31 Ιουλίου 2002].

⁹³ Με την επιφύλαξη ενδεχόμενης άσκησης διοικητικής, ιδίως ενώπιον της αρχής ελέγχου που αναφέρεται στο άρθρο 28, προτού επιληφθεί δικαστική αρχή.

ευθύνεται για το ζημιογόνο γεγονός (νόθος αντικειμ. ευθύνη). Σύμφωνα με το άρθρο 24 τα κράτη μέλη πρέπει να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για να εξασφαλίσουν την πλήρη εφαρμογή των διατάξεων της οδηγίας και απροβλέπουν ιδίως κυρώσεις για παράβαση των διατάξεων εφαρμογής της.

Σε συμμόρφωση με την εν λόγω οδηγία εκδόθηκε όπως είπαμε ο ν. 2472/1997. Σύμφωνα με αυτόν ο προμηθευτής λογισμικού, σε περίπτωση που κατά παράβαση του νόμου αυτού προκαλέσει περιουσιακή βλάβη θα ευθύνεται αστικά κατά τ' άρθρο 23 παρ. 1 του ν. 2472/97 και θα υποχρεούται σε πλήρη αποζημίωση. Αν προκάλεσε ηθική βλάβη, υποχρεούται σε χρηματική ικανοποίηση. Ευθύνη θα υπάρχει και όταν ο υπόχρεος όφειλε να γνωρίζει την πιθανότητα να επέλθει βλάβη σε άλλον. Καθιερώνεται λοιπόν νόθος αντικειμενική ευθύνη αυτού που παρέβη το νόμο αυτό και απαλλάσσεται μόνο αν αποδείξει ότι δεν όφειλε να γνωρίζει την πιθανότητα να επέλθει βλάβη σε άλλον.

Η παρ. 2 διευκρινίζει ότι η κατά το άρθρο 932 Α.Κ. χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης για παράβαση του παρόντος νόμου ορίζεται κατ' ελάχιστο στο ποσό των δύο εκατομμυρίων (2.000.000) δραχμών, εκτός αν ζητήθηκε από τον ενάγοντα μικρότερο ποσό ή η παράβαση οφείλεται σε αμέλεια. Η χρηματική αυτή ικανοποίηση επιδικάζεται ανεξαρτήτως από την αιτούμενη αποζημίωση για περιουσιακή βλάβη.

Οι απαιτήσεις του παρόντος άρθρου εκδικάζονται κατά τα άρθρα 664-676 του κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, ανεξάρτητα από την τυχόν έκδοση ή μη απόφασης της Αρχής ή την τυχόν άσκηση ποινικής δίωξης, καθώς και από την αναστολή ή αναβολή της για οποιονδήποτε λόγο. Η απόφαση του δικαστηρίου εκδίδεται μέσα σε δύο (2) μήνες από την πρώτη συζήτηση στο ακροατήριο.

Επιγραμματικά αναφέρουμε ότι ο νόμος 2472/97 όπως και η οδηγία 95/46/ΕΚ εφαρμόζονται στην επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, που πραγματοποιείται πλήρως ή εν μέρει με αυτοματοποιημένες διαδικασίες, καθώς και στην μη αυτοματοποιημένη επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα που περιλαμβάνονται ή πρόκειται να περιληφθούν σε αρχείο. Ενώ δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της η επεξεργασία δεδομένων, η οποία πραγματοποιείται από φυσικό πρόσωπο στο πλαίσιο αποκλειστικά προσωπικών

ή οικιακών δραστηριοτήτων ή πραγματοποιείται για την άσκηση δραστηριοτήτων που δεν διέπονται από το κοινοτικό δίκαιο όπως η δημόσια ασφάλεια, η άμυνα ή η ασφάλεια του κράτους.

Στόχος του νόμου και της οδηγίας είναι η προστασία των δικαιωμάτων και των ελευθεριών των προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, μέσω του καθορισμού κατευθυντήριων αρχών που προσδιορίζουν τη νομιμότητα της επεξεργασίας αυτής. Οι αρχές αυτές αφορούν: την ποιότητα των δεδομένων, τη νόμιμη επεξεργασία των δεδομένων, τις ειδικές κατηγορίες επεξεργασίας, την ενημέρωση του ενδιαφερομένου προσώπου, το δικαίωμα πρόσβασης του προσώπου στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα, το δικαίωμα αντίταξης του προσώπου στο οποίο αναφέρονται στα δεδομένα, το απόρρητο και την ασφάλεια της επεξεργασίας, την κοινοποίηση των αποτελεσμάτων της επεξεργασίας σε ελεγκτική αρχή. Προσδιορίζονται επίσης βάσει των παραπάνω αρχών οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιτρέπεται η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Προβλέπεται η δημιουργία ανεξάρτητων κρατικών αρχών, εν προκειμένω η Αρχή προστασίας προσωπικών δεδομένων.

5.4.2 ν. 2774/1999 Προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στον τηλεπικοινωνιακό τομέα. (ΦΕΚ Α'287 22.12.1999)

Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων των ατόμων και ιδίως της ιδιωτικής ζωής και η θέσπιση των προϋποθέσεων για την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στον τηλεπικοινωνιακό τομέα αποτελεί σκοπό του ν. 2774/1999 (άρθρα 1, 2 και 3) που έρχεται να συμπληρώσει και να εξειδικεύσει την προστασία που προσφέρει ο ν.2472/1997. Η προμήθεια λογισμικού μέσω του διαδικτύου εμπίπτει στο πεδίο του ορισμού των "τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών" του άρθρου 1 παρ. δ του νόμου, κατά τον οποίο τηλεπικοινωνιακές είναι οι υπηρεσίες των οποίων η παροχή συνίσταται εν όλω ή εν μέρει στη μετάδοση και περαιτέρω διαβίβαση σημάτων μέσω τηλεπικοινωνιακών δικτύων εξαιρουμένων των ραδιοφωνικών και τηλεοπτικών εκπομπών. Έτσι εφαρμόζεται και στην περίπτωση προμήθειας λογισμικού

online μέσω του διαδικτύου και συμβάλλει στην προστασία των προσωπικών δεδομένων του χρήστη.

Το άρθρο 4 υπό τον τίτλο αρχές ορίζει ότι οποιαδήποτε χρήση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προστατεύεται από τις ρυθμίσεις για το απόρρητο των επικοινωνιών⁹⁴ και ότι η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα επιτρέπεται μόνο εάν α) ο συνδρομητής ή ο χρήστης έχει δώσει τη συγκατάθεσή του μετά από ενημέρωση για το είδος των δεδομένων, το σκοπό και την έκταση της επεξεργασίας, τους αποδέκτες ή τις κατηγορίες αποδεκτών ή β) η επεξεργασία είναι αναγκαία για την εκτέλεση σύμβασης στην οποία ο συνδρομητής ή ο χρήστης είναι συμβαλλόμενο μέρος ή για τη λήψη μέτρων κατά το προσυμβατικό στάδιο μετά από αίτηση του συνδρομητή. Ενώ αυτή πρέπει να περιορίζεται στο απολύτως αναγκαίο για την εξυπηρέτηση των σκοπών της.

Ο φορέας της διαθέσιμης στο κοινό τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιεί τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα ή να τα διαβιβάζει σε τρίτους για άλλους σκοπούς και ιδίως για σκοπούς διαφήμισης ή εμπορικής έρευνας ογοράς προϊόντων και υπηρεσιών, εκτός εάν ο συνδρομητής ή ο χρήστης έχει ρητά και ειδικά δώσει τη συγκατάθεσή του (παρ. 4). Επίσης ο φορέας παροχής διαθέσιμης στο κοινό τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας απαγορεύεται να εξαρτά την παροχή των υπηρεσιών αυτών από τη συγκατάθεση του συνδρομητή ή του χρήστη για την επεξεργασία των δεδομένων αυτών για άλλους σκοπούς εκτός από αυτούς που εξυπηρετούν άμεσα την παροχή των υπηρεσιών τις οποίες αφορά ο παρών νόμος.

Ενώ κατά την παρ. 5 ο σχεδιασμός και η επιλογή των τεχνικών μέσων, καθώς και ο εξοπλισμός για την παροχή διαθέσιμων στο κοινό τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών πρέπει να γίνεται με κριτήριο και σκοπό την επεξεργασία όσο το δυνατόν λιγότερων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Κατά την παρ. 6 του ίδιου άρθρου ο παρέχων διαθέσιμες στο κοινό τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες οφείλει να καθιστά δυνατή τη χρήση και πληρωμή υπηρεσιών ανωνύμως ή με ψευδώνυμο, στο βαθμό που αυτό είναι τεχνικό εφικτό.

⁹⁴ Κατά το ίδιο άρθρο η άρση του απορρήτου σε δημόσιες αρχές είναι επιτρεπτή μόνο για τους λόγους και υπό τους όρους και διαδικασίες που ορίζει ο ν. 2225/1994 (ΦΕΚ 121 Α'/20.7.1994), όπως ισχύει

Κατά το άρθρο 5 παρ. 1. Τα δεδομένα κίνησης που αφορούν συνδρομητές και χρήστες, τα οποία υποβάλλονται σε επεξεργασία για την πραγματοποίηση κλήσεων και αποθηκεύονται από το φορέα παροχής τηλεπικοινωνιακού δικτύου ή και διαθέσιμης στο κοινό τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας πρέπει να απαλείφονται ή να καθίστανται ανώνυμα κατά τη λήξη της κλήσης, με την επιφύλαξη των διατάξεων των παραγράφων 2, 3 και 4 του παρόντος άρθρου.

Κατά την παρ. 7 ο φορέας διαθέσιμης στο κοινό τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας οφείλει να διαθέτει μέσα εξουδετέρωσης της δυνατότητας μη αναγραφής της καλούσας γραμμής.

Ανάμεσα σε άλλες υποχρεώσεις και απαγορεύσεις που ορίζονται στο νόμο το άρθρο 10 ορίζει ότι ο φορέας παροχής διαθέσιμων στο κοινό τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών οφείλει να λαμβάνει τα ενδεδειγμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα προκειμένου να προστατεύεται η ασφάλεια των υπηρεσιών του, και εφόσον χρειάζεται από κοινού με το φορέα παροχής του δημόσιου δικτύου τηλεπικοινωνιών, και η ασφάλεια του δημόσιου τηλεπικοινωνιακού δικτύου. Λαμβανομένων υπόψη των πλέον πρόσφατων τεχνικών δυνατοτήτων και του κόστους εφαρμογής τους, τα μέτρα αυτά εξασφαλίζουν επίπεδο ασφαλείας ανάλογο προς τον υπάρχοντα κίνδυνο (παρ. 1). Επίσης σε περίπτωση που υπάρχει ιδιαίτερος κίνδυνος παραβίασης της ασφαλείας του δημόσιου τηλεπικοινωνιακού δικτύου, ο φορέας αυτός οφείλει να ενημερώσει τους συνδρομητές για τον κίνδυνο αυτόν και για όλες τις τυχόν δυνατότητες αποτροπής του κινδύνου, συμπεριλαμβανομένου και του σχετικού κόστους. Η ενημέρωση αυτή δεν απαλλάσσει το φορέα από τις υποχρεώσεις που ορίζονται στην παράγραφο 1.

Σχετικά με την αστική ευθύνη του παρέχοντα στο κοινό τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες το άρθρο 12 προβλέπει στην παρ. 1 ότι το φυσικό πρόσωπο ή νομικό πρόσωπο, που κατά παράβαση του παρόντος νόμου προκαλεί περιουσιακή βλάβη, υποχρεούται σε πλήρη αποζημίωση. Αν προκάλεσε ηθική βλάβη, υποχρεούται σε χρηματική ικανοποίηση. Ενώ κατά το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου αυτής ο υπόχρεως απαλλάσσεται από την ευθύνη αν αποδείξει ότι δεν γνώριζε ούτε όφειλε να γνωρίζει την πιθανότητα να επέλθει βλάβη σε άλλον.

Καθιερώνεται λοιπόν νόθος αντικειμενική ευθύνη αυτού που παρέβη το νόμο αυτό, παρόμοια με αυτή του νόμου 2472/1997.

Κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου η κατά το άρθρο 932 Α.Κ. χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης για παράβαση του παρόντος νόμου ορίζεται κατ' ελάχιστο στο ποσό των δύο εκατομμυρίων (2.000.000) δραχμών, εκτός αν ζητήθηκε από τον ενάγοντα μικρότερο ποσό. Η χρηματική αυτή ικανοποίηση επιδικάζεται ανεξαρτήτως από την αιτούμενη οποζημίωση για περιουσιακή βλάβη. Και η παρ. 3 ορίζει ότι οι απαιτήσεις του παρόντος άρθρου εκδικάζονται κατά τα άρθρα 664-676 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, ανεξάρτητα από την τυχόν έκδοση ή μη απόφασης της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα ή την τυχόν άσκηση ποινικής δίωξης.

Το άρθρο 13 ορίζει ποινικές κυρώσεις για την παράβαση του νόμου αυτού.

5.4.3 Οδηγία 2002/58/ΕΚ

Η Οδηγία αυτή (*EE L 201 31.07.2002 σ.37*) μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στην προμήθεια λογισμικού που γίνεται αποκλειστικά μέσω ηλεκτρονικής συναλλαγής, μια και η οδηγία 2002/58/ΕΚ συνιστά τη νέα νομοθετική πράξη που καλύπτει τον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, αντικαθιστά την υφιστάμενη νομοθεσία που διέπει τον τομέα των τηλεπικοινωνιών ⁹⁵ και καταργεί την οδηγία 97/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Δεκεμβρίου 1997.

Κατ' άρθρο 2 α), β), γ) και δ) της Οδηγίας: α) "χρήστης", είναι κάθε φυσικό πρόσωπο που χρησιμοποιεί διαθέσιμη στο κοινό υπηρεσία ηλεκτρονικών επικοινωνιών, για προσωπικούς ή επαγγελματικούς σκοπούς, χωρίς να είναι απαραίτητα συνδρομητής της εν λόγω υπηρεσίας·

β) "δεδομένα κίνησης", είναι τα δεδομένα που υποβάλλονται σε επεξεργασία για τους σκοπούς της διαβίβασης μιας επικοινωνίας σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή της χρέωσής της·

⁹⁵ Η δέσμη ρυθμίσεων για τις τηλεπικοινωνίες περιλαμβάνει τέσσερις ακόμη οδηγίες, τη 2002/21/ΕΚ που αποτελεί το γενικό πλαίσιο, βάση του οποίου εκδόθηκε και η υπό εξέταση οδηγία και οι λοιπές τρεις και δη η 2002/19/ΕΚ για την πρόσβαση και τη διασύνδεση, και η 2002/20/ΕΚ για τις εξουσιοδοτήσεις και τις άδειες καθώς και η 2002/22/ΕΚ για τις παγκόσμιες υπηρεσίες.

γ) "δεδομένα θέσης", τα δεδομένα που υποβάλλονται σε επεξεργασία σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών και που υποδεικνύουν τη γεωγραφική θέση του τερματικού εξοπλισμού του χρήστη μιας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών

δ) "επικοινωνία" είναι κάθε πληροφορία που ανταλλάσσεται ή διαβιβάζεται μεταξύ ενός πεπερασμένου αριθμού μερών, μέσω μιας διαθέσιμης στο κοινό υπηρεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Δεν περιλαμβάνονται πληροφορίες που διαβιβάζονται ως τμήμα ραδιοτηλεοπτικών υπηρεσιών στο κοινό μέσω δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών, εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι πληροφορίες μπορούν να αφορούν αναγνωρίσιμο συνδρομητή ή χρήστη που τις λαμβάνει·

Εδώ εξετάζονται ορισμένα θέματα περισσότερο ή λιγότερο ευαίσθητα, όπως η φύλαξη των δεδομένων σύνδεσης από τα κράτη μέλη για την εξυπηρέτηση της αστυνομικής επιτήρησης (κατακράτηση δεδομένων), η αποστολή αυτόκλητων ηλεκτρονικών μηνυμάτων, η χρήση "cookies" και η αναγραφή προσωπικών δεδομένων στους δημόσιους καταλόγους συνδρομητών.

Ενδιαφέρον για τον θέμα που αναλύουμε στην παρούσα παρουσιάζουν δύο υποχρεώσεις που προκύπτουν από τις διατάξεις της οδηγίας, αυτή του απορρήτου των επικοινωνιών, την απαγόρευση spamming και χρήσης cookies χωρίς τη συναίνεση των χρηστών

5.4.2.1. Απόρρητο των επικοινωνιών

Η οδηγία υπενθυμίζει ως βασική αρχή ότι τα κράτη μέλη οφείλουν να εγγυώνται μέσω της εθνικής νομοθεσίας το απόρρητο των επικοινωνιών που πραγματοποιούνται μέσω δημοσίου δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Οφείλουν, ειδικότερα, (άρθρο 5) να απαγορεύουν σε κάθε άλλο πρόσωπο εκτός των χρηστών την ακρόαση, την υποκλοπή, την αποθήκευση των επικοινωνιών ή άλλων δεδομένων κίνησης χωρίς τη συγκατάθεση των ενδιαφερομένων χρηστών. Έτσι όχι μόνο τα κράτη οφείλουν να φροντίσουν για τη διασφάλιση του απορρήτου επικοινωνίας αλλά συνάγεται ότι και ο προμηθευτής λογισμικού όσο και ο συναλλασσόμενος με αυτόν υπόκεινται στην απαγόρευση αυτή απορρήτου

επικοινωνιών και αναλαμβάνουν έτσι την αντίστοιχη υποχρέωση διαφύλαξης αυτού και μόνο εφόσον υφίσταται κοινή συγκατάθεσή τους μπορεί να αρθεί αυτό το απόρρητο ή με σχετική άδεια που προβλέπει το άρθρο 15 της οδηγίας, το οποίο αναφέρει ότι η κατακράτηση των δεδομένων είναι εφικτή μόνον όταν πρόκειται για τη διενέργεια ερευνών ποινικού χαρακτήρα ή για τη διαφύλαξη της εθνικής ασφάλειας, της εθνικής άμυνας και της δημόσιας ασφάλειας. Ένα τέτοιο μέτρο μπορεί να θεσπιστεί μόνον όταν αποτελεί "αναγκαίο, κατάλληλο και ανάλογο μέτρο σε μια δημοκρατική κοινωνία".

Ενώ η παρ. 2 του ίδιου άρθρου αναφέρει ότι η υποχρέωση απορρήτου δεν επηρεάζει οποιαδήποτε επιτρεπόμενη από το νόμο καταγραφή συνδιαλέξεων και των συναφών δεδομένων κίνησης όταν πραγματοποιούνται κατά τη διάρκεια νόμιμης επαγγελματικής πρακτικής με σκοπό την παροχή αποδεικτικών στοιχείων μιας εμπορικής συναλλαγής ή οποιασδήποτε άλλης επικοινωνίας επαγγελματικού χαρακτήρα

Το άρθρο 13 παρ. 2 ορίζει ότι «...αν ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο αποκτά από τους πελάτες του στοιχεία επαφής του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τους στο πλαίσιο της πώλησης ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, σύμφωνα με την οδηγία 95/46/ΕΚ, μπορεί να χρησιμοποιεί τα εν λόγω στοιχεία για την απευθείας εμπορική προώθηση των δικών του παρόμοιων προϊόντων ή υπηρεσιών, υπό την προϋπόθεση ότι οι πελάτες του έχουν σαφώς και ευδιάκριτα την ευκαιρία να αντιτάσσονται, δωρεάν και εύκολα, σε αυτή τη συλλογή και χρησιμοποίηση ηλεκτρονικών στοιχείων επαφής, και αυτό με κάθε μήνυμα, σε περίπτωση που ο χρήστης αρχικά δεν είχε διαφωνήσει με αυτή τη χρήση.»

Εξ αυτού του άρθρου λοιπόν συνάγεται καταρχήν το δικαίωμα του προμηθευτή να χρησιμοποιεί τα στοιχεία επαφής ηλ. Ταχυδρομείου των πελατών του, αλλά μόνο για απευθείας εμπορική προώθηση δικών του παρόμοιων προϊόντων ή υπηρεσιών έχοντας όμως παράλληλα την υποχρέωση να πληροφορεί τους αντισυμβαλλομένους του με κάθε τέτοιο εμπορικό μήνυμα που τους στέλνει, ότι έχουν δικαίωμα να αρνηθούν την επεξεργασία αυτών των στοιχείων.

Στη συνέχεια στην παρ. 4 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι «απαγορεύεται η πρακτική της αποστολής μηνυμάτων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με σκοπό την άμεση εμπορική προώθηση, τα οποία συγκαλύπτουν ή αποκρύπτουν την ταυτότητα του αποστολέα ή του προσώπου προς όφελος του οποίου αποστέλλεται το μήνυμα, ή δίχως έγκυρη διεύθυνση στην οποία ο αποδέκτης να μπορεί να ζητεί τον τερματισμό της επικοινωνίας αυτής.»

5.4.2.2 Αυτόκλητα ηλεκτρονικά μηνύματα (spamming)

Η οδηγία πραγματοποιεί μια προσέγγιση "συγκατάθεσης" έναντι των αυτόκλητων ηλεκτρονικών μηνυμάτων εμπορικού χαρακτήρα, σύμφωνα με την οποία οι χρήστες οφείλουν να παρέχουν τη συγκατάθεσή τους προτού λάβουν τα εν λόγω μηνύματα. Το εν λόγω σύστημα συγκατάθεσης καλύπτει επίσης τα σύντομα μηνύματα (SMS) και τα λοιπά ηλεκτρονικά μηνύματα που λαμβάνονται σε οποιοδήποτε σταθερό ή κινητό τερματικό.

5.4.2.3 Cookies

Τα cookies συνίστανται σε κρυφές πληροφορίες που ανταλλάσσονται μεταξύ χρήστη του διαδικτύου και ενός διακομιστή ιστού (web server) και αποθηκεύονται σε αρχείο στο σκληρό δίσκο του χρήστη. Οι πληροφορίες αυτές επέτρεπαν αρχικά τη διατήρηση των πληροφοριών μεταξύ δύο συνδέσεων, αλλά αποδεικνύονται και εργαλείο ελέγχου της δραστηριότητας του χρήστη του διαδικτύου, που συχνά αποδοκιμάζεται.

Η οδηγία προβλέπει σχετικά ότι οι χρήστες πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να αρνηθούν την τοποθέτηση κάποιου cookie ή παρόμοιας διάταξης στον τερματικό τους εξοπλισμό. Για να γίνει κάτι τέτοιο, πρέπει να δοθούν στους χρήστες σαφείς και ακριβείς πληροφορίες για τον προορισμό και το ρόλο των cookies.⁹⁶

5.5. ΑΔΙΚΟΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΤΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ

⁹⁶ Η περίληψη της οδηγίας έχει παρθεί από το http://europa.eu.int/index_el.htm

Ενώ οι διατάξεις του συμβατικού δικαίου δεν προϋποθέτουν υπαιτιότητα του πωλητή λογισμικού (ή στο μη τυποποιημένο του εργολάβου) για το ελάττωμα, στα πλαίσια της αδικοπρακτικής ευθύνης πρέπει να υπάρχει υπαιτιότητα τουλάχιστον σε μορφή ελαφράς αμέλειας.

Έτσι υπάρχει ευθύνη του προμηθευτή λογισμικού και από αδικοπραξία, εφόσον συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις της αδικοπρακτικής ευθύνης των άρθρων 914επ. ΑΚ: 1) παράνομη και υπαίτια (από δόλο ή αμέλεια ΑΚ 330) ζημία, 2) παράνομη συμπεριφορά του υπαιτίου που να οφείλεται σε πράξη ή παράλειψη αυτού και 3) πρόσφορη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της ζημιογόνου πράξης ή παράλειψης και της επελθούσας ζημίας ⁹⁷.

Για την παράνομη και υπαίτια πρόκληση ζημίας στο πρόγραμμα του χρήστη από τον προμηθευτή του, ο ζημιωθείς έχει δικαίωμα να ζητήσει: α) τη θετική ζημία που συνίσταται στην αξία του καταστραφέντος προγράμματος και β) το διαφυγόν κέρδος από τη στέρηση της εκμεταλλεύσεώς του, τόσο για το διάστημα που μεσολάβησε από την καταστροφή μέχρι την πρώτη συζήτηση ενώπιον του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου όσο και για τον μεταγενέστερο μέχρι την πληρωμή της αξίας του καταστραφέντος πράγματος χρόνο. Δικαιούται επίσης, κατ' άρθρο 346ΑΚ, να ζητήσει τόκους επί του ποσού του διαφυγόντος κέρδους, από την επίδοση της αγωγής για το διαφυγόν κέρδος του προ της επιδόσεως χρονικού διαστήματος, από την ημέρα που ακολούθως ανακύπτει για το μετά την επίδοσή της χρονικό διάστημα. Επίσης η αξίωση αποζημίωσης για αδικοπραξία περιλαμβάνει και τη βεβαία μελλοντική ζημία. ⁹⁸.

Ζήτημα είναι αν είναι εφικτή η συρροή αδικοπρακτικής και ενδοσυμβατικής ευθύνης του προμηθευτή software. Στη νομολογία του Αρείου Πάγου επικράτησε η άποψη ότι της αυτονομίας της μίας ευθύνης από την άλλη ⁹⁹. Ωστόσο καλύτερο θα ήταν να αποβλέψουμε στη μεγαλύτερη δυνατή προστασία του συνήθως οικονομικά ανίσχυρου χρήστη και να δεχτούμε ότι είναι δυνατή η συρροή των δύο ευθυνών.

⁹⁷ ΑΠ 50/02, ΕλλΔ 43/701

⁹⁸ βλ Ιωάννη Ν. Κάτρα, Εξάβιβλος, σελ. Α 176, ΟλΑΠ 1/97 ΕλλΔ 38/534, ΑΠ 491/01 ΕλλΔ 43/384, ΑΠ 289/97 ΕλλΔ 39/326

⁹⁹ Βλ και Βασίλη Σ. Καραγιάννη, Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού, σελ 29 όπου και Ολ.ΑΠ 967/73, ΝοΒ 22, 505

5.6. ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ ΑΠΟ ΑΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΟ ΠΛΟΥΤΙΣΜΟ

Ευθύνη από αδικαιολόγητο πλουτισμό κατά τα άρθρα 904επ. ΑΚ είναι δυνατό να θεμελιωθεί και στην προμήθεια software εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις ¹⁰⁰.

Ωστόσο επικρατεί ακόμη αμφισβήτηση στη θεωρία αν η απαίτηση του αδικαιολόγητου πλουτισμού είναι ¹⁰¹ ή όχι ¹⁰² επικουρική, δηλαδή αν την έχει ο δότης μόνο όταν δεν έχει κατά του λήπτη άλλη αξίωση. Το ζήτημα κατ' άλλη άποψη δεν πρέπει να κρίνεται προκαταβολικά, αλλά να σταθμίζεται κάθε φορά ¹⁰³. Πάντως η ύπαρξη άλλων αξιώσεων του δότη συνήθως επιφέρει μείωση ή εκμηδένιση του πλουτισμού, με εξαίρεση βέβαια τις περιπτώσεις που ακόμα και αν υφίστανται και άλλες αξιώσεις ο αδικαιολόγητος πλουτισμός του λήπτη σε βάρος του δότη δεν καλύπτεται από αυτές.

6. ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΑΤΟΜΙΚΟΥ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ

Η ανάληψη εκπόνησης ατομικού λογισμικού εκ μέρους του προμηθευτή πρέπει να διακριθεί σε δύο στάδια: σε αυτό του γενικού σχεδιασμού του, την ανάλυση της δομής και εν γένει την οργάνωσή του και σε αυτό της

¹⁰⁰ Οι προϋποθέσεις αδικαιολόγητου πλουτισμού είναι:

όταν πρόκειται για απαίτηση από παροχή: παροχή του δότη προς το λήπτη, πλουτισμός του λήπτη και έλλειψη νόμιμης αιτίας χωρίς να είναι ανάγκη ο πλουτισμός να προέρχεται από περιουσία του δότη ή να είναι με ζημία του.

όταν πρόκειται για απαίτηση χωρίς παροχή: πλουτισμός του λήπτη, ζημία του δότη, έλλειψη νόμιμης αιτίας και διαζευκτικά ή επέμβαση αν πρόκειται για απαίτηση από επέμβαση ή δαπάνες αν πρόκειται για απαίτηση από δαπάνες ή εκπλήρωση ξένου χρέους χωρίς παροχή αν πρόκειται για απαίτηση από αναγωγή ή ειδική διάταξη νόμου

¹⁰¹ υπέρ της επικουρικότητας: βλ Ζέπο, Ενοχικό δίκαιο, τόμ. II (Ειδικό μέρος) εκδ. β. 1965

¹⁰² κατά της επικουρικότητας και υπέρ της συρροής: βλ. Δεληγιάννη- Κορνηλάκη, Ειδικό ενοχικό δίκαιο, τομ. III, 1992

¹⁰³ Φίλιος, Παύλος Χρ., Ενοχκό Δίκαιο ειδικό μέρος, II/1, Αντ. Ν. Σάκουλα, 1998 σελ. 164 επ.

καθ'αυτού εκπόνησης, δηλαδή τη μεταφορά του σε γλώσσα προγραμματισμού (coding), δοκιμές αυτού (testing) και τεκμηρίωση τεχνική και χρήσης αυτού.

Ο χρήστης παρέχει λεπτομερείς πληροφορίες αναφορικά με το τι επιθυμεί ή βοηθά τον προμηθευτή να αντιληφθεί ποιο ακριβώς λογισμικό θα ταίριαζε με τις ανάγκες του και ο προμηθευτής βρίσκει τον τρόπο πραγματοποίησης αυτού. Ο προσδιορισμός της παροχής παίζει εδώ ακόμα πιο σημαντικό ρόλο απ' ότι στο τυποποιημένο λογισμικό.

6.1. ΕΝΔΟΣΥΜΒΑΤΙΚΗ

6.1.1 Γενικά περί εκπόνησης ατομικού λογισμικού και οριστικής ή προσωρινής παραχώρησης αυτού.

Η εκπόνηση ατομικού λογισμικού (customised, tailor made software) κατόπιν παραγγελίας και έναντι αμοιβής ¹⁰⁴ από το χρήστη λόγω του προσωπικού χαρακτήρα που αυτό παρουσιάζει υπάγεται άνευ ετέρου στις διατάξεις της σύμβασης μίσθωσης έργου των άρθρων 681επ. ΑΚ¹⁰⁵ (σύμβαση παραγγελίας, εκπόνησης, σχεδίασης ατομικού λογισμικού).

Ωστόσο στην πράξη τα μέρη αποβλέπουν εξίσου τόσο στην εκτέλεση του έργου, εκπόνηση του λογισμικού όσο και σε άλλους σκοπούς, που υπάγονται σε άλλες συμβατικές μορφές εντός ή εκτός (361ΑΚ) Αστικού Κώδικα. Έτσι τα μέρη μπορεί να αποβλέπουν με την εκπόνηση του λογισμικού και σε οριστική συνήθως παραχώρηση του λογισμικού ή και πιο σπάνια σε προσωρινή παραχώρηση αυτού ή και σύμβαση εργασίας, όταν οι συμβαλλόμενοι απέβλεψαν παράλληλα και στην εργασία καθ'αυτή (έτσι θα πρόκειται για σύμβαση εργασίας π.χ. η σύμβαση παροχής συμβουλών για την οργάνωση, σχεδιασμό του προγράμματος, την εκπαίδευση του προσωπικού και άλλες παρεμφερείς συμβάσεις, στο μέτρο που δεν θα εντάσσονται στις παρεπόμενες

¹⁰⁴ Ουσιώδες στοιχείο στη μίσθωση έργου είναι κατά την ΑΚ681 η υποχρέωση του εργοδότη για παροχή αμοιβής, δηλαδή ανταλλάγματος για την εκτέλεση έργου, Καρδαράς σε Γεωργιάδη Σταθόπουλο, άρθρο 681 αρ. 6

¹⁰⁵ Οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται ακόμα και αν ακολουθηθεί η άποψη (Μαρίνος ο.π.) ότι το λογισμικό δεν εντάσσεται στην έννοια του πράγματος του 947ΑΚ λόγω της άυλης υπόστασής του, γιατί με την έννοια του έργου νοείται και η επίτευξη ενός άυλου αποτελέσματος.

υποχρεώσεις της καθεαυτής σύμβασης έργου). Τότε θα έχουμε να κάνουμε κατά την άποψή μας με μικτή σύμβαση¹⁰⁶ και όχι με σκέτη σύμβαση μίσθωσης έργου, όπως υποστηρίζεται.

Αναλυτικότερα:

Η σύμβαση εκπόνησης και οριστικής παραχώρησης μη τυποποιημένου, κατά παραγγελία λογισμικού είναι, όπως ήδη αναφέραμε, μικτή σύμβαση, γιατί τα μέλη έχουν αποβλέψει εξίσου τόσο στην επίτευξη του αποτελέσματος όσο και στην πώληση αυτού. Η μικτή αυτή σύμβαση θα αποτελείται λοιπόν από δύο επιμέρους συμβάσεις: α) από σύμβαση μίσθωσης έργου, των άρθρων 681επ. ΑΚ -τα οποία ενίοτε κάνουν και ρητή παραπομπή σε αρκετές διατάξεις των άρθρων για την πώληση- και από την οποία απορρέει επιπροσθέτως και παρεπομένη ενοχική υποχρέωση προς μεταβίβαση της κυριότητας του πράγματος που ενσωματώνει το εκτελεσθέν έργο¹⁰⁷ και β) από σύμβαση πώλησεως των άρθρων 513επ.ΑΚ, αφού συμφωνείται και η οριστική παραχώρηση αυτού (βλ ανωτέρω 5.1.1).

Με το ίδιο σκεπτικό και η σύμβαση εκπόνησης και προσωρινής παραχώρησης ατομικού λογισμικού είναι μικτή σύμβαση, γιατί τα μέλη έχουν αποβλέψει τόσο στην εκτέλεση του έργου όσο και στη μίσθωση αυτού. Στις συναλλαγές θα απαντάται αυτό το είδος μικτής σύμβασης όταν θα πρόκειται για τη δημιουργία πολύπλοκων λογισμικών π.χ. λογισμικά προστασίας χρηματικών συναλλαγών μέσω διαδικτύου, η αγορά των οποίων θα συνεπάγεται μεγάλες δαπάνες για τον χρήστη εργοδότη, ενώ η μακροχρόνια μίσθωσή τους και η σταδιακή αποπληρωμή τους θα είναι συμφέρουσα τόσο για τον έμπειρο εργολάβο όσο και για τον εργοδότη, συνοδευόμενη ίσως και με προαίρεση εξαγοράς αυτού (leasing). Στην πράξη κάτι τέτοιο δεν συναντάται συχνά και ο λόγος είναι η ραγδαία εξέλιξη της τεχνολογίας και η ανακάλυψη νέων τεχνολογικών δυνατοτήτων προς επίτευξη του ιδίου αποτελέσματος. Ωστόσο οι συναλλακτικές ανάγκες δεν αποκλείεται να οδηγήσουν και σε αυτή τη μορφή συμβάσεως.

Ακολουθεί πρώτα η ανάπτυξη των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων των συμβαλλομένων από την εκπόνηση λογισμικού. Μετά γίνεται διάκριση

¹⁰⁶ Βλ. Γεωργιάδη Απόστολο Σ, Νέες μορφές Συμβάσεων της Σύγχρονης Οικονομίας, σελ 13,14

αναλόγως του αν επακολουθεί οριστική η προσωρινή μεταβίβαση του λογισμικού.

6.1.2. Ευθύνη του προμηθευτή-εργολάβου software που απορρέει από τη σύμβαση εκπόνησης ατομικού λογισμικού

6.1.2.1 Υποχρεώσεις και αντίστοιχα δικαιώματα των συμβαλλομένων

Η εκπόνηση ατομικού λογισμικού είπαμε ότι υπάγεται στις διατάξεις περί μίσθωσης έργου. Ο εργολάβος-προμηθευτής κατ' άρθρο 681ΑΚ έχει υποχρέωση να εκτελέσει το έργο, ήτοι το λογισμικό, εννοείται απαλλαγμένο από πραγματικά και νομικά ελαττώματα και να φέρει τις συμφωνηθείσες ιδιότητες. Δεν οφείλει όμως να παραδώσει αλάνθαστο λογισμικό, κάτι τέτοιο όπως ήδη αναφέρθηκε, είναι αδύνατο, οφείλει να παραδώσει απλά ένα λογισμικό που θα εκπληρώνει το λειτουργικό σκοπό του.

Περαιτέρω εξυπακούεται η υποχρέωσή του να φέρει το έργο στην οικονομική και νομική σφαίρα του εργοδότη και να του παραχωρήσει τη χρήση του είτε οριστικά είτε προσωρινά (βλ. παρακάτω). Η ευθύνη του εργολάβου για πραγματικά και νομικά ελαττώματα θα αποτελεί ευθύνη για μη εκπλήρωση.

Πριν τη σύναψη της σύμβασης κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων που γίνονται προς εξακρίβωση των αναγκών και των επιθυμιών του χρήστη ο εργολάβος υπέχει παρεπόμενη υποχρέωση πληροφόρησης και διαφώτισης, υπαίτια παράβαση της οποίας συνιστά πλημμελή εκπλήρωση αυτής στο βαθμό που δεν απορροφάται αυτή από τις διατάξεις για τα πραγματικά και νομικά ελαττώματα¹⁰⁸.

Τόσο κατά τις διαπραγματεύσεις όσο και κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου αλλά και μετά από αυτή ο εργολάβος έχει κατ' άρθρο 288ΑΚ την παρεπόμενη υποχρέωση διατήρησης μυστικότητας των εμπορικών και βιομηχανικών μυστικών του εργοδότη, στα οποία έχει πρόσβαση λόγω της συνεργασίας που αναπτύσσει με τον εργοδότη. Παράβαση αυτής θα συνεπάγεται σε αξίωση αποζημίωσης, κατά τις διατάξεις πλημμελούς

¹⁰⁷ βλ. Καρδαρά, σε Γεωργιάδη- Σταθόπουλο αρθρο 681 αρ. 35

εκπλήρωσης της παροχής. Στην περίπτωση αυτή ο εργοδότης θα έχει επίσης κατ' άρθρο 700ΑΚ δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης μέχρις ότου αποπερατωθεί το έργο, χωρίς μάλιστα ο εργολάβος να μπορεί να επικαλεστεί το εδ. β του ίδιου άρθρου για καταβολή ολόκληρης της συμφωνημένης αμοιβής.

Ο εργοδότης υποχρεούται να καταβάλει την αμοιβή που συμφωνήθηκε κατ' άρθρο 681ΑΚ, η οποία και καταβάλλεται, εκτός αντίθετης συμφωνίας, κατά την παράδοση του έργου κατ' άρθρο 694ΑΚ.

Ο εργοδότης που παραγγέλει ατομικό λογισμικό έχει παρεπόμενη υποχρέωση συνεργασίας με τον εργολάβο, η οποία επιβάλλει τη συνδρομή του εργοδότη προς εκπλήρωση του σκοπού της συμβάσεως και σε περίπτωση παράβασης αυτής περιέρχεται σε υπερημερία οφειλέτου με όλες τις συνέπειες των άρθρων 297, 298, 340, 383, 385 ΑΚ¹⁰⁹. Η αναγνώριση της υποχρέωσης σύμπραξης ως παρεπόμενης υποχρέωσης του εργοδότη ανταποκρίνεται τόσο στη φύση και στην πολυπλοκότητα του έργου όσο και στη σημερινή οικονομική πραγματικότητα αλλά και στην αφιέρωση χρόνου και χρήματος εκ μέρους του εργολάβου για κατασκευή αυτού. Ευνόητο είναι ότι είτε με βάση ερμηνεία της σύμβασης κατά τα 173 και 200ΑΚ είτε με ρητή συμφωνία των μερών, να είναι φανερό, ότι η υποχρέωση σύμπραξης αποτελεί κύρια υποχρέωση αυτών. Κάτι τέτοιο θα συντρέχει όταν η εταιρία παραγωγής λογισμικού θα έχει ζωτικό συμφέρον από την εκπόνησή του π.χ. απασχολεί μεγάλο ανθρώπινο δυναμικό.

Περαιτέρω αν ο εργολάβος δεν αρχίσει εγκαίρως την εκτέλεση του έργου ή αν επιβραδύνει, χωρίς υπαιτιότητα του εργοδότη, την εκτέλεσή του με τρόπο που αντιβαίνει στη σύμβαση και καθιστά αδύνατη την έγκαιρη περάτωση του έργου, ο εργοδότης μπορεί να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, χωρίς να περιμένει το χρόνο παράδοσης του έργου. Όταν υπάρχει υπερημερία του εργολάβου, διατηρούνται ακέραια τα δικαιώματα που έχει ο εργοδότης εξαιτίας της (686ΑΚ)

Αν δε κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου προβλέπεται με βεβαιότητα κατασκευή ελαττωματική ή αντίθετη προς τη σύμβαση από υπαιτιότητα του

¹⁰⁸ βλ. Μαρίνο, ο.π. σελ 188επ.

¹⁰⁹ Υπάρχει στη θεωρία και η άποψη ότι δεν υφίσταται υποχρέωση σύμπραξης του εργοδότη ακόμα και αν αυτή είναι αναγκαία από τη φύση του έργου (Διαμαντάκος, Αρμ 13, 645 και ΝοΒ 7, 926, Φίλιος), επομένως η απουσία σύμπραξης τον καθιστά μόνο υπερήμερο δανείστη, βλ Καρδαρά, σε Γεωργιάδη- Σταθόπουλο άρθρο 681 αρ. 46. Η άποψη αυτή επικρίνεται σφόδρα από το Μαρίνο, που υποστηρίζει ότι δεν είναι καν ανάγκη να καταφύγει κανείς στην αρχή της καλής πίστης για να στηρίξει τέτοια υποχρέωση οπ., σελ 189, 190, 191.

εργολάβου, ο εργοδότης έχει δικαίωμα να τάξει σ' αυτόν εύλογη προθεσμία για να διορθώσει τις ελλείψεις και, αν αυτή περάσει άπρακτη, να εκτελέσει αυτός τη διόρθωση σε βάρος του εργολάβου (687ΑΚ). Στην πρακτική αυτό το τελευταίο θα είναι αδύνατο να γίνει, αφού ο εργοδότης δεν θα έχει πρόσβαση στον πηγαίο κώδικα του προγράμματος, εκτός αν δεχτούμε ότι υφίσταται υποχρέωση του εργολάβου προς παραχώρηση αυτού. Ωστόσο σ' αυτό το σημείο σκόπιμο είναι να αναφέρουμε μερικά πράγματα περί των πραγματικών ελαττωμάτων στη σύμβαση μίσθωσης έργου:

6.1.2.2 Πραγματικά ελαττώματα λογισμικού ως έργου

Στο δίκαιο της μίσθωσης έργου υπάρχει διάκριση μεταξύ ουσιωδών και επουσιωδών ελαττωμάτων. Ουσιώδεις θεωρείται το ελάττωμα του έργου που το καθιστά άχρηστο (689ΑΚ), άρα *a contrario* επουσιώδεις είναι αυτό που απλά παραβλάπτει τη φύση του έργου χωρίς να το καθιστά ακατάλληλο για τη χρήση την οποία προορίζεται. Εδώ να τονισθεί ότι η έννοια του ουσιώδους ελαττώματος διαφέρει έχουσα πολύ πιο στενό περιεχόμενο από την έννοια του πραγματικού ελαττώματος που διέπει το δίκαιο της πώλησης. Στη μίσθωση έργου ουσιώδεις είναι το ελάττωμα που καθιστά το έργο άχρηστο, ενώ στην πώληση¹¹⁰ το πραγματικό ελάττωμα έχει ευρύτερη έννοια και περιλαμβάνει και ελαττώματα που απλά μειώνουν την αξία του, χωρίς απαραίτητα να το καθιστούν άχρηστο (βλ. ΑΚ 535 αριθ. 4).

Ωστόσο οφείλουμε να κάνουμε ορισμένες παρατηρήσεις αναφορικά με την ευθύνη του προμηθευτή-εργολάβου ατομικού λογισμικού και την ύπαρξη ελαττωμάτων σ' αυτό.

Λόγω της ενδημικότητας των λαθών που το λογισμικό από τη φύση του παρουσιάζει δεν είναι δυνατόν να εντάσσονται στην έννοια του επουσιώδους ελαττώματος όλα τα λάθη που θα εντάσσονταν σε περίπτωση άλλης κατηγορίας έργων. Όπως έχουμε ήδη πει εδώ επικρατεί η αρχή *no software without bugs* και έτσι επιβάλλεται η αποδοχή ενός ποσοστού λαθών και η μη ενταξή τους στην κατηγορία των επουσιωδών λαθών, αυτά θα είναι τα λεγόμενα νομικά

¹¹⁰ πριν αλλά και μετά την τροποποίησή της με το ν. 3043/2002

ασήμαντα λάθη. Περαιτέρω επιβάλλεται η κατά περίπτωση εξέταση μήπως ένα σφάλμα που σε περίπτωση άλλου έργου θα κρινόταν «επουσιώδης» παραβλάπτει στην περίπτωση του λογισμικού πρέπει να θεωρηθεί ουσιώδης, γιατί είναι δυνατό να καθιστά άχρηστο την λειτουργία ολοκλήρου του προγράμματος. Το αν η παροχή είναι πλήρης¹¹¹ ή με λάθη που δεν αποτελούν ελαττώματα και άρα είναι προσήκουσα ή αν η παροχή θα έχει ουσιώδη ή επουσιώδη ελαττώματα όμως πρέπει σε κάθε περίπτωση να εξετάζεται *in concreto* με βάση όλα τα πραγματικά περιστατικά. Επίσης πρέπει να γίνεται και διάκριση των πραγματικών ελαττωμάτων και των λαθών χειρισμού (βλ. άνω 5.1.1.1. 8^η παρ.)

6.1.2.3 Αξιώσεις εργοδότη

Σε περίπτωση ύπαρξης τέτοιων ελαττωμάτων ο εργοδότης-χρήστης του λογισμικού έχει δικαίωμα διορθώσεως, αν κάτι τέτοιο δεν απαιτεί δυσανάλογες δαπάνες¹¹² ή μείωσης της αμοιβής, αν τα ελαττώματα του έργου είναι επουσιώδη (ΑΚ 688) και αν αυτά είναι ουσιώδη, έχει αντί αυτών των δικαιωμάτων, δικαίωμα υπαναχώρησης από τη σύμβαση (ΑΚ 689 όπως αυτό τροποποιήθηκε με το ν. 3043/2002). Το άρθρο αυτό κάνει ρητή παραπομπή στο 541ΑΚ και όχι στα 542, 543, 544, 545 ΑΚ αποκλείοντας έτσι τη μεταγενέστερη παρέμβαση του δικαστηρίου προς αντικατάσταση του δικαιώματος υπαναχώρησης με μείωση τιμήματος ή αντικατάσταση του πράγματος. Αποκλείεται επίσης να ζητήσει ο εργοδότης αποζημίωση για μη εκτέλεση της σύμβασης (εκτός αν οι ελλείψεις του έργου οφείλονται σε υπαιτιότητα του εργολάβου κατά 690ΑΚ) ή σωρευτική με τα παραπάνω δικαιώματα αποζημίωση για τη ζημιά που δεν καλύπτεται από την άσκησή τους.

¹¹¹ Εδώ να σημειωθεί ότι η έλλειψη προστασίας από την πνευματική ιδιοκτησία, δεν μπορεί να θεωρηθεί πραγματικό ελάττωμα του έργου, επειδή έτσι ο εργοδότης δε θα έχει εξοπλιστεί με το αποκλειστικό δικαίωμα του να αποκλείει κάθε τρίτο, ακόμα και το δημιουργό από τη χρήση του. Νομική υποχρέωση δημιουργικότητας δεν είναι νοητή, βλ. Μαρίνο, ο.π. 194.

¹¹² Η δυσαναλογία θα συντρέχει όταν η διόρθωση απαιτεί πολύ μεγαλύτερα έξοδα από το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα.

Επίσης ο εργοδότης δεν έχει κανένα δικαίωμα για ελλείψεις του έργου, αν είναι υπαίτιος γι' αυτές, είτε εξαιτίας των οδηγιών που έδωσε παρά τις ρητές αντιρρήσεις του εργολάβου είτε κατ' άλλο τρόπο (ΑΚ 691)

Απαλλαγή του εργολάβου από την ευθύνη του για ενδεχόμενες ελλείψεις προβλέπει η διάταξη 692ΑΚ με την έγκριση τους, ρητή ή σιωπηρή¹¹³, από τον εργοδότη, εκτός αν τότε δεν μπορούσαν να διαπιστωθούν με την παραλαβή του έργου και κανονική εξέταση αυτού¹¹⁴ ή τις απέκρυψε ο εργολάβος με δόλο. Η έγκριση δεν προϋποθέτει ότι το έργο που παραδόθηκε είναι ελεύθερο από κάθε ελάττωμα, πράγμα που άλλωστε δεν μπορεί ούτε ως ή άλλως να συντρέξει αναφορικά με το λογισμικό, το οποίο χαρακτηρίζεται από μεγάλη ενδημικότητα λαθών.

Αν το πρόγραμμα έχει ελαττώματα ή λείπουν από αυτό συμφωνημένες ιδιότητες και δεν είναι εφικτή η διόρθωσή τους¹¹⁵ τότε ο εργοδότης έχει το δικαίωμα να απαιτήσει νέα εκπόνηση αυτού. Αυτό το δικαίωμα απορρέει από το αρχικό δικαίωμα του εργοδότη να απαιτήσει ένα έργο όπως αυτό συμφωνήθηκε και απαλλαγμένο ελαττωμάτων.

Οι αξιώσεις του εργοδότη εξαιτίας ελλείψεων του έργου παραγράφονται σε έξι μήνες όταν πρόκειται για κινητά πράγματα όπως το λογισμικό (ΑΚ 693). Η παραγραφή αρχίζει από την παράδοση του πράγματος¹¹⁶ στον εργοδότη, έστω και αν αυτός ανακάλυψε το ελάττωμα αργότερα (ΑΚ 693, ΑΚ555). Εδώ εννοείται ότι θα πρέπει για την έναρξη της παραγραφής να δοθεί μια παράταση ώστε να μπορέσει ο εργοδότης να προβεί σε δοκιμαστικό έλεγχο των λειτουργιών του (κανονική εξέταση αυτού, όπως αναφέραμε και στο σχολιασμό του άρθρου ΑΚ 692), η οποία πολλές φορές θα είναι χρονοβόρα και θα αρκεί για να παρέλθει η συντετμημένη δμηνη προθεσμία παραγραφής των αξιώσεων του εργοδότη. Στην πράξη βέβαια συνήθως ο ίδιος ο εργολάβος αναλαμβάνει

¹¹³ ΑΠ 621/1986, ΕΕΝ 1987, 116, ΕφΠατρ 430/1974 ΕΕΝ 1979, 307

¹¹⁴ Η ΑΠ 621/1986 ορίζει ότι κανονική είναι η εξέταση που έγινε από ειδικό σχετικά με το έργο που εκτελέστηκε, Μαρίνος ο.π.

¹¹⁵ Π.χ. αγνοήθηκαν βασικές παράμετροι κατά την επιλογή του αλγορίθμου ή έχει λογικά λάθη στη σύληψη του και στο σχεδιασμό του. Βλ. Μαρίνο ο.π.

¹¹⁶ Υποστηρίζεται ότι σε άυλα έργα, η παραλαβή ταυτίζεται με την αποπεράτωση του έργου. Κάτι τέτοιο όμως δεν ισχύει για το λογισμικό το οποίο όπως έχουμε αναφέρει πιο πάνω εντάσσεται στην έννοια του πράγματος του 947ΑΚ, είτε αυτό παραδίδεται offline οπότε χρόνος παράδοσης θα νοείται η παράδοση του υλικού υποστρώματός του είτε αυτό παραδίδεται online οπότε χρόνος παράδοσης θα νοείται το κατέβασμα του

και την παρεπόμενη υποχρέωση δοκιμής του προγράμματος στην επιχείρηση του εργοδότη.

Αν συμφωνήθηκε προθεσμία ευθύνης του εργολάβου για ελάττωμα ή έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας, αυτό σε περίπτωση αμφιβολίας σημαίνει ότι η παραγραφή γι' αυτά που εκδηλώθηκαν μέσα στην προθεσμία αρχίζει από τότε που εκδηλώθηκαν (ΑΚ556). Αν ο εργολάβος βέβαια ανέλαβε να διορθώσει το πρόγραμμα ή να συμπληρώσει την ελλείπουσα ιδιότητα αυτό ισοδυναμεί με αναγνώριση της ύπαρξης ευθύνης του και διακοπή της παραγραφής κατ' άρθρο 260ΑΚ. Ο εργολάβος δεν μπορεί να επικαλεστεί την παραγραφή αν απέκρυψε ή αποσιώπησε με δόλο το ελάττωμα ή την έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας (ΑΚ 557)¹¹⁷.

Ας σημειωθεί ότι ως προς την εκπόνηση λογισμικού το άρθρο 683ΑΚ δεν θα έχει εφαρμογή, μια και σε αυτό ως κατεξοχήν δημιούργημα του ανθρωπίνου πνεύματος, η ύλη δεν παίζει τον ενεργότερο ρόλο ¹¹⁸.

Κατ' άρθρο 698ΑΚ τον κίνδυνο του έργου μέχρι την παράδοσή του φέρει ο εργολάβος και μετά την παράδοσή του ή σε περίπτωση υπερημερίας του εργοδότη ως προς την αποδοχή, ο εργοδότης. Ενώ εξακολουθούν και οι διατάξεις των άρθρων 699ΑΚ για δικαίωμα αμοιβής του εργολάβου για την εργασία που τελέστηκε σε περίπτωση καταστροφής του έργου από ελάττωμα της ύλης του εργοδότη ή του τρόπου κατασκευής του που ο ίδιος όρισε και 700ΑΚ για την καταγγελία, 694ΑΚ για το χρόνο πληρωμής της αμοιβής, 696ΑΚ και 697ΑΚ για τη μεταβολή τιμών του προϋπολογισμού και 695ΑΚ για το ενέχυρο του εργολάβου.

Κατ' άρθρο 700ΑΚ ο εργοδότης έχει δικαίωμα καταγγελίας μέχρι την περάτωση του έργου ανεξάρτητα μάλιστα από την ύπαρξη υπαιτιότητας ή ορισμένου λόγου. Επίσης έχει δικαίωμα υπαναχώρησης σε περίπτωση μεταβολής των τιμών του προϋπολογισμού ΑΚ 697 παρ. 1.

προγράμματος από το site του εργολάβου στο σκληρό δίσκο του εργοδότη βλ. Μαρίνο ο.π., Καρδάρ, Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρο 694ΑΚ αρ. 6

¹¹⁷ βλ και 558ΑΚ.

¹¹⁸ βλ και Καρδάρ, σε Γεωργιάδη- Σταθόπουλο, άρθρο 683 αρ. 7, όπου το 683ΑΚ δεν έχει εφαρμογή όταν το νέα πράγμα αποτελεί αποκλειστικά σύνθεση πνευματικής δημιουργίας, εφόσον σ' αυτή η ύλη διαδραματίζει εντελώς δευτερεύοντα ρόλο και χρησιμεύει απλώς ως υλική βάση για την εξωτερική του προϊόντος της ανθρωπίνης διανοίας .

Έτσι η καθεαυτή ανάθεση σχεδιασμού ατομικού λογισμικού εμπίπτει στις διατάξεις της σύμβασης έργου.

Ωστόσο είναι δυνατόν ο παραγωγός λογισμικού να αναλάβει και την εύρεση κατασκευαστή του λογισμικού που ο ίδιος θα έχει σχεδιάσει, οπότε θα πρόκειται αφενός για σύμβαση έργου ως προς το κομμάτι σχεδιασμού αφετέρου μάλλον για σύμβαση μεσιτείας (ΑΚ 703 επ.) ως προς την ανεύρεση κατασκευαστή. Η προσφυγή στις ευνοϊκές και αυξημένης προστασίας διατάξεις περί παραγγελιοδόχων 90-94 ΕΝ δεν κρίνεται σκόπιμη αφενός γιατί αυτές προσανατολίζονται στη διαμεσολάβηση για πώληση κινητών κατά μαζικό τρόπο και όχι για μεμονωμένες περιπτώσεις ατομικού λογισμικού («πραγματειών» κατά 92ΕΝ) αφετέρου δε φαίνεται να δικαιολογείται εδώ η αυξημένη προστασία του παραγγελιοδόχου και η αναγνώριση προνομιακής απαίτησής του για τις προκαταβολές, γιατί εδώ απουσιάζει η ανάληψη αυξημένου κινδύνου εκ μέρους του παραγωγού λογισμικού

6.1.3 Δικαιώματα και Υποχρεώσεις των μερών που απορρέουν από τη σύμβαση οριστικής και προσωρινής μεταβίβασης του εκπονηθέντος ατομικού λογισμικού αντιστοίχως

6.1.3.1 Αναφορικά με την οριστική μεταβίβαση του εκπονηθέντος ατομικού λογισμικού

Ένα ειδικότερο ζήτημα που χρήζει προσοχής στην περίπτωση οριστικής παραχώρησης λογισμικού κυρίως όταν πρόκειται για ατομικό λογισμικό είναι η σύγκρουση δύο συμφερόντων, που παρατηρείται:

Από τη μία πλευρά έχουμε το οικονομικό συμφέρον του εργοδότη ο οποίος θέλει να απολαύσει το αποτέλεσμα που ο ίδιος χρηματοδότησε χωρίς κανένα περιορισμό από τον εργολάβο και έχει συμφέρον σε αποκλειστική χρήση του έργου χωρίς να είναι δυνατή η παραχώρηση της χρήσης του από τον εργολάβο σε τρίτους, γεγονός που συμβαδίζει και με την απαγόρευση πράξεων έμμεσου ανταγωνισμού, που υφίστανται όταν π.χ. ο εργολάβος-προγραμματιστής παραχωρεί την χρήση του προγράμματος η/υ σε ανταγωνιστές.

Ενώ από την άλλη έχουμε το συμφέρον του εργολάβου ως πνευματικού δημιουργού αυτού να διατηρήσει το απόλυτο περιουσιακό δικαίωμα διάθεσης του έργου και να καθορίζει αυτός αποκλειστικά τους όρους και τον τρόπο εκμετάλλευσης του έργου του, γεγονός που συνάδει με το γενικότερο πνεύμα που διέπει το δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας.

Σε περίπτωση που το λογισμικό δεν προστατεύεται από την πνευματική ιδιοκτησία, δηλαδή είναι ένα απλό άυλο αγαθό με οικονομική αξία ή τεχνογνωσία, τότε ο εργοδότης μπορεί να αποκτήσει άμεσα το οικονομικό αποτέλεσμα, δηλαδή το ίδιο το λογισμικό. Και έτσι δεν τίθεται δηλαδή ζήτημα αναφορικά με την υποχρέωση του εργολάβου είτε με βάση τη σύμβαση έργου είτε με βάση την σύμβαση πώλησης να μεταβιβάσει την κυριότητα του έργου.

Σε περίπτωση όμως που το λογισμικό προστατεύεται από την πνευματική ιδιοκτησία τότε τα πράγματα αλλάζουν. Στην περίπτωση αυτή δεν προβλέπεται ειδική νομοθετική ρύθμιση για το πρόγραμμα το οποίο έχει δημιουργηθεί στα πλαίσια συμβάσεως μίσθωσης έργου. Έτσι θα ισχύσει ο γενικός κανόνας ότι πρωτογενής κτήση του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας είναι εφικτή μόνο από το δημιουργό του έργου, ενώ εκείνος που έδωσε την παραγγελία, τουτέστιν ο εργοδότης, μόνο δευτερογενώς μπορεί ν' αποκτήσει το σχετικό δικαίωμα. Σ' αυτή την περίπτωση λοιπόν θα πρέπει να δεχτούμε την υποχρέωση του εργολάβου να προσπορίσει τη χρήση του λογισμικού στην οικονομική σφαίρα του εργοδότη και να του παραχωρήσει άδεια χρήσης.

Πρωτότυπη κτήση είναι δυνατή από τον εργοδότη, κατά το ειδικό άρθρο 40 του ν. 2121/1993, μόνο αν αυτό κατασκευάστηκε σύμφωνα με τις οδηγίες του, που είναι ζήτημα πραγματικό, ή αν δημιουργήθηκε από μισθωτό σε εκτέλεση σύμβασης εργασίας, οπότε και αυτό μεταβιβάζεται αυτοδικαίως στον εργοδότη, εκτός αν υπάρχει αντίθετη συμφωνία.

Ενδειξεις για οριστική αποξένωση του εργολάβου από το λογισμικό του είναι η παραχώρηση του πηγαίου κώδικα του προγράμματος, η τιμή του κτλ.¹¹⁹

¹¹⁹ βλ. Μαρίνο, ο.π. 184

Περαιτέρω για την οριστική παραχώρηση του ατομικού λογισμικού από τον προμηθευτή θα ισχύσουν όσα αναφέραμε ανωτέρω για την οριστική παραχώρηση του τυποποιημένου λογισμικού

6.1.3.2. Αναφορικά με την προσωρινή μεταβίβαση του εκπονηθέντος ατομικού λογισμικού

Εδώ θα ισχύσουν όσα αναφέραμε σχετικά με την προσωρινή μεταβίβαση του τυποποιημένου λογισμικού.

6.2 ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΑΤΟΜΙΚΟΥ SOFTWARE ΜΕΣΩ ΔΙΑΔΙΚΤΥΟΥ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΠΔ 131/2003 (προσαρμογή ΟΔΗΓΙΑΣ 2000/31/ΕΚ)

Όπως έχουμε αναφέρει και ανωτέρω (υπό 5.2) τόσο το π.δ. 131/2003 όσο και η οδηγία 00/31 έχουν πεδίο εφαρμογής σε όλες τις εμπορικές συναλλαγές που μπορούν να λάβουν χώρα στο διαδίκτυο, άρα και σ' αυτές που αφορούν μη τυποποιημένο tailor made software και περιέχουν κάποιους κανόνες που εφαρμόζονται κατά τη σύναψη και εκτέλεση της σύμβασης και κάποιες παρεπόμενες υποχρεώσεις ενημέρωσης και πληροφόρησης του ηλεκτρονικά συναλλασσομένου.

Ισχύουν και εδώ όσα προαναφέρθηκαν. Σημειώνεται εδώ μόνο η απουσία τόσο κάποιων πρόσθετων εγγυήσεων και υποχρεώσεων ενημέρωσης του άρθρου 9 παρ. 1 όσο και της υποχρέωσης του άρθρου 10 παρ. 1, ήτοι η υποχρέωση του φορέα υπηρεσιών για χωρίς περιττή καθυστέρηση και με ηλεκτρονικά μέσα αποστολή αποδεικτικού παραλαβής της παραγγελίας του αποδέκτη και της υποχρέωσης για θέση στη διάθεση του αποδέκτη της υπηρεσίας κατάλληλα, αποτελεσματικά και προσιτά μέσα που θα επιτρέψουν να επισημάνει και να διορθώσει τα λάθη του κατά τον ηλεκτρονικό χειρισμό πριν από την ανάθεση της παραγγελίας. Έτσι καθορίζεται ρητά στην παρ. 3 του άρθρου 9 και στην παρ. 2 του άρθρου 10, ότι στις συμβάσεις που συνάπτονται αποκλειστικά μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ή άλλων ισοδύναμων ατομικών μέσων επικοινωνίας δεν υπάρχει ανάγκη εφαρμογής αυτών των υποχρεώσεων με το σκεπτικό ότι

στην αποκλειστικά ατομική επικοινωνία εξαλείφονται κάποιοι από τους κινδύνους που ενυπάρχουν στην αντίθετη περίπτωση.

6.3 ΕΥΘΥΝΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΑΤΟΜΙΚΟΥ SOFTWARE ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ Ν. 2251/1994- ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΗ ΣΤΟ INTERNET

Πρέπει να δεχθούμε ότι το ατομικό λογισμικό, επειδή προσφέρεται κατόπιν συγκεκριμένης παραγγελίας προκειμένου αυτό να ανταποκρίνεται σε συγκεκριμένες ανάγκες του χρήστη και δεν προσφέρεται στην αγορά με ευρεία έννοια, δεν εμπίπτει καταρχήν στην προστασία που προσφέρει ο ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών, παρότι γίνεται δεκτό ότι ο νόμος έχει θεσπιστεί για οποιαδήποτε αγαθά, μαζικά ή και εξατομικευμένα παραγόμενα¹²⁰. Πρέπει όμως αυτά να κυκλοφορούν στην αγορά και όχι να προορίζονται για ένα συγκεκριμένο χρήστη, όπως γίνεται στην περίπτωση του ατομικού λογισμικού, το οποίο κατασκευάζεται κατόπιν συγκεκριμένης παραγγελίας.

Στην περίπτωση βέβαια που ένα λογισμικό κυκλοφορεί μαζικά στην αγορά ως τυποποιημένο με απλή δυνατότητα προσαρμογής στις ανάγκες του εκάστοτε χρήστη-καταναλωτή κατόπιν παραγγελίας, τότε πρέπει να δεχτούμε ότι, παρόλο που θα είναι εφικτή θεωρητικά η υπαγωγή του στην έννοια του ατομικού λογισμικού, υπερισχύει η μαζική προσφορά του στην αγορά και άρα η τυποποιημένη φύση του, οπότε και θα είναι εφικτή η προστασία του από το ν. 2251/1994 (βλ. άνω υπό 5.3)

6.4 ΕΥΘΥΝΗ ΤΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΑΤΟΜΙΚΟΥ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ ΚΑΤΑ ΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 2472/1997, ΤΗΝ ΟΔΗΓΙΑ 2002/58/ΕΚ ΚΑΙ ΤΟ Ν. 2774/1999

Ευνόητο είναι ότι το customarised software θα λαμβάνει της ίδιας προστασίας ως προς την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα του ν. 2472/1997 και των λοιπών οδηγιών με το τυποποιημένο, μια και δεν υπάρχει

¹²⁰ βλ. Αυγουστιανάκη, ο.π., σελ. 41

κανένas λόγος που να δικαιολογεί διαφοροποίηση. Έτσι ισχύουν και εδώ όσα έχουν ήδη αναφερθεί σχετικά με το ζήτημα (βλ. άνω υπό 5.4)

6.5 ΑΔΙΚΟΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΤΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΑΤΟΜΙΚΟΥ ΛΟΓΙΣΜΙΚΟΥ και ΕΥΘΥΝΗ ΤΟΥ ΑΠΟ ΑΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΟ ΠΛΟΥΤΙΣΜΟ

Ιδέτε σχετικά άνω υπό 5.5 και 5.6 αντιστοίχως

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Με αυτά ολοκληρώθηκε η ανάπτυξη του επίκαιρου αυτού θέματος της ευθύνης του προμηθευτή λογισμικού.

Η παρούσα προσπάθησε να θίξει τα κυριότερα θέματα αναφορικά με αυτό, ελπίζοντας ότι πέτυχε το σκοπό της και ότι κατάφερε να θέσει στις ήδη

υπάρχουσες απόψεις αρκετά σημεία προς προβληματισμό και περαιτέρω ανάπτυξη.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

I. Ελληνόγλωσση

Αυγουστιανάκη, Σταθόπουλο/Χιωτέλλη/Αυγουστιανάκη, *Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο I-Επιπτώσεις κοινοτικών οδηγιών του ΑΚ*, σελ. 40επ, 130 επ.

Γεωργιάδης, Απ., *Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας*, Αντ. Ν. Σάκκουλα 2000, 4^η έκδοση, σ. 25 επ.

Γεωργιάδης, Απ., *Γεωργιάδης- Σταθόπουλος, ΑΚ ΙΙΙ, Ειδικό ενοχικό*, Π. Σάκκουλα 1980, άρθρο 638

Δεληγιάννης- Κορνηλάκης, *Ειδικό ενοχικό δίκαιο, τομ. ΙΙΙ*, 1992

Διαμαντάκος, *Αρμενόπουλος Ι3*, 645

ΕΛΚΕΠΑ, *Νομική προστασία του λογισμικού υπολογιστών*, Αθήνα 1987 47επ

Ζέπος, *Ενοχικό δίκαιο, τόμ. ΙΙ (Ειδικό μέρος)*, εκδ. β. 1965

Ιγγλεζάκης, Ιωάννης Δ., *Το νομικό πλαίσιο του ηλεκτρονικού εμπορίου*, Σάκκουλας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2003, σελ. 157 επ.

Καλλινίκου, Δ., *Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα*, Π.Ν.Σάκκουλας, σελ 52, 57-58, 240

Κουμάντος, Γ, *Πνευματική Ιδιοκτησία*, Πέμπτη Έκδοση, Αθήνα Κομοτηνή, 1991 σ. 181 επ., σ. 387

Καράκωστας, Ιωάννης Κ, *Δίκαιο και Internet νομικά ζητήματα του Διαδικτύου*, β' έκδοση, Π.Ν. Σάκκουλας, 2003, σελ. 213 επ.

Καραγιάννης, Βασίλης Σ., *Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2002, σελ 26, 29, 122, 135επ.

Καρδαράς, σε *Γεωργιάδη- Σταθόπουλο, ΑΚ, ΙΙΙ, Ειδικό ενοχικό*, Π. Σάκκουλα 1980, άρθρο 681 αρ. 6, 35, 46, 694 αρ. 6

Λιακόπουλος, Θ., *Προστασία Προγράμματος Ηλεκτρονικού Υπολογιστή ΙΙ, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου ΙΙΙ*, 1997, σ. 88.

Λιακόπουλος, Θ., *Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου ΙΙΙ, Οπτικοακουστικό έργο και πρωτότυπη κτήση στην πνευματική ιδιοκτησία*, σ. 57-58,

Μαρίνος, Μ. Θ., *Λογισμικό Νομική προστασία και Συμβάσεις*, Αθήνα 1989, Εκδόσεις Κριτική σελ 38 επ., 92επ., 110επ., 144επ.

Μαρίνος, ΝοΒ 34 (1986), 159 επ

Πιτσιρίκος, Ι. , *Η δυνατότητα καλόπιστης κτήσεως δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας*, ΚριτΕπ 2/1998, σ. 171επ

Ραψομανίκης, Γεωργιάδης- Σταθόπουλος ΑΚ, άρθρο 574 αρ. 12

Σιδηρόπουλος, Θεόδωρος, *Το δίκαιο του διαδικτύου*, Σάκκουλας Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2003, σελ 127 επ.

Φίλιος, Παύλος Χρ., *Ενοχκό Δίκαιο ειδικό μέρος, ΙΙ/Ι*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998 σελ. 164 επ.

Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος Ν., *Η νομική φύση του δικαιώματος πάνω στο software: αποκλειστικά πνευματική ιδιοκτησία ή και ευρεσιτεχνία;*, Κριτ.Επιθ. 1999, σελ 73 επ.

Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος Ν., *Ηλεκτρονικά έγγραφα και ηλεκτρονική δικαιοπραξία μετά τις νέες κοινοτικές ρυθμίσεις*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2001, σελ. 29 επ.

ΙΙ. Ξενόγλωσση

BAINBRIDGE, *Software Licensing*, 2nd Edition; σελ. 176επ.

Brandon/Segelstein *Data-Processing Contracts: Structure, Contents and Negotiations*, 2nd Edition 1984 8επ., 41 επ, 52/53

Ellendberger ZIP, *Die Aufklärungspflicht des Herstellers in der EDV-Praxis gegenüber dem Anwender*, 1982, 525, Düsseldorf IuR 1986, 315

Fuchs, *Der Erwerb von Computern, Computer und Recht*, Bd7, Zürich 1979, 390,

Gorny/Kilian, *Fehlerbehaftete Software- Einige Gedanken aus der Sicht der Informatiker*, 7, 15

Gemignani, *Computer Law*, Rochester N.Y, 1985, 76 επ.

Hagen CMLJ 1985,156

Ron Gilster , *PC Hardware a Beginner 's Guide*, Osborne.

Schlupe, *Die Verträge im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung Innominatverträge (Anhang)*, Basel/Stuttgart 1979

Tapper, *Computer Law*, 3rd Ed, London 1983, 68,

Thomas/Palandt § 823 BGB Anm 16 D c bb)

Zimmermann, *Datenverarbeitung- Lehrbuch der Betriebsinformatik* Bd I 1975, 77

III. Αποφάσεις

ΟΛΑΠ 1/97, ΕλλΔ 38/354,

Ολ.ΑΠ 967/73, ΝοΒ 22, 505

ΑΠ 50/02, ΕλλΔ 43/701

ΑΠ 491/01, ΕλλΔ 43/384

ΑΠ 289/97 ΕλλΔικ 39/326

ΑΠ 621/1986, EEN 1987, 116,

ΑΠ 512/1986, ΝοΒ 35 (1987)

ΕφΑθ 9057/1986, ΕλλΔικ28 (1987).

ΕφΠατρ 430/1974 EEN 1979, 307

ΠολΠρωτΑθ 3318/1998 ΔΕΕ 1999 σ. 403-405.

ΠολΠρωτΑθ 9456/1995 ΕεμπΔ 1996 σ. 620-624 με παρατηρήσεις Χ. Σαουνάτσου

ΠολΠρωτΑθ 9188/1995,

ΠολΠρωτΑθ 5235/1992 ΕλλΔ 1992 σ. 1298-1299

ΠολΠρωτΘες 18201/1998 ΕεμπΔ 1999, σ. 161-167 με σημ. Δ. Καλλινίκου (ΕλλΔ 1999 σ. 458-460

ΜονΠρωτΑθ 11923/1998 ΝοΒ 1998 σ. 1474-1483

ΜονΠρωτΑθ 3946/1996 όπου ΕΕΜΠΔ/1996 (605), ΕΕΜΠΔ/1997 (128)
<http://lawdb.intrasoftnet.com/pls/dnom/nusg8.main>

ΜονΠρωτΑθ 13760/1988 ΕλλΔ 1989 σ. 371-373

ΜονΠρωτΘεσσ 1571/1989: Αρμ 1990 σ. 642-646 με σημείωση Φ.Ο., ΕεμπΔ ΜΒ/1991 σ. 157-158

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ¹²¹

¹²¹ Το παράρτημα έχει παρθεί αυτούσιο από το βιβλίο του Βασίλη Σ. Καραγιάννη, Συμβάσεις Παροχής Λογισμικού (software) & Κανόνες Ανταγωνισμού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2002