



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
E. SHARPSTON  
fremsat den 19. september 2013<sup>1</sup>

**Sag C-355/12**

**Nintendo Co. Ltd  
Nintendo of America Inc.  
Nintendo of Europe GmbH  
mod  
PC Box Srl  
9Net Srl**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale di Milano (Italien))

»Ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet — beskyttelse af tekniske foranstaltninger beregnet til at forhindre eller begrænse handlinger, som rettighedshaveren ikke har samtykket i — videospilkonsoller, der er konstrueret til at forhindre brugen af andre spil end dem, der er godkendt af konsolproducenten — anordninger, der er i stand til at omgå sådanne foranstaltninger — relevansen af den påtænkte brug af konsollerne — relevansen af omfanget, arten og betydningen af forskellige mulige former for brug af anordningerne«

1. Artikel 6 i direktiv 2001/29/EF<sup>2</sup> pålægger medlemsstaterne at indføre en passende retlig beskyttelse mod en række handlinger eller aktiviteter, som omgår eller har til formål at omgå effektive tekniske foranstaltninger, som er udviklet for at forhindre eller begrænse handlinger, som indehaveren af en ophavsrettighed eller en beslægtet rettighed ikke har samtykket i.

2. En producent af videospil og af konsoller, som de kan spilles på, konstruerer begge genstande således, at de skal genkende hinanden ved at udveksle krypterede oplysninger med henblik på, at spillene kan spilles på konsollerne. Den angivne hensigt er at sikre, at det kun er spil, der er fremstillet af producenten eller under licens fra denne (som er beskyttet i henhold til direktiv 2001/29), som kan spilles på disse konsoller (som ikke er påstået beskyttet i henhold til direktivet), og dermed at forhindre brug af konsollerne til at spille uautoriserede kopier af de beskyttede spil på.

3. En anden erhvervsdrivende markedsfører anordninger, som kan bruges til at muliggøre, at andre spil, herunder spil, som ikke er kopier af dem, der er produceret eller godkendt af konsolproducenten, kan spilles på konsollerne. Den erhvervsdrivende påstår, at producentens formål – idet denne ønsker at forhindre markedsføring af sådanne anordninger – ikke er at forhindre uautoriseret kopiering af producentens spil (et formål, som skal beskyttes mod omgåelse i henhold til artikel 6 i direktiv 2001/29), men at forøge salget af disse spil (et formål, for hvilket der ikke kræves beskyttelse).

<sup>1</sup> — Originalsprog: engelsk.

<sup>2</sup> — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10).

4. Tribunale di Milano (den regionale ret i Milano) har på denne baggrund i det væsentlige spurgt, (i) om artikel 6 i direktiv 2001/29 dækker genkendelsesanordninger, der er installeret i hardware (konsoller), og krypterede koder i selve det ophavsretligt beskyttede materiale, hvorved interoperabiliteten mellem anordninger og produkter begrænses, og (ii) hvilken vægt der ved afgørelsen af, om andre anordninger har andre kommercielt relevante formål og brug end omgåelse, skal tillægges den tilsigtede brug af konsollerne, og hvordan den skal vurdere de forskellige former for brug, der kan gøres af de andre anordninger.

5. Den nationale ret har begrænset spørgsmålene til fortolkningen af direktiv 2001/29. Et videospil er imidlertid i vidt omfang en form for computerspil (selv om det også kan inkorporere andre former for intellektuelt arbejde, både fortællekunst og grafik), og computerprogrammer er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2009/24<sup>3</sup>.

### Sammenfatning af den relevante EU-lovgivning

6. De væsentligste relevante aspekter af direktiv 2001/29 og 2009/24 kan sammenfattes således.

#### *Direktiv 2001/29*

7. Betragtningerne til direktiv 2001/29 anerkender, at tekniske foranstaltninger vil øge rettighedshavernes mulighed for at forhindre eller begrænse handlinger, som de ikke har givet tilladelse til, men giver udtryk for en bekymring for, at der med samme hastighed vil blive udviklet midler til ulovligt at omgå sådanne foranstaltninger. Foranstaltninger, som rettighedshaverne har truffet, skal derfor have retlig beskyttelse<sup>4</sup>. Der bør tilvejebringes en sådan retlig beskyttelse af tekniske foranstaltninger, der effektivt begrænser handlinger, som indehaverne af ophavsrettigheder, beslægtede rettigheder eller *sui generis*-retten i databaser ikke har givet tilladelse til, uden dog at forhindre det elektroniske udstyr i at fungere normalt eller den teknologiske udvikling heraf. En sådan retlig beskyttelse bør overholde proportionalitetsprincippet og bør ikke udgøre en hindring for sådanne foranstaltninger eller aktiviteter, der har andre formål eller anvendelser af væsentlig kommerciel betydning end omgåelse af tekniske beskyttelsesforanstaltninger<sup>5</sup>. Herudover bør den retlige beskyttelse i henhold til direktiv 2001/29 ikke være overlappende med beskyttelsen af tekniske foranstaltninger anvendt i forbindelse med edb-programmer i henhold til direktiv 2009/24<sup>6</sup>.

8. Artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2001/29 specificerer dermed, at direktivet ikke berører de gældende EU-bestemmelser om retlig beskyttelse af edb-programmer.

9. Samme direktivs artikel 6 har overskriften »Forpligtelser vedrørende tekniske foranstaltninger«.

10. Artikel 6, stk. 1, pålægger medlemsstaterne at indføre en passende retlig beskyttelse mod omgåelse af enhver form for effektive tekniske foranstaltninger, som den pågældende person foretager, selv om han ved eller burde vide, at dette er formålet.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23.4.2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (kodificeret udgave) (EUT L 111, s. 16). Direktiv 2009/24 ophævede og erstattede Rådets direktiv 91/250/EØF af 14.5.1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EFT L 122, s. 42).

4 — Jf. 47. betragtning.

5 — Jf. 48. betragtning.

6 — Jf. 50. betragtning. Henvisningen var oprindeligt til Rådets direktiv 91/250/EØF af 14.5.1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EFT L 122, s. 42), som direktiv 2009/24 ophævede og erstattede (jf. artikel 10 i sidstnævnte direktiv).

11. Artikel 6, stk. 2, pålægger medlemsstaterne at indføre en passende retlig beskyttelse mod fremstilling, import, distribution, salg, udlejning, reklame for salg og udlejning eller besiddelse i kommercielt øjemed af anordninger, produkter eller komponenter eller ydelse af tjenester, der a) er genstand for salgsfremme, reklame eller markedsføring med henblik på omgåelse af eller b) kun i begrænset omfang har andet kommercielt formål eller anden kommerciel anvendelse end omgåelse af eller c) primært er udviklet, produceret, tilpasset eller ydet med henblik på at muliggøre eller befordre omgåelse af enhver form for effektive tekniske foranstaltninger.

12. Artikel 6, stk. 3, definerer »tekniske foranstaltninger« som »teknologier, anordninger eller komponenter, der under deres normale funktion har til formål at forhindre eller begrænse handlinger i forbindelse med værker eller andre frembringelser, som indehaveren [...] ikke har givet tilladelse til«. De anses for »effektive«, hvis anvendelsen af beskyttede værker eller andre frembringelser styres af rettighedshaveren ved anvendelse af en adgangskontrol- eller beskyttelsesforanstaltning, f.eks. kryptering, scrambling eller anden omdannelse af værket eller andre frembringelser eller en kopikontrolanordning, der opfylder beskyttelsesformålet.

#### *Direktiv 2009/24*

13. Betragtningerne til direktiv 2009/24 definerer tilsyneladende udtrykket »edb-program« som omfattende programmer inkorporeret i datamater<sup>7</sup>, og gør det klart, at det kun er »et edb-programs udtryksform«, der er beskyttet, ikke selve de ideer og principper, der ligger til grund herfor<sup>8</sup>. Betragtningerne specificerer, at »[u]retmæssig reproduktion, oversættelse, bearbejdelse eller omarbejdelse af formen af den kode, hvori en kopi af et edb-program er gjort tilgængelig«, krænker ophavsmandens enerettigheder, men anerkender, at en sådan reproduktion og oversættelse kan være nødvendig f.eks. for at tilvejebringe interoperabilitet med andre programmer eller for at gøre det muligt at forbinde alle komponenter i et edb-system, herunder komponenter af forskellige fabrikater, således at de kan arbejde sammen. I dette begrænsede omfang skal en »person, der har ret til at benytte et edb-program«, ikke pålægges at indhente rettighedshaverens samtykke<sup>9</sup>. Ophavsretlig beskyttelse af edb-programmer bør ikke være til hinder for, at andre beskyttelsesformer kan finde anvendelse, når omstændighederne taler herfor. Dog bør aftalemæssige bestemmelser, der strider mod direktivets bestemmelser om bl.a. dekompileing, være ugyldige<sup>10</sup>.

14. Artikel 1, stk. 1 og 2, pålægger derfor medlemsstaterne at give edb-programmer ophavsretlig beskyttelse (herunder deres udtryksform, men ikke de underliggende ideer og principper) som litterære værker efter Bernerkonventionen<sup>11</sup>.

15. I henhold til artikel 4, stk. 1, litra a) og c), skal rettighedshaverens eneret bl.a. omfatte »ret til at foretage eller tillade« a) »varig eller midlertidig, hel eller delvis reproduktion af et edb-program på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form« og c) »enhver form for offentlig spredning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf«.

7 — Jf. syvende betragtning. Det er en usædvanlig lovgivningsteknik at ønske at definere et udtryk i betragtningerne til et direktiv. Retningslinje 14 i Fælles praktisk vejledning for Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen til alle, der arbejder med affattelse af lovttekster i EU's institutioner, bestemmer, at ord, der ikke er entydige, »bør [defineres] i én enkelt artikel i begyndelsen af retsaksen [...]«. Jf. også dom af 24.11.2005, sag C-136/04, Deutsches Milch-Kontor, Sml. I, s. 10095, præmis 32, og senere generaladvokat Jarabo-Colomers forslag til afgørelse fremsat den 14.5.2009, sag C-192/08, TeliaSonera Finland, Sml. I, s. 10717, navnlig punkt 89.

8 — Jf. 11. betragtning.

9 — Jf. 15. betragtning.

10 — Jf. 16. betragtning.

11 — Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (1886), senest ændret i 1979. Alle medlemsstaterne har undertegnet Bernerkonventionen.

16. Artikel 5 fastsætter imidlertid en række undtagelser til disse enerettigheder. Navnlig kræves der ikke samtykke til reproduktion foretaget af en person, der retmæssigt har erhvervet et program og benytter det efter dets formål, hvis det er nødvendigt for at benytte programmet, herunder til korrektion af fejl, fremstilling af en sikkerhedskopi, for så vidt det er nødvendigt for at benytte programmet, eller til at besigtige, undersøge eller afprøve programmet for at fastslå, hvilke idéer og principper der ligger til grund for de enkelte elementer af det, hvis dette sker i forbindelse med sådanne handlinger, som vedkommende er berettiget til at udføre.

17. Artikel 6 i direktiv 2009/24 har overskriften »Dekompilering«, hvilket udtryk ikke er nærmere defineret. I henhold til artikel 6, stk. 1, kræves rettighedshaverens tilladelse ikke, når reproduktion af kode eller oversættelse af kodens form er en forudsætning for at skaffe de oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet mellem edb-programmer, forudsat at a) handlingerne udføres af eller på vegne af en person, der har ret til at benytte edb-programmet, b) som ikke tidligere havde de oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet, og c) som er begrænset til de dele af det oprindelige program, der er nødvendige for at opfylde dette formål. Artikel 6, stk. 2, tilføjer, at oplysninger indhentet i henhold til stk. 1, kun kan anvendes til sådanne formål, og artikel 6, stk. 3, bestemmer, at der ikke på urimelig måde må gøres indgreb i rettighedshaverens legitime interesser.

18. Artikel 7 i direktiv 2009/24 vedrører særlige beskyttelsesforanstaltninger. Den pålægger medlemsstaterne at træffe passende foranstaltninger over for hovedsagelig de personer, som bevidst markedsfører eller besidder i kommercielt øjemed en kopi af et edb-program, der udgør en krænkelse, eller andre midler, hvis eneste formål er at lette ulovlig fjernelse eller omgåelse af tekniske indretninger, som måtte være blevet anvendt til at beskytte et edb-program.

### **Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål**

19. De nationale retsforhandlinger er indledt af tre selskaber i Nintendo-koncernen (herefter »Nintendo«), som producerer videospil og konsoller, mod PC Box Srl (herefter »PC Box«), som er et selskab, der markedsfører »mod chips« og »game copiers« (herefter »PC Box' anordninger«) via sin hjemmeside. Begge former for anordninger gør det muligt, at andre videospil end dem, der er fremstillet af Nintendo eller af uafhængige producenter under licens fra (herefter »Nintendo- og Nintendo-licenserede spil«), kan spilles på Nintendo-konsoller. Den internetudbyder, som hoster PC Box' hjemmeside, er også sagsøgt<sup>12</sup>. Nintendo ønsker at forhindre, at PC Box' anordninger udbydes med henblik på salg.

20. Den forelæggende ret har anført visse tekniske detaljer (og Nintendo har anført endnu flere) om, hvordan PC Box' anordninger gør det muligt, at andre spil end Nintendo- og Nintendo-licenserede spil kan spilles på Nintendo-konsoller. Mange af disse detaljer forekommer mig ikke at være relevante for de rejste juridiske problemstillinger. Det er tilstrækkeligt at bemærke følgende.

21. Retsforhandlingerne i hovedsagen vedrører to former for konsoller produceret af Nintendo (nemlig »DS«-konsoller og »Wii«-konsoller) og de Nintendo- og Nintendo-licenserede spil, der er udviklet hertil. Nintendo har anført, at virksomheden tilbyder gratis support til producenterne af de spil, som det har licens til, og sælger sine spil i konkurrence med dem uden at kræve royalty, men tager betaling for levering af de kassetter eller DVD'er, som spillet er optaget på, og som allerede indeholder de relevante krypterede oplysninger. Spil til »DS«-konsoller optages på kassetter, som indsættes i konsollen. Spil til »Wii«-konsoller optages på DVD'er, som indsættes i konsollen. Kassetterne og DVD'erne indeholder krypterede oplysninger, som skal udveksles med andre krypterede oplysninger, der findes i konsollerne, for at spillene kan spilles på disse konsoller.

12 — Forelæggelsen vedrører ikke internetudbyderens (9Net Srl) involvering i sagen.

22. Det er ubestridt, at PC Box' anordninger kan bruges til at omgå den blokerende virkning af den krævede udveksling af krypterede oplysninger mellem på den ene side Nintendo- og Nintendo-licenserede spil og på den anden side Nintendo-konsoller. Det er også ubestridt, at den blokerende virkning af Nintendos foranstaltninger forhindrer, at andre spil end Nintendo- og Nintendo-licenserede spil kan spilles på Nintendo-konsoller, og at PC Box' anordninger også omgår denne virkning.

23. Ifølge den forelæggende ret har Nintendo påstået at have udstyret sine konsoller og spil med lovlige tekniske foranstaltninger for at sikre, at uautoriserede kopier af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil ikke kan bruges sammen med virksomhedens konsoller. Nintendo har også påstået, at hovedformålet med eller brugen af PC Box' anordninger er at omgå disse foranstaltninger.

24. PC Box har stillet spørgsmålstejn ved, om videospil skal anses for edb-programmer eller for intellektuelle værker. PC Box har i begge tilfælde gjort gældende, at virksomheden markedsfører originale Nintendo-konsoller med en softwarepakke bestående af applikationer, der er specifikt udviklet af uafhængige producenter til brug på sådanne konsoller<sup>13</sup> sammen med mod chips eller game copiers, der er udviklet til at sætte den blokeringsmekanisme, der er bygget ind i konsollen, ud af funktion. PC Box er også af den opfattelse, at Nintendos reelle formål er (i) at forhindre brugen af uafhængig software, der ikke er forbundet med sektoren for ulovlige kopier af videospil, og (ii) at opdele markederne ved at gøre spil, der er købt i én geografisk zone, inkompatible med konsoller, der er købt i en anden. PC Box har derfor anfægtet Nintendos anvendelse af tekniske foranstaltninger, ikke blot på virksomhedens videospil, men også på hardware, hvilket PC Box anser for at være i strid med artikel 6, stk. 3, i direktiv 2001/29.

25. Den forelæggende ret er af den opfattelse, som er i overensstemmelse med de italienske retsinstitansers praksis, at videospil som de her omtvistede ikke blot kan anses for edb-programmer, men er komplekse multimedieværker, som er udtryk for begrebsmæssigt selvstændig fortællekunst og grafiske frembringelser. Sådanne spil skal derfor anses for intellektuelle værker, der er ophavsretligt beskyttet. Retten har også bemærket, at de tekniske foranstaltninger, som Nintendo har truffet på konsollerne, kun indirekte bidrager til at forhindre den uautoriserede kopiering af spil, og at behovet for at udveksle oplysninger mellem spillet og konsollen ikke kun har den virkning, at kun Nintendo- og Nintendo-licenserede spil kan spilles på Nintendo-konsoller, men også at det forhindres, at sådanne spil kan spilles på andre konsoller, hvorved de begrænser interoperabiliteten og forbrugernes valgmuligheder.

26. Tribunale di Milano har derfor anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

- »1) Skal artikel 6 i direktiv 2001/29/EF, herunder også i lyset af 48. betragtning til samme direktiv, fortolkes således, at tekniske foranstaltninger til beskyttelse af ophavsretligt beskyttede værker eller andre frembringelser kan udvides til ligeledes at omfatte et system, der er produceret og markedsført af den samme virksomhed, hvori der i hardwaren installeres en anordning, som på et separat medie, der indeholder de beskyttede værker (videospil produceret af samme virksomhed samt af tredjemand, der ejer de beskyttede værker), kan genkende en identificeringskode, uden hvilken de pågældende værker ikke kan vises og bruges i dette system, hvorved det pågældende udstyr således omfatter et system, der ikke er interoperabelt med komplementerende udstyr eller produkter, som ikke stammer fra den virksomhed, der producerer selve systemet?
- 2) Såfremt det er nødvendigt at tage stilling til, om brugen af et produkt eller en komponent, hvis formål er at omgå en teknisk beskyttelsesforanstaltning, vejer tungere end andre kommercielt relevante formål og brug, kan artikel 6 i direktiv 2001/29/EF, herunder også i lyset af 48.

<sup>13</sup> — Uafhængigt producerede videospil udviklet til brug på beskyttet hardware, såsom Nintendo-konsoller, kaldes også »hjemmebryg«.

betragtning til samme direktiv, da fortolkes således, at den nationale retsinstans ved vurderingen af dette spørgsmål, skal anvende kriterier, hvorved det særlige formål som rettighedsindehaverne har tiltænkt det produkt, hvori det beskyttede indhold indsættes, tillægges særlig vægt, eller alternativt – eller i tillæg hertil – kvantitative kriterier vedrørende omfanget af de sammenlignede former for brug, eller kvalitative kriterier, dvs. kriterier vedrørende arten og vigtigheden af de pågældende former for brug?<sup>14</sup>«

27. Nintendo, PC Box, den polske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Under retsmødet den 30. maj 2013 fremsatte Nintendo, PC Box og Kommissionen mundtlige bemærkninger.

## Bedømmelse

### *Indledende bemærkninger*

28. For det første er det blevet klarlagt, at den underliggende tvist mellem parterne i hovedsagen ikke kun vedrører ophavsretten, men også spørgsmålet, om de foranstaltninger, som Nintendo har truffet, er ulovlige i lyset af konkurrenceretten. Eftersom den nationale rets spørgsmål er begrænset til ophavsretlige problemstillinger, forekommer det mig ikke passende at give udtryk for noget synspunkt vedrørende det sidstnævnte aspekt i forbindelse med denne forelæggelse.

29. For det andet forekommer det, at de tekniske foranstaltninger, som Nintendo har truffet, ikke kun forsøger at forhindre eller begrænse uautoriserede handlinger omhandlende Nintendos eget ophavsretligt beskyttede materiale (virksomhedens egne spil), men også ophavsretligt beskyttet materiale tilhørende uafhængige producenter, der har en licens<sup>15</sup>. Det spørgsmål, om tekniske foranstaltninger skal være truffet af rettighedshaveren selv for at være beskyttet i henhold til artikel 6 i direktiv 2001/29, som den forelæggende ret har hentydet til i det første spørgsmål, er hverken nævnt i rettens begrundelse eller behandlet i indlæggene for Domstolen. Jeg vil heller ikke behandle det spørgsmål.

30. For det tredje afhænger udfaldet af retsforhandlingerne i hovedsagen af faktiske konstateringer, som kun kan foretages af den nationale ret (og jeg er her enig med Kommissionen i, at sådanne konstateringer skal foretages særskilt for hver af PC Box' anordninger og for hver af Nintendos konsoltyper). Domstolen kan f.eks. ikke nå til nogen konklusion eller give udtryk for noget synspunkt, vedrørende i hvilket omfang Nintendos formål eller hensigt faktisk måtte være at forhindre uautoriseret kopiering af virksomhedens spil og/eller at opnå en kommerciel fordel ved at udelukke interoperabilitet med andre produkter. Domstolen kan heller ikke afgøre, om PC Box' anordninger faktisk opfylder et eller flere af kriterierne i artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/29. Domstolen kan kun yde vejledning vedrørende de former for faktiske omstændigheder, der kan være relevante ved anvendelsen af den nationale lovgivning, som gennemfører denne artikel.

14 — Selv om den faktiske ordlyd af det andet spørgsmål kan give mulighed for tvivl, fremgår det klart af begrundelsen i forelæggelseskendelsen, at de »former for brug«, der er henvist til i forbindelse med kvalitative eller kvantitative kriterier, er brug af det »produkt eller [den] komponent«, der skal vurderes (nemlig mod chip eller game copier), og ikke brug af »det produkt, hvori det beskyttede indhold indsættes« (konsollen).

15 — Jf. punkt 21 ovenfor.

*Relevansen af direktiv 2009/24*

31. Det fremgår klart af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret har foretaget visse konklusioner vedrørende de faktiske omstændigheder og arten af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil og har konkluderet – hvilket går imod et af PC Box' argumenter – at disse spil ikke skal anses for edb-programmer i den i direktiv 2009/24 omhandlede forstand, men for komplekse multimedieværker, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2001/29.

32. Polen har i det skriftlige indlæg foreslået, at disse konstateringer kan drages i tvivl, selv om Polens egen, ikke helt konkluderende, analyse forekom at lede det i samme retning. Domstolen anmodede derfor de parter, der deltog i retsmødet (Nintendo, PC Box og Kommissionen) om at svare på spørgsmålet om anvendelsen af direktiv 2001/29 under omstændigheder som i de hovedsagen omhandlede. Nintendo og Kommissionen var enig i den fremgangsmåde, som den nationale ret havde valgt. PC Box påstod på den anden side, at direktiv 2009/24 og 2001/29 var relevant under de omtvistede omstændigheder. PC Box påstod, at den af PC Box foretagne dekompileering var begrænset til de dele af programmet, som var strengt nødvendige for at sikre interoperabiliteten mellem Nintendo-konsoller og »hjemmebryggede« spil, der ikke krænkede nogen ophavsret eller beslægtede rettigheder.

33. Det forekommer mig, at Domstolen ikke har nogen grund eller kompetence til at på ny at bedømme de faktiske omstændigheder, som den foreliggende ret har konstateret, og at det er vanskeligt at rejse tvivl om den konklusion, som den forelæggende ret har draget af konstateringerne i denne henseende, i henhold til EU-retten.

34. Direktiv 2009/24 omhandler kun edb-programmer, mens direktiv 2001/29 omhandler ophavsret og beslægtede rettigheder til intellektuelle værker generelt. Sidstnævnte direktiv berører ikke og påvirker på ingen måde eksisterende EU-bestemmelser om bl.a. den retlige beskyttelse af edb-programmer. Domstolen har således udtalt, at direktiv 2009/24 er *lex specialis* i forhold til bestemmelserne i direktiv 2001/29<sup>16</sup>. Efter min opfattelse skal denne udtalelse forstås således, at bestemmelserne i direktiv 2009/24 har forrang frem for bestemmelserne i direktiv 2001/29, men kun når det beskyttede materiale fuldt ud er omfattet af sidstnævntes anvendelsesområde. Hvis Nintendo- og Nintendo-licenserede spil ikke er andet end edb-programmer, finder direktiv 2009/24 derfor anvendelse, hvorved direktiv 2001/29 fordrives. Hvis Nintendo anvendte særskilte tekniske foranstaltninger for at beskytte edb-programmerne og det andet materiale, kunne direktiv 2009/24 finde anvendelse på de førstnævnte og direktiv 2001/29 på det sidstnævnte.

35. Den nationale ret har imidlertid fundet, at Nintendo- og Nintendo-licenserede spil ikke blot kan være edb-programmer i sig selv. De omfatter også intellektuelle værker i form af fortællekunst og grafik, som forekommer at være uadskillelige fra selve programmerne. Nintendos foranstaltninger påvirker adgangen til og brugen af spillene som helhed og ikke kun deres edb-programkomponent. Den beskyttelse, som direktiv 2009/24 yder mod uautoriserede handlinger i forhold til edb-programmer, er lidt mindre fordelagtig (på grund af undtagelserne i artikel 5 og 6<sup>17</sup>) end beskyttelsen i direktiv 2001/29 mod omgåelse af tekniske foranstaltninger udviklet til at forhindre eller begrænse uautoriserede handlinger i forhold til intellektuelle værker generelt. Når der er tale om komplekse intellektuelle værker, der omfatter både edb-programmer og andet materiale – og når de to ikke kan adskilles – forekommer det mig, at der skal tildeles den største og ikke den mindre beskyttelse. Hvis dette ikke var tilfældet, ville rettighedshaverne ikke få den beskyttelsesgrad for det andet materiale, som de er berettiget til i henhold til direktiv 2001/29.

16 — Dom af 3.7.2012, sag C-128/11, *UsedSoft*, EU:C:2012:407, præmis 51.

17 — Jf. punkt 16 og 17 ovenfor.

36. Under alle omstændigheder forekommer det ikke, at de handlinger, som er blevet mulige med brugen af PC Box' anordninger, og som hovedsagen vedrører, er omfattet af nogen af undtagelserne i artikel 5 og 6 i direktiv 2009/24, selv om det igen er et emne, der er omfattet af den nationale rets bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

37. Endelig er jeg klar over, at den tyske Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen) har forelagt Domstolen et specifikt spørgsmål vedrørende anvendelsen af direktiv 2009/24 på videospil af den omtvistede slags<sup>18</sup>. Efter min opfattelse er det at foretrække, at Domstolen afgør et sådant spørgsmål i lyset af de mere omfattende indlæg, der vil blive indgivet i den sag, og at den begrænser sin bedømmelse i denne sag til de specifikke fortolkningsspørgsmål, som den nationale ret har rejst.

38. Jeg vil derfor kun behandle spørgsmålene under henvisning til direktiv 2001/29.

#### *De præjudicielle spørgsmål*

39. Tribunale di Milano har stillet to spørgsmål, selv om de måske ikke er helt så klare, som det kunne ønskes<sup>19</sup>.

40. Som jeg forstår det, har det første spørgsmål to dele. For det første: Omfatter »tekniske foranstaltninger« i den i artikel 6 i direktiv 2001/29 omhandlede forstand ikke kun de foranstaltninger, som er fysisk forbundet med selve det ophavsretligt beskyttede materiale (her ved inkorporering i de kassetter eller DVD'er, hvorpå spillene optages), men også de foranstaltninger, som er fysisk forbundet med de anordninger, der er nødvendige for at anvende eller nyde materialet (her ved inkorporering i de konsoller, hvorpå spillene spilles)? For det andet: Er sådanne foranstaltninger omfattet af den beskyttelse, der skal ydes i henhold til bestemmelsen, når (eller endog hvis) deres virkning ikke blot er begrænset til at begrænse uautoriseret reproduktion af det ophavsretligt beskyttede materiale, men også at udelukke enhver brug af materialet sammen med andre anordninger eller af andet materiale sammen med anordningerne?

41. Det andet spørgsmål forekommer i det væsentlige at vedrøre det kriterium, der skal anvendes ved bedømmelsen af formålet med eller brugen af anordninger, såsom PC Box', som kan omgå eller faktisk omgå tekniske foranstaltninger, der er berettiget til beskyttelse, i forbindelse med artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/29. Den nationale ret har i denne henseende henvist til på den ene side »den særlige tilsigtede brug, som rettighedshaveren har tildelt det produkt, hvori det beskyttede indhold indsættes« (her Nintendos konsoller), og på den anden side omfanget, arten og betydningen af formerne for brug af anordningen, produktet eller komponenten i sig selv (her PC Box' anordninger).

42. Jeg udleder, at den nationale ret for det første har ønsket af få fastslået, om Nintendos tekniske foranstaltninger er berettiget til beskyttelse, fordi de er udviklet til at forhindre eller begrænse handlinger, som rettighedshaveren ikke har samtykket i, selv hvis de også kun begrænser interoperabiliteten, for det andet og særskilt, om denne beskyttelse skal ydes mod leveringen af PC Box' anordninger, fordi de giver mulighed for eller letter udførelsen af sådanne uautoriserede handlinger. Det er imidlertid min opfattelse, at de to problemstillinger ikke helt kan adskilles, og at faktorer, der er nævnt i forbindelse med den ene, kan være relevante for løsningen af den anden.

18 — Sag C-458/13, Grund og Nintendo, EU:C:2014:589.

19 — Nintendo har citeret en lærd kommentator således: »Det er vanskeligt at udlede betydningen af disse vanskelige spørgsmål. (Domstolen bliver måske nødt til at hjemvise spørgsmålene til retten i Milano eller til et udvalg af lingvister med henblik på en nærmere forklaring.)« Det synes at være noget overdrejet, men spørgsmålenes formulering er bestemt ikke enkel.



Det første spørgsmål

43. Spørgsmålets første del kan efter min opfattelse behandles for sig selv og giver ikke de store problemer. Intet i ordlyden af artikel 6 i direktiv 2001/29 udelukker foranstaltninger som de omtvistede, der er delvist inkorporeret i spilmediernes og delvist i konsollerne, og som indebærer interaktion mellem de to. Definitionen i artikel 6, stk. 3 – »teknologier, anordninger eller komponenter, der under deres normale funktion har til formål at forhindre eller begrænse handlinger i forbindelse med værker eller andre frembringelser, som indehaveren [...] ikke har givet tilladelse til« - er bred og omfatter »anvendelse af en adgangskontrol- eller beskyttelsesforanstaltning, f.eks. kryptering, scrambling eller anden omdannelse af værket eller andre frembringelser eller en kopikontrolanordning«. Hvis foranstaltninger, der er delvist inkorporeret i andre anordninger end dem, som rummer selve det ophavsretligt beskyttede materiale, er udelukket, indebærer det sandsynligvis, at en lang række tekniske foranstaltninger, hvis beskyttelse direktivet forsøger at sikre, nægtes beskyttelse.

44. Spørgsmålets anden del er mindre ligetil.

45. Både Nintendo og Kommissionen har med rette understreget, at en teknisk foranstaltning skal være effektiv for at nyde beskyttelse i medfør af artikel 6 i direktiv 2001/29. I overensstemmelse med artikel 6, stk. 3, skal den tekniske foranstaltning ikke blot være udviklet til under sin normale funktion at forhindre eller begrænse uautoriserede handlinger, men den skal også give mulighed for, at brugen af materialet styres af rettighedshaveren. Herudover er de handlinger, som foranstaltningen er udviklet til at forhindre eller begrænse, således som Kommissionen med rette har anført, de handlinger, hvortil rettighedshaverens samtykke er nødvendigt i henhold til direktivet, nemlig reproduktion (artikel 2), overføring og tilrådighedsstillelse for almenheden (artikel 3) eller spredning (artikel 4) af rettighedshaverens værk.

46. Kommissionen er af den opfattelse, at de i hovedsagen specifikt omtvistede handlinger primært er reproduktion og sekundært spredning (fordi der kan spredes kopier efterfølgende) af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil. Jeg ser ingen anledning til at være uenig i dette synspunkt.

47. Således som jeg har understreget, tilkommer det den nationale ret at konstatere de faktiske omstændigheder, men Nintendos tekniske foranstaltninger er efter min opfattelse sandsynligvis effektive i forhold til om ikke at forhindre, så i hvert fald til at begrænse uautoriseret kopiering af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil. Det er korrekt, at den nationale ret har fundet, at deres virkning i vidt omfang er indirekte i denne henseende (da den umiddelbare virkning er at forhindre brugen af uautoriserede kopier på Nintendo-konsoller), men det er ikke min opfattelse, at artikel 6 i direktiv 2001/29 indeholder nogen betingelse eller sonderer hvad angår effektivitetens umiddelbarhed. Hvis der ikke kan anvendes uautoriserede kopier (i det mindste på Nintendo-konsoller), har det sandsynligvis en betydelig begrænsende virkning på produktionen heraf og dermed på den efterfølgende spredning heraf. Det forekommer også sandsynligt, at foranstaltninger vil have denne virkning »under deres normale funktion«. Hvad angår det følgende vil jeg derfor antage, at dette er korrekt.

48. Hvis dette var de omtvistede tekniske foranstaltningers eneste virkninger, ville de åbenbart være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 6 i direktiv 2001/29 og ville være berettiget til den krævede retlige beskyttelse.

49. Det er imidlertid en forudsætning for den nationale rets spørgsmål, at disse foranstaltninger også forhindrer eller begrænser handlinger, som ikke kræver rettighedshaverens samtykke i henhold til direktiv 2001/29 – såsom brugen af Nintendo-konsoller til at spille andre spil end Nintendo- og Nintendo-licenserede spil eller kopier heraf eller at spille Nintendo- og Nintendo-licenserede spil på andre konsoller end de af Nintendo producerede.

50. For så vidt som der fremkaldes sådanne andre virkninger, kræver direktiv 2001/29 ikke, at de pågældende tekniske foranstaltninger skal ydes retlig beskyttelse. Der forekommer slet ikke at være nogen begrundelse for en sådan beskyttelse, hvis den blev ydet.

51. Vanskeligheden består i det forhold, at de samme foranstaltninger forhindrer eller begrænser handlinger, som kræver samtykke, og handlinger, der ikke gør.

52. Nintendo har gjort gældende, at det er uvæsentligt, at en teknisk foranstaltning forhindrer eller begrænser handlinger, som ikke kræver samtykke, forudsat at en sådan virkning kun er lejlighedsvis eller tilfældig i forhold til hovedformålet med og virkningen af at forhindre eller begrænse handlinger, som kræver samtykke. PC Box har derimod fremhævet proportionalitetsprincippet og interoperabilitetsprincippet, der fremgår af henholdsvis 48. og 54. betragtning til direktiv 2001/29: Tekniske foranstaltninger, der går længere end nødvendigt for at beskytte selve det ophavsretligt beskyttede materiale, eller som udelukker interoperabilitet, bør derfor ikke beskyttes. Kommissionen er af den opfattelse, at hvis sådanne foranstaltninger også forhindrer handlinger, som ikke kræver samtykke, så er de uforholdsmæssige og ikke berettiget til beskyttelse, hvis de kunne være udviklet til kun at forhindre handlinger, som kræver samtykke. Hvis det imidlertid ikke kan undgås, at de også forhindrer handlinger, som ikke kræver samtykke, er de måske ikke uforholdsmæssige og dermed måske berettiget til beskyttelse. Der skal ved bedømmelsen tages hensyn til teknikens udviklingstrin. Både Nintendo og den polske regering har gjort gældende, at Nintendo-konsollerne ikke er computeranordninger til generel anvendelse. De er udviklet og markedsført med det eneste og udtrykkelige formål at give mulighed for, at Nintendo- og Nintendo-licenserede spil kan spilles på dem.

53. Der er således faktisk bred enighed mellem dem, der har indleveret indlæg (og jeg er enig med dem), om, at proportionalitetskriteriet, hvilket princip der er henvist til i 48. betragtning til direktiv 2001/29, skal finde anvendelse. Nintendo og PC Box har imidlertid grebet kriteriet an fra det modsatte udgangspunkt og har argumenteret for modsatte resultater.

54. Jeg er enig med Kommissionen i, at det er nødvendigt for den nationale ret at undersøge, om den ønskede virkning af at forebygge eller begrænse handlinger, som kræver rettighedshaverens samtykke, kan opnås på teknologiens nuværende udviklingstrin, også uden at forhindre eller begrænse handlinger, som ikke kræver noget samtykke. Kunne Nintendo med andre ord have beskyttet sine egne spil eller licensspil uden at forhindre eller begrænse brugen af sine konsoller til at spille »hjemmebryggede« spil på?

55. Jeg er også enig i den forsigtige og nuancerede måde, hvorpå Kommissionen har udtrykt sit synspunkt. Proportionalitetskriteriet kan ikke mindskes til den blotte antagelse, at indgreb i en lovlig aktivitet er uvæsentligt, forudsat at det kun er tilfældigt (Nintendo), eller at enhver begrænsning af interoperabiliteten nødvendigvis er uforholdsmæssig (PC Box).

56. Kriteriet omfatter i sin klassiske form, således som anvendt af Domstolen, en afgørelse af, om en foranstaltning forfølger et lovligt formål, om den er egnet til at opfylde dette formål, og om den går videre end nødvendigt for at opfylde det.

57. Hvad angår kriteriets første del er formålet om at forhindre eller begrænse handlinger, som rettighedshaveren ikke har samtykket i, iboende i enhver ophavsretlig ordning og er specifikt ansporet ved den retlige beskyttelse, der kræves i artikel 6 i direktiv 2001/29.

58. For så vidt som Nintendos tekniske foranstaltninger kun forfølger det lovlige formål, er spørgsmålet om, hvorvidt de er egnede til at opfylde dette formål, forbundet med spørgsmålet om deres effektivitet, som jeg har behandlet i punkt 45-47 ovenfor. Den nationale ret skal på baggrund af de fremlagte beviser afgøre, hvilke tekniske foranstaltninger blandt de foranstaltninger, som er til rådighed i øjeblikket, der effektivt kan beskytte mod uautoriseret reproduktion af Nintendo- og

Nintendo-licenserede spil. Der findes måske ingen foranstaltninger, som kan sikre, at sådanne handlinger helt forhindres. Forskellige foranstaltninger kan imidlertid føre til forskellige grader af begrænsning. Den nationale ret skal afgøre, om den ved den omtvistede tekniske foranstaltning opnåede grad af begrænsning yder effektiv beskyttelse mod uautoriseret brug.

59. Hvis på den anden side den nationale ret måtte finde, at Nintendo i tillæg hertil forfølger et andet formål, som ikke er berettiget i sammenhæng med direktivet, skal der tages hensyn til det omfang, hvori de tekniske foranstaltningers art blev afgjort af det sidstnævnte formål, ved undersøgelsen af, om disse foranstaltninger er egnede til at opfylde det lovlige formål om at forhindre eller begrænse uautoriseret brug.

60. Det tilbageværende spørgsmål er, om foranstaltningerne går videre end nødvendigt for at opfylde formålet om at forhindre eller begrænse uautoriseret reproduktion af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil.

61. Den nationale ret skal i denne henseende se på graden af begrænsning af handlinger, som ikke kræver rettighedshaverens samtykke. Hvilke kategorier af handlinger forhindres eller begrænses faktisk, når de omtvistede tekniske foranstaltninger anvendes og ikke omgås? Hvor vigtigt er det, at sådanne handlinger ikke burde forhindres eller begrænses?

62. Uanset vurderingen af graden af indgreb forårsaget af de omtvistede tekniske foranstaltninger er det nødvendigt at afgøre, om andre foranstaltninger kunne have forårsaget et mindre indgreb og stadig have ydet sammenlignelig beskyttelse af rettighedshaverens rettigheder. Det kan i denne henseende være relevant at tage hensyn til de forholdsmæssige omkostninger forbundet med de forskellige typer tekniske foranstaltninger sammen med alle andre faktorer, som kan påvirke eller afgøre valget herimellem.

63. Den nationale ret skal på grundlag af betragtninger som dem, jeg har opridset ovenfor (uden dog at påstå, at de er udtømmende), afgøre, om de i hovedsagen omtvistede tekniske foranstaltninger er forholdsmæssige med opfyldelsen af formålet om beskyttelse mod uautoriseret brug, således som påtænkt i artikel 6 i direktiv 2001/29, og dermed berettiget til den retlige beskyttelse, som denne bestemmelse kræver, eller om de går videre end nødvendigt for at opfylde dette formål og dermed ikke er berettiget til en sådan beskyttelse.

64. Analysen kan dog ikke være fuldstændig uden også at betragte beskyttelsen i lyset af de anordninger, produkter, komponenter eller tjenesteydelser, mod hvilke der søges beskyttelse, og som det andet spørgsmål vedrører.

Det andet spørgsmål

65. Den nationale ret har ønsket vejledning vedrørende relevansen af »det særlige formål som rettighedshaverne har tiltænkt det produkt, hvori det beskyttede indhold indsættes« (Nintendos konsoller), og omfanget, arten og betydningen af de former for brug af anordningerne, mod hvilke der ønskes beskyttelse (PC Box' mod chips og game copiers).

66. Hvad angår det første aspekt har den nationale ret henvist til praksis fra de italienske strafferetsinstanser, hvorefter den måde, hvorpå konsollerne præsenteres for offentligheden og det forhold, at de er udviklet til at spille videospil på, tilsyneladende kan føre den til den konklusion, at brugen af mod chips har som hovedformål at omgå de tekniske foranstaltninger, der er truffet. Den forelæggende ret har imidlertid spurgt, om den begrundelse er tilstrækkelig, navnlig i retsforhandlinger som de for den forelæggende ret verserende. Nintendo og Kommissionen er begge i deres indlæg af den opfattelse, at producentens hensigt med brugen af konsollerne ikke er et relevant

kriterium ved vurderingen af formålet med mod chips eller game copiers. PC Box forekommer underforstået at være af den samme opfattelse i virksomhedens meget korte indlæg vedrørende dette spørgsmål, mens den polske regering har anset den påtænkte brug for en faktor, der kan tages i betragtning uden at være afgørende.

67. Jeg er også af den opfattelse, at den bestemte brug, som påtænkes for Nintendos konsoller, ikke er af relevans for vurderingen af, om der skal ydes beskyttelse mod leveringen af PC Box' anordninger. Det, der betyder noget, er, om sidstnævnte er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/29, og det er derfor spørgsmålets andet aspekt – omfanget, arten og betydningen af formerne for brug af PC Box' anordninger – der skal behandles.

68. Således som Kommissionen har understreget, skal beskyttelsen, når en teknisk foranstaltning er berettiget til beskyttelse i medfør af artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/29, ydes mod fremstilling, import, distribution, salg, udlejning, reklame for salg og udlejning eller besiddelse i kommercielt øjemed af anordninger, der (a) er genstand for salgsfremme, reklame eller markedsføring med henblik på omgåelse af den pågældende tekniske foranstaltning, (b) kun i begrænset omfang har et andet kommercielt formål eller anden kommerciel brug end omgåelse af foranstaltningen eller (c) primært er udviklet, produceret eller tilpasset med henblik på at muliggøre eller befordre omgåelse heraf. Hvis ingen af disse kriterier er opfyldt, er der ingen beskyttelse i medfør af disse bestemmelser. Det er derimod tilstrækkeligt, at et enkelt kriterium er opfyldt, for at beskyttelsen skal ydes.

69. Den nationale ret gør sig med spørgsmålet tilsyneladende færre overvejelser vedrørende (a) eller (c), nemlig de formål, til hvilket anordningerne markedsføres eller er udviklet, end vedrørende (b), nemlig de kommercielt relevante former for brug af de pågældende anordninger. Retten ønsker oplyst, hvilke typer kriterier – kvantitative og/eller kvalitative – den skal støtte sig til ved vurderingen af, om PC Box' mod chips eller game copiers »kun i begrænset omfang har andet kommercielt formål eller anden kommerciel anvendelse end omgåelse« af de tekniske foranstaltninger, som Nintendo har truffet?

70. Henvisningen til kvantitative kriterier i spørgsmålet forekommer at antyde, at den nationale ret påtænker at undersøge beviser vedrørende f.eks. hvor ofte PC Box' anordninger faktisk anvendes til at muliggøre, at uautoriserede kopier af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil kan spilles på Nintendo-konsoller, og hvordan de bruges til at muliggøre at spille spil, som ikke krænker ophavsretten til Nintendo- og Nintendo-licenserede spil.

71. Nintendo har gjort gældende, at dette afslører en misforståelse: Det, der betyder noget, er ikke, om der er *andre* kommercielt relevante formål eller former for brug, *end at det gøres lettere at krænke* de enerettigheder, der er beskyttet ved de tekniske foranstaltninger, men blot, om der er *andre* kommercielt relevante formål eller former for brug *end omgåelse af disse foranstaltninger*, uanset hvilken type handling eller aktivitet der herved gøres nemmere.

72. Kommissionen understregede imidlertid under retsmødet, at direktiv 2001/29 ikke forsøger at skabe andre rettigheder end dem, der er specificeret i artikel 2, 3 og 4 (i det væsentlige at give eller nægte samtykke til reproduktion, overføring eller spredning af et beskyttet værk). Der kræves kun retlig beskyttelse i medfør af artikel 6 mod omgåelse, som krænker disse specifikke rettigheder<sup>20</sup>. Det er derfor relevant at overveje det endelige formål med eller former for brug af PC Box' anordninger og ikke blot spørgsmålet, om der er andre kommercielt relevante formål eller former for brug end at omgå Nintendos tekniske foranstaltninger.

20 — Kommissionen understregede, at artikel 6, stk. 1 og 2, i Kommissionens forslag og ændrede forslag til direktiv 2001/29 specificerede, at de vedrørte »omgåelse uden samtykke af alle effektive tekniske foranstaltninger udviklet til at beskytte ophavsret eller beslægtede rettigheder [...]«, og at det kun var med henblik på at »forenkle udarbejdelsen«, at Rådet fjernede denne specificering (jf. fælles holdning (EF) nr. 48/2000, EFT 2000 C 344, s. 1).

73. Jeg er her enig med Kommissionen, og jeg vil tilføje, at de samme faktorer er relevante for vurderingen af Nintendos tekniske foranstaltninger i sig selv.

74. Det er ubestridt, at Nintendos tekniske foranstaltninger blokerer uautoriserede handlinger (brugen af uautoriserede kopier af Nintendo- og Nintendo-licenserede spil) og handlinger, som ikke kræver samtykke (brugen af andre spil), og at PC Box' anordninger omgår denne blokering i begge tilfælde. Blokering og omgåelse har dermed samme omfang. De er to sider af samme sag.

75. Det omfang, hvori PC Box' anordninger faktisk kan anvendes til andre formål end at muliggøre krænkelse af enerettigheder, er derfor en faktor, der skal tages i betragtning ikke kun ved afgørelsen af, om sådanne anordninger er omfattet af artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/29, men også om Nintendos tekniske foranstaltninger kan opfylde proportionalitetskriteriet. Hvis det kan fastslås, at de hovedsagelig anvendes til sådanne andre formål (og det er den nationale ret, der skal afgøre, om dette er tilfældet), anvendes de ikke kun på måder, som ikke krænker nogen af de enerettigheder, der er garanteret i direktiv 2001/29, men der er en stærk indikation af, at de tekniske foranstaltninger ikke er forholdsmæssige. Hvis det derimod kan fastslås, at anordningerne hovedsagelig anvendes på en måde, som krænker enerettigheder, er der en stærk indikation af, at foranstaltningerne er forholdsmæssige. Hvis det er muligt, er det derfor relevant at foretage en kvalitativ vurdering af de endelige formål med omgåelsen af de tekniske foranstaltninger ved anordningerne ved afgørelsen af både, om Nintendos tekniske foranstaltninger generelt er berettiget til retlig beskyttelse, og om der skal ydes beskyttelse mod markedsføringen af PC Box' anordninger.

76. Spørgsmålet om kvalitative kriterier, som den nationale ret har stillet, er knapt blevet behandlet i indlæggene for Domstolen. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret regnede med, at betydningen af at tillade anvendelse af Nintendos konsoller til andre formål, som ikke krænker nogen enerettigheder, kunne veje tungere end betydningen af at forhindre eller begrænse uautoriserede handlinger.

77. Jeg har ovenfor<sup>21</sup> anført, at sådanne betragtninger kan være relevante ved anvendelsen af proportionalitetskriteriet på Nintendos tekniske foranstaltninger. De kan efter min opfattelse også være relevante for spørgsmålet, om der skal ydes beskyttelse mod markedsføring af PC Box' anordninger.

78. Jeg er enig i, at der kan være vigtigt i nogle sager (og mindre vigtigt i andre), at gennemførelsen af tekniske foranstaltninger, som beskytter enerettigheder, ikke bør gøre indgreb i brugernes ret til at foretage handlinger, som ikke kræver samtykke. For så vidt som sidstnævnte imidlertid ikke er grundlæggende rettigheder, skal der også tages behørigt hensyn til betydningen af at beskytte ophavsretten og beslægtede rettigheder. Sådanne kvalitative kriterier skal ikke desto mindre ses i lyset af de kvantitative kriterier, som allerede er blevet drøftet, nemlig det forholdsmæssige omfang og den forholdsmæssige hyppighed af former for brug, som krænker henholdsvis ikke krænker enerettigheder.

### **Forslag til afgørelse**

79. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen bør besvare de af Tribunale di Milano stillede spørgsmål således:

- »1) I henhold til en korrekt fortolkning af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet kan »tekniske foranstaltninger« i den i direktivets artikel 6 omhandlede forstand omfatte foranstaltninger, som ikke kun er installeret i selve de beskyttede værker, men også i anordninger, der er udviklet for at muliggøre adgang til disse værker.

21 — I punkt 61.

- 2) Ved afgørelsen af, om foranstaltninger af denne art er berettiget til beskyttelse i medfør af artikel 6 i direktiv 2001/29/EF, når de har den virkning at forhindre eller begrænse ikke kun handlinger, som kræver rettighedshaverens samtykke, men også handlinger, som ikke kræver et sådant samtykke, skal en national ret efterprøve, om foranstaltningernes anvendelse overholder proportionalitetsprincippet, og den skal navnlig overveje, om den nævnte virkning på det nuværende tekniske udviklingstrin kunne opnås uden at fremkalde den sidstnævnte virkning eller ved at fremkalde den i mindre grad.
- 3) Det er ved afgørelsen af, om der skal ydes beskyttelse mod levering af anordninger, produkter, komponenter eller tjenesteydelser i medfør af artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/29, ikke nødvendigt at overveje rettighedshaverens specifikt påtænkte brug af en anordning, der er udviklet til at give adgang til beskyttede værker. Det omfang, hvori de anordninger, produkter, komponenter eller tjenesteydelser, der søges beskyttelse mod, anvendes eller kan anvendes til andre lovlige formål end at give mulighed for handlinger, som kræver rettighedshaverens samtykke, er derimod en relevant betragtning.«