



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 12. september 2019¹

Sag C-666/18

**IT Development SAS
mod
Free Mobile SAS**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris, Frankrig))

»Præjudiciel forelæggelse – ophavsret og beslægtede rettigheder – retlig beskyttelse af edb-programmer – softwarelicensaftale – sag om krænkelse af ophavsretten anlagt af indehaveren af ophavsretten til programmet mod licenshaveren – karakteren af den gældende ordning om ansvar«

1. Indehaveren af ophavsretten til et edb-program har anlagt sag mod en af sine licenshavere (som den førstnævnte havde indgået den pågældende kontrakt med), fordi den sidstnævnte har foretaget ændringer af dette program uden den førstnævntes samtykke. Sagen, som blev anlagt ved en fransk ret i første instans, som frifandt den sagsøgte, støttede sig på ansvar som følge af en krænkelse af ophavsretten (ansvar uden for kontrakt) og ikke på en tilsidesættelse af aftalens bestemmelser (ansvar inden for kontrakt).
2. Appeldomstolen står over for et dilemma om, hvorvidt den sagsøgtes adfærd skal kvalificeres som en krænkelse af ophavsretten (*contrefaçon*) til programmet eller som en tilsidesættelse af den sagsøgtes kontraktlige forpligtelser. Den aktuelle problemstilling er, at der i henhold til et princip i fransk ret som udgangspunkt kun kan anlægges en sag om ansvar uden for kontrakt, når der ikke foreligger et kontraktforhold mellem parterne.
3. Med det præjudicielle spørgsmål anmodes Domstolen om at afklare tvivlen ved hjælp af fortolkningen af direktiv 2004/48/EF² og 2009/24/EF³.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle rettigheder (EUT 2004, L 157, s. 45 og berigtigelse i EUT 2004, L 195, s. 16).

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 23.4.2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EUT 2009, L 111, s. 16). Direktiv 2009/24 kodificerer indholdet af artikel 24 i Rådets direktiv 91/250/EØF af 14.5.1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EFT 1991, L 122, s. 42), som tidligere var blevet ændret.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2009/24

4. 13. betragtning har følgende ordlyd:

»Ophavsmandens eneret til at hindre uretmæssig reproduktion af sit værk bør, når der er tale om edb-programmer, underlægges en begrænset undtagelse med henblik på at tillade reproduktion, der er teknisk nødvendig for, at det pågældende program kan benyttes af den, der lovligt har erhvervet det. Dette betyder, at handlinger som indlæsning og kørsel, der er nødvendige for anvendelsen af en kopi af et program, som er lovligt erhvervet, herunder rettelse af fejl deri, ikke må forbydes ved aftale. Når intet særligt er aftalt, herunder når en kopi af et program er solgt, må enhver anden handling, der er nødvendig for anvendelsen af kopien af et program, udføres i overensstemmelse med dens formål af den, der lovligt har erhvervet kopien.«

5. Artikel 4 (»de enkelte enerettigheder«), stk. 1, er affattet således:

»Uden at dette berører bestemmelserne i artikel 5 og 6, skal den eneret, som tilkommer rettighedshaveren som defineret i artikel 2, 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; hvis indlæsning, visning på skærm, kørsel, overførsel eller lagring af edb-programmet nødvendiggør reproduktion af edb-programmet, forudsætter en sådan reproduktion rettighedshaverens tilladelse
- b) oversættelse, bearbejdelse, arrangement og enhver anden omformet gengivelse af et edb-program samt reproduktion af resultaterne heraf, uden at dette berører de rettigheder, som tilkommer den person, som omformer programmet
- c) enhver form for offentlig spredning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf.«

6. Artikel 5 (»undtagelser fra enerettighederne«), stk. 1, bestemmer:

»Medmindre andet udtrykkeligt er fastsat ved aftale, kræver de i artikel 4, stk. 1, litra a) og b), nævnte handlinger ikke tilladelse fra rettighedshaveren, når de er nødvendige for, at den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet, kan benytte det efter dets formål, herunder til korrektion af fejl.«

7. Artikel 6 (»dekompilering«) er affattet således:

»1. Rettighedshaverens tilladelse kræves ikke, når reproduktion af koden eller oversættelse af kodens form som omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra a) og b), er en forudsætning for at skaffe de oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet mellem et selvstændigt udviklet edb-program og andre edb-programmer, forudsat at følgende betingelser er opfyldt:

- a) handlingerne udføres af licenshaveren eller af en anden person, der har ret til at benytte en kopi af et edb-program, eller på disses vegne af en person, der har tilladelse hertil.

[...]

2. Bestemmelserne i stk. 1 må ikke åbne mulighed for, at oplysninger indhentet i forbindelse med anvendelse heraf:

- a) benyttes til andre formål end at gøre det selvstændigt udviklede edb-program interoperabelt
- b) videregives til tredjemand, undtagen når dette er nødvendigt for at gøre det selvstændigt udviklede edb-program interoperabelt, eller
- c) benyttes til udvikling, fremstilling eller markedsføring af et edb-program, der i sin udtryksform i vid udstrækning svarer til det oprindelige, eller til nogen som helst anden handling, som krænker ophavsretten.

3. I overensstemmelse med bestemmelserne i Berner-konventionen til værn for litterære og kunstneriske værker må bestemmelserne i denne artikel ikke fortolkes således, at de finder anvendelse på en måde, som på urimelig måde gør indgreb i rettighedshaverens legitime interesser eller er i modstrid med den normale udnyttelse af edb-programmet.«

2. Direktiv 2004/48

8. Tiende betragtning har følgende ordlyd:

»Formålet med dette direktiv er indbyrdes at tilnærme lovgivningerne med henblik på at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked.«

9. 15. betragtning har følgende affattelse:

»Dette direktiv bør ikke berøre de materielle regler om intellektuel ejendomsret [...]«

10. Artikel 2 (»anvendelsesområde«) bestemmer:

»1. Med forbehold af de midler, der er indført eller kan indføres i fællesskabslovgivningen eller i medlemsstaternes lovgivninger, for så vidt disse midler er gunstigere for rettighedshaverne, finder de i dette direktiv fastsatte foranstaltninger, procedurer og retsmidler anvendelse i overensstemmelse med artikel 3 på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder som fastsat i fællesskabsretten og/eller den pågældende medlemsstats nationale ret.

[...]

3. Dette direktiv berører ikke:

- a) fællesskabsbestemmelserne med materielle regler vedrørende intellektuel ejendomsret [...]«

11. Artikel 3 (»almindelige bestemmelser«) bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne fastsætter de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der er nødvendige for at sikre håndhævelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er omfattet af dette direktiv. Disse foranstaltninger, procedurer og retsmidler skal være fair og rimelige, de må ikke være unødigt komplicerede eller udgiftskrævende, og de må ikke indebære urimelige frister eller medføre ugrundede forsinkelser.

2. Foranstaltningerne og retsmidlerne skal ligeledes være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning, og de skal anvendes på en sådan måde, at der ikke opstår hindringer for lovlig samhandel, og at der ydes garanti mod misbrug af dem.«

B. Fransk ret. Code la propriété intellectuelle⁴

12. Artikel L122-6 bestemmer:

»Uden at dette berører bestemmelserne i artikel L122-6-1, omfatter den udnyttelsesret, som tilkommer ophavsmanden til en software, retten til at foretage eller tillade:

1. Permanent eller midlertidig reproduktion af en software [...]
2. Oversættelse, bearbejdelse, arrangement eller enhver anden ændring af en software og reproduktion af resultaterne heraf [...]
3. Udbud på markedet mod betaling eller gratis, herunder leje, af softwaren eller eksemplarer heraf på enhver måde [...]«

13. Artikel L122-6-1 bestemmer:

»I. De i artikel L122-6, stk. 1 og 2, fastsatte handlinger er ikke underlagt ophavsmandens tilladelse, når de er nødvendige for, at indehaveren af en brugsret kan anvende softwaren i overensstemmelse med dens formål, herunder for at rette fejl.

Ophavsmanden kan imidlertid ved aftale forbeholde sig retten til at rette fejl og fastlægge de særlige fremgangsmåder, som de i artikel L122-6, stk. 1 og 2, fastsatte handlinger, der er nødvendige for, at indehaveren af en brugsret kan anvende softwaren i overensstemmelse med dens formål, er undergivet.«

14. Artikel L335-3 har følgende ordlyd:

»[...]«

Tilsidesættelse af en af de i artikel L122-6 fastsatte ophavsrettigheder udgør ligeledes en *delit de contrefaçon* (ophavsretlig krænkelse)

[...]«

II. De faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

15. Ved en aftale, der blev indgået den 25. august 2010⁵, fik selskabet Free Mobile, en mobiltelefonoperatør, brugslicens til edb-programmet »ClickOnSite«, som selskabet IT Development havde ophavsretten til.

16. Den 18. juni 2015⁶ lagde IT Development sag an mod Free Mobile på grund af en krænkelse (*contrefaçon*) af ophavsretten til edb-programmet ClickOnSite, hvori den førstnævnte nedlagde påstand om erstatning for det lidte tab. IT Development foreholdt nærmere bestemt Free Mobile, at den sidstnævnte havde ændret softwarens kildekode, navnlig ved at indføre nye formularer, hvilken adfærd var i strid med licensaftalens § 6.

4 – Direktiv 2009/24 er blevet gennemført i Code de la propriété intellectuelle (lov om intellektuel ejendomsret).

5 – Ændret ved et tillæg af 1.4.2012.

6 – Forinden havde IT Development anmodet om beslaglæggelse i lokalerne tilhørende et andet selskab, der var Free Mobiles underleverandør, og beslaglæggelsen blev foretaget den 22.5.2015.

17. Free Mobile anfægtede søgsmålet, som efter selskabets opfattelse ikke kunne antages til realitetsbehandling og var ugrundet. Free Mobile nedlagde desuden modpåstand om proceduremisbrug.

18. Tribunal de grande instance de Paris (ret i første instans i Paris, Frankrig) afsagde dom den 6. januar 2017, hvori den fastslog, at de af IT Development nedlagte påstande, der var støttet på et ansvar uden for kontrakt, måtte afvises, og frifandt IT Development for påstanden om erstatning for proceduremisbrug.

19. IT Development iværksatte appel til prøvelse af denne dom ved Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris, Frankrig), hvori selskabet gentog sine påstande i første instans »på grund af en krænkelse (*contrefaçon*) af ophavsretten«, men tilføjede subsidiært en påstand om, at Free Mobile »på et kontraktligt grundlag« skulle betale IT Development erstatning for de af den sidstnævnte lidte tab.

20. Free Mobile nedlagde påstand om stadfæstelse af dommen i første instans bortset fra frifindelsen for påstanden om erstatning for proceduremisbrug.

21. Appeldomstolen har fundet det nødvendigt at forelægge et præjudicielt spørgsmål af følgende grunde:

- Siden det 19. århundrede har det civile ansvar i fransk ret været støttet på princippet om ikke-kumulering af ansvar uden for kontrakt og ansvar inden for kontrakt, hvilket indebærer, a) at en person ikke kan ifalde begge former for ansvar over for tredjemand på grundlag af de samme faktiske omstændigheder, og b) at ansvaret inden for kontrakt træder i stedet for ansvaret uden for kontrakt, når parterne er bundet af en gyldig aftale, og når den af en af parterne lidte skade er en følge af manglende eller urigtig opfyldelse af en af de kontraktlige forpligtelser.
- I henhold til fransk ret er *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten), som oprindeligt var en strafbar handling, knyttet til ansvar uden for kontrakt og ikke til en manglende opfyldelse af en kontrakt.
- Derfor fandt retten i første instans, at ansvar inden for kontrakt måtte finde anvendelse frem for ansvar uden for kontrakt, eftersom parterne var bundet af aftalen af 25. august 2010, og der var nedlagt påstand om, at det lidte tab følger af den manglende opfyldelse af bestemmelserne i denne aftale. På denne baggrund fastslog retten, at søgsmålet om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten), der sidestilles med et søgsmål vedrørende ansvar uden for kontrakt, måtte afvises.
- Det er imidlertid ikke uden betydning, at IT Development har gjort gældende, at »et søgsmål *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) ikke i sig selv indebærer et søgsmål om ansvar uden for kontrakt, men ligeledes kan følge af en manglende opfyldelse af en aftale«.
- Det er nemlig korrekt, at *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) defineres i videst mulige forstand som en krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og i artikel L335-3 som »en tilsidesættelse af ophavsretten til en software« (defineret i artikel L122-6 i lov om intellektuel ejendomsret).
- Hverken disse bestemmelser eller andre bestemmelser i fransk ret om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) foreskriver udtrykkeligt, at de kun finder anvendelse, når parterne ikke er bundet af en aftale.
- Selv om de kan betegnes som undtagelser til princippet om ikke-kumulering, findes der bestemmelser i fransk ret, som vidner om, at søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) kan anlægges på området for patenter og varemærker i forhold til den licenshaver, der har

overtrådt aftalens grænser⁷.

- Artikel L122-6 og L122-6-1 i lov om intellektuel ejendomsret, som bestemmer, at der ved aftale kan fastsættes særlige fremgangsmåder for ændring af software, udelukker ikke i sådanne tilfælde et søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten). Dette er ligeledes tilfældet for artikel 4 og 5 i direktiv 2009/24, hvilke artikler er blevet gennemført i national ret ved lov om intellektuel ejendomsret.
- Endelig bestemmer artikel 2 i direktiv 2004/48, at foranstaltninger, procedurer og retsmidler finder anvendelse på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, uden at der sondres mellem, om denne krænkelse skyldes den manglende opfyldelse af en kontrakt eller ej.

22. På denne baggrund har Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Udgør den omstændighed, at en softwarelicenshaver ikke overholder vilkårene i en softwarelicensaftale (ved udløbet af en prøveperiode, overskridelse af antallet af autoriserede brugere eller af en anden måleenhed, såsom de processorer, der kan anvendes til at gennemføre softwareordrer, eller ved ændring af softwarens kildekode, når denne rettighed ifølge licensen er forbeholdt den oprindelige indehaver):

- en immaterialretlig krænkelse (som omhandlet i direktiv 2004/48 af 29.4.2004), som indehaveren af ophavsrettigheder til softwaren, der er sikret i henhold til artikel 4 i direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer, har lidt
- eller kan den henhøre under en anden retlig ordning, som f.eks. den almindelige retlige ordning om ansvar inden for kontrakt?«

III. Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes anbringender

23. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolen den 25. oktober 2018.

24. Selskaberne IT Development og Free Mobile samt den franske regering og Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Der blev ikke afholdt et retsmøde, da Domstolen ikke fandt det nødvendigt.

IV. Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål

A. Indledende bemærkninger

1. Det præjudicielle spørgsmåls rækkevidde

25. Free Mobile har anført, at det præjudicielle spørgsmål bør afvises delvist, idet det er af hypotetisk karakter for så vidt angår tre af de påståede former for manglende opfyldelse af kontrakten, der fremgår af forelæggelsesafgørelsen (udløbet af prøveperioden, overskridelsen af antallet af autoriserede brugere og overskridelsen af en anden måleenhed). Kun en eventuel manglende opfyldelse af kontrakten på grund af en ændring af kildekoden har forbindelse til hovedsagen.

⁷ – Der henvises i denne forbindelse til to artikler i lov om intellektuel ejendomsret: artikel L613-8, stk. 3, om patentlicenser og artikel L714-1 om varemærkelicenser.

26. Den forelæggende ret har præsenteret disse fire beskrevne situationer på samme niveau som udtryk for én enkelt adfærd, men Free Mobile har med rette anført, at de ikke nødvendigvis er identiske i juridisk forstand, og navnlig at de tre førstnævnte ikke har forbindelse til de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Disse tre former for adfærd kan således ikke være omfattet af det præjudicielle spørgsmål.

27. Direktiv 2009/24 omhandler specifikt den retlige beskyttelse af edb-programmer, som medlemsstaterne i ophavsretlig forstand skal behandle som litterære værker som defineret i Berner-konventionen af 9. september 1886 (artikel 1, stk. 1).

28. Edb-programmer har imidlertid særlige kendetegn, som kræver en behandling, der er forskellig fra behandlingen af andre ophavsretligt beskyttede værker. For at køberen af et program kan anvende det i overensstemmelse med dets formål, er visse rettigheder, som ved lov er en del af det monopol, der er karakteristisk for indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, ligeledes ved lov udelukket, netop som følge af det beskyttede værks unikke karakter.

29. Denne model indebærer, at artikel 4 i direktiv 2009/24 fastlægger enerettighederne for indehaveren af edb-programmet⁸, mens artikel 5 og 6 indfører undtagelser eller »interne grænser« for disse rettigheder, som er fastlagt ved lov⁹.

30. I henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24 er det muligt at ændre den beskyttelsesordning og de undtagelser, der er fastlagt i direktivet, ved en aftale. Selv om rettighedshaverens tilladelse i princippet ikke kræves til bestemte handlinger, er det gennem særlige vilkår i en aftale indgået med licenshaveren muligt for indehaveren af programmet at genvinde eneretten til nogle af de i artikel 4 omhandlede rettigheder. I denne situation er retsgrundlaget for indehaverens ret aftalen og ikke loven, og ansvaret hos den licenshaver, der krænker indehaverens eneret, udspringer ligeledes af aftalen, ikke af loven.

31. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om sagens omstændigheder svarer til de faktiske omstændigheder i direktiv 2009/24 (og i de nationale gennemførelsesbestemmelser), navnlig artikel 5, stk. 1, med hensyn til de rettigheder, der er forbeholdt indehaveren af programmet i henhold til en aftale.

32. Hvis dette er tilfældet, kan tvisten for så vidt angår realiteten kun kvalificeres som en kontraktmæssig tvist. Dermed træder princippet om ikke-kumulering, der finder anvendelse i fransk ret, ikke i kraft, hvilket princips forenelighed med direktiv 2004/48 og 2009/24 ligger til grund for det forelagte spørgsmål.

33. Nedenstående overvejelser behandler det præjudicielle spørgsmål ud fra et bredere perspektiv, nærmere bestemt i tilfælde af, at licenshaverens adfærd samtidig kan kvalificeres som en manglende opfyldelse af kontrakten og som en tilsidesættelse af en generel pligt til at respektere ophavsretten i henhold til de ved lov fastsatte rammer (som i sidste ende følger af reglen *alterum non laedere*). I dette tilfælde finder princippet om ikke-kumulering anvendelse.

2. Realiteten. Fremgangsmåde

34. Den franske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at direktiv 2004/48 ikke foreskriver en bestemt ordning om ansvar. Svaret på de forelagte spørgsmål henhører således under medlemsstaternes procesautonomi, med forbehold af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.

8 – Domstolen har fortolket artikel 1, stk. 2, i direktiv 91/250 således, at den omfatter edb-programmet i alle de former, hvori det kan udtrykkes, såsom kildekoden (dom af 22.12.2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 35).

9 – Jf. dom af 2.5.2012, *SAS Institute Inc.* (C-406/10, EU:C:2012:259) med hensyn til undtagelser fra de enkelte enerettigheder i artikel 5 i direktiv 91/250 (som er identisk med artikel 5 i direktiv 2009/24) i forbindelse med en licensaftale.

35. Hovedsagens parter og Kommissionen har fremsat andre argumenter til støtte for deres respektive synspunkter. De har indledningsvis henvist til dom af 18. april 2013¹⁰, som blev afsagt i en appelsag, hvori Domstolen tog stilling til spørgsmålet, om en tvist – der minder om den foreliggende sag – havde eller ikke havde et kontraktligt grundlag.

36. Free Mobile har desuden påberåbt sig artikel 8 i forordning (EF) nr. 864/2007¹¹, hvorefter enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder medfører en erstatningspligt uden for kontrakt.

37. Free Mobile og Kommissionen har endelig henvist til Domstolens praksis vedrørende forordning (EU) nr. 1215/2012¹², hvorefter ansvar uden for kontrakt har residual karakter i EU-retten.

38. I betragtning af, at det eventuelt ikke er nødvendigt at behandle direktiv 2009/24 og 2004/48, hvis et af disse argumenter antages, vil jeg behandle dem først, men forud herfor vil jeg se nærmere på princippet om ikke-kumulering i fransk ret.

B. Princippet om ikke-kumulering i fransk ret. Undtagelser

39. Princippet om ikke-kumulering tager udgangspunkt i et forhold, som på samme tid kan udgøre en manglende (eller mangelfuld) opfyldelse af en kontrakt og en tilsidesættelse af en lovbestemt pligt. Et erstatningssøgsmål kan dermed støtte sig på to retsgrundlag – ansvar inden for og uden for kontrakt – der som regel henhører under forskellige processuelle ordninger¹³.

40. I denne situation har sagsøgeren enten valget mellem de to retlige former (Nederlandene, Tyskland og Det Forenede Kongerige), eller også har en af formerne forrang, og den anden udelukkes (Frankrig og Belgien). I det sidstnævnte tilfælde kan formuleringen ikke-kumulering eventuelt erstattes med formuleringen *ikke-valg*.

41. Der er blevet fremført flere begrundelser for princippet. Dels undgås det ud fra et praktisk synspunkt, at sagsøgeren selv kan vælge, hvilken ordning for ansvar, denne vil gøre gældende. Dermed beskyttes aftalen, og aftalernes bindende karakter opretholdes. Dels ses der bort fra et uforholdsmæssigt bredt civilretligt ansvar (som f.eks. det i artikel 1242 i *Code civil* (den franske civillovbog) omhandlede), som parterne ikke har aftalt, og som risikerer at bringe den kontraktmæssige balance mellem parterne i fare.

42. Det bør imidlertid fremhæves, at fransk ret tillader undtagelser fra det nævnte princip: Dette gør sig specifikt gældende for patenter og varemærker¹⁴. Løsningen i begge tilfælde er ikke uden fortillfælde i EU-retten¹⁵.

10 – Kommissionen mod Systran og Systran Luxembourg (C-103/11 P, herefter »Systran-dommen«, EU:C:2013:245).

11 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 11.7.2007 om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt (Rom II-forordningen) (EUT 2007, L 199, s. 40).

12 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 12.12.2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EUT 2012, L 351, s. 1).

13 – Som regel for så vidt angår den retslige kompetence, forældelse af de respektive sager, beviser eller erstatningens omfang.

14 – Se fodnote 7 ovenfor, som indeholder en henvisning til de respektive franske love, som den forelæggende ret har henvist til.

15 – Med hensyn til patenter er det artikel 43 i den sammenbrudte Luxembourg-konvention af 15.12.1975, som blev ratificeret af Frankrig (Lov nr. 77-681, af 30.6.1977, statstidende af 1.7.1977, s. 3479). Med hensyn til varemærker er det resultatet af gennemførelsen af artikel 8, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22.10.2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2008, L 299, s. 25). Bestemmelsen er gengivet i artikel 25, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16.12.2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2015, L 336, s. 1). Jf. desuden artikel 25, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1).

43. Begrundelserne for undtagelserne fra princippet om ikke-valg på disse områder omfatter betragtninger vedrørende konsumtion af intellektuelle ejendomsrettigheder, som ikke er relevante for ophavsrettigheder¹⁶. Selv om forklaringen ikke forekommer at være passende med hensyn til edb-programmer¹⁷, forholder det sig sådan, at der med hensyn til licenser til edb-programmer hverken i EU-retten eller i fransk ret findes bestemmelser, der minder om bestemmelserne om varemærker eller patenter. I Frankrig finder reglen om ikke-kumulering således anvendelse på dette område, selv om dens anvendelse giver anledning til visse vanskeligheder¹⁸.

C. Kvalificering i andre sammenhænge: Systran og Rom II-forordningen

1. Systran-dommen

44. I Systran-dommen tog Domstolen stilling til en tvist, som har en vis lighed med den foreliggende sag, da den afgjorde en appel iværksat til prøvelse af Rettens dom af 26. december 2010¹⁹.

45. Ifølge de faktiske omstændigheder i den nævnte sag var Kommissionen og Systran-koncernen i en årrække bundet af en række kontrakter om den førstnævntes anvendelse af et maskinoversættelsessystem, som den sidstnævnte var indehaver af. Efterfølgende kontraherede Kommissionen en anden udbyder til vedligeholdelse og lingvistisk forbedring af Kommissionens maskinoversættelsessystem. Efter Systrans opfattelse havde Kommissionen med denne adfærd krænket selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder, og selskabet anlagde derfor sag ved Retten.

46. Kommissionen nedlagde påstand om afvisning af sagen, fordi Retten ikke havde kompetence, henset til tvistens kontraktlige karakter: I mangel af en voldgiftsbestemmelse henhører tvister af denne art under de nationale retters kompetence. Eftersom denne indsigelse blev forkastet, iværksatte Kommissionen appel.

47. Domstolen ophævede Rettens dom på grund af en tilsidesættelse af reglerne om retternes kompetence og foreholdt Retten, at den fejlagtigt havde fastslået, at tvisten var af ikke-kontraktlig karakter.

48. Vurderingen af tvistens kontraktlige karakter blev foretaget inden for rammerne af fordelingen af kompetencen mellem Fællesskabets retsinstanser og de nationale domstole til at træffe afgørelse i erstatningssøgsmål anlagt mod EU-institutionerne. Domstolen bemærkede, at bestemmelsen om ansvar uden for kontrakt, jf. artikel 235 EF og artikel 288, stk. 2, EF (nu artikel 268 TEUF og 340, stk. 2, TEUF) har en selvstændig karakter og skal fortolkes i lyset af sit formål, dvs. at muliggøre førnævnte fordeling²⁰.

16 – P. Léger, »La nature de la responsabilité dans l'hypothèse de la violation du périmètre d'une licence de logiciel«, *Recueil Dalloz*, 2018, s. 1320, under overskriften I.A.

17 – Se artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 og dom af 12.10.2016, Ranks og Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762).

18 – Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) afviste således i sin afgørelse af 10.5.2016 (Paris, pôle 5, nr. 14/25055. <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R4668A71A97317DB905E0>) et søgsmål om krænkelse af ophavsretten i en sag, hvor parterne var uenige om omfanget af en licens og spørgsmålet, om licensen omfattede edb-programmer. Et år forinden havde Cour d'appel de Versailles (appeldomstol i Versailles, Frankrig) i dom af 1.9.2015 (nr. 13/08074) udtalt, at søgsmålet vedrørende udnyttelse af programmet til fordel for tredjeparter, der ikke var identificeret på tidspunktet for aftalens indgåelse, var »relatif aux droits patrimoniaux concédés et relève tant de la responsabilité contractuelle que de l'atteinte portée au droit d'auteur«. Der er imidlertid forskellige opfattelser af afgørelsen: jf. S. Hadadd og A. Casanova (RLDI, 2015, nr. 121). I afgørelse af 23.5.2007, Sté Tech - Airport c/ Sté Arkad Informatique et autre, nr. 06/09541, RLDI 2007, nr. 28, obs. L. Costes et J.-B. Auroux, gav Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) medhold i en sag om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) på grund af udnyttelse af en softwarelicens ud over aftalens omfang.

19 – Sag Systran og Systran Luxembourg mod Kommissionen (T-19/07, EU:T:2010:526).

20 – Systran-dommen, præmis 62.

49. Jeg udelukker ikke, at der kan drages konklusioner fra Systran-dommen med henblik på den foreliggende sag. Det er efter min opfattelse imidlertid ikke muligt på grundlag af denne dom at udlede, hvordan ansvaret (i eller uden for kontrakt) skal kvalificeres inden for en helt anden ramme, nemlig gennemførelsen af direktiv 2009/24 og 2004/48.

50. Formålene med disse to direktiver er at harmonisere henholdsvis den materielle beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder over edb-programmer og de processuelle mekanismer til håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, som begge er områder, der ligger langt fra det i Systran-dommen omhandlede formål. Argumenterne i førnævnte dom kan så meget desto mindre stå i stedet for de principper, som i medlemsstaternes nationale ret kendetegner de forskellige former for ansvar og er afgørende for deres processuelle behandling.

2. Kvalificeringen i Rom II-forordningen

51. De anbringender, der støtter sig på den omstændighed, at krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder er omfattet af Rom II-forordningen om lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt, bør ligeledes forkastes.

52. I modsætning til det af Free Mobile anførte betragter denne forordning ikke en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed som en skadevoldende handling, som giver anledning til en forpligtelse uden for kontrakt. Det, som denne forordning bestemmer, er lovvalget i forbindelse med »en forpligtelse uden for kontrakt, der udspringer af en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed« (artikel 8, stk. 1). Hvis kilden til enerettighederne hos indehaveren af ophavsretten til programmet, som tilsidesættes, er en kontrakt²¹, således som det kan forekomme i forbindelse med edb-programmer, sker lovvalget ikke i henhold til Rom II-forordningen, men derimod i henhold til forordning (EF) nr. 593/2008²².

D. Den residuale karakter af ansvaret uden for kontrakt: forordning nr. 1215/2012

53. Det argument, der støtter sig på den definition af ansvar uden for kontrakt, som Domstolen har fastlagt med hensyn til forordning nr. 1215/2012, kan heller ikke antages.

54. Denne definition, som ganske vist forekommer at tillægge ansvar uden for kontrakt en sekundær karakter, anvendes blot til at afgrænse stk. 1 og 2 i den nævnte forordnings artikel 7, hvorved der undgås en overlappning, som ville medføre, at disse stykker ville være delvist ubrugelige. Denne afgrænsning sker i forbindelse med fastlæggelsen af retternes internationale kompetence i grænseoverskridende sager og omhandler de principper, der gør sig gældende for netop den sammenhæng, som dermed ikke kan overføres på andre områder, som f.eks. det i dette præjudicielle spørgsmål omhandlede.

21 – Jf. punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

22 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 17.6.2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) (EUT 2008, L 177, s. 6).

E. Beskyttelse af edb-programmer

1. Anvendelsesområdet for direktiv 2009/24 og 2004/48

a) Direktiv 2009/24

55. Det anføres i direktiv 2009/24, at edb-programteknologi har en fundamental betydning for EU's industrielle udvikling. Det fastlås heri, at visse forskelle i medlemsstaternes lovgivninger har negative følger for det indre markeds funktion for så vidt angår edb-programmer, og der fastlægges regler af materiel karakter²³, der har til formål at afhjælpe disse.

56. Direktivets anvendelsesområde omfatter beskyttelse af indehaveren af programmets rettigheder, såvel med hensyn til de kontraktforhold, som dette program er genstand for, som med hensyn til forbindelserne mellem indehaveren og tredjemand. Der er navnlig undtagelser fra enerettighederne (som er omhandlet i artikel 4), som typisk giver mening i forbindelse med en kontrakt: dette er tilfældet for undtagelsen til fordel for den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet (artikel 5, stk. 1) eller en »person, der har ret til at benytte et edb-program« (artikel 5, stk. 2). I artikel 6, stk. 1, litra a), er der en udtrykkelig henvisning til forholdet mellem rettighedshaveren og licenshaveren.

b) Direktiv 2004/48

57. Direktiv 2004/48 indeholder i modsætning til direktiv 2009/24 ikke materielle, men derimod processuelle bestemmelser. Dets udgangspunkt er behovet for at have effektive midler til at sikre håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, eftersom interessen for innovation og kreativitet mindskes, og investeringerne vil falde, i mangel af disse (tredje betragtning). For at mindske de nuværende uligheder mellem medlemsstaterne med hensyn til disse midler og deres mulige fordrejende virkning på det indre marked fastlægger direktivet fælles bestemmelser af processuel karakter eller på det processuelle område.

58. Anvendelsesområdet for direktiv 2004/48 afgrænses fra tre sider: den beskyttede genstand (rettighederne), beskyttelsens omfang (krænkelser) og beskyttelsesforanstaltningerne (harmoniserede håndhævelsesmekanismer).

59. For så vidt angår genstanden finder de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, der fastlægges i dette direktiv, anvendelse »på enhver krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder som fastsat i fællesskabsretten og/eller den pågældende medlemsstats nationale ret« (direktivets artikel 2, sammenholdt med 13. betragtning)²⁴.

60. I denne sag er den berørte ophavsret omhandlet i såvel direktiv 2009/24 som i lov om intellektuel ejendomsret (artikel L112-2, L122-6, og L122-6-1) og er dermed dækket af direktiv 2004/48.

23 – Med undtagelse af dets artikel 7 indeholder direktiv 2009/24 ikke processuelle bestemmelser.

24 – Den franske version af artikel 2 omhandler *krænkelser* som fastsat i den nationale ret eller i EU-retten (»à toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle prévue«), mens det i den tyske, den spanske, den italienske og den portugisiske version er de intellektuelle ejendomsrettigheder, der fastsættes, hvilket også er tilfældet i 13. betragtning til den franske version af direktivet. Artikel 2 i den franske version af direktivforslaget, KOM/2003/0046 endelig udg., peger i samme retning, og der foreligger ikke ændringsforslag desangående i Europa-Parlamentets betænkning af 5.12.2003, A5-0468/2003. Den engelske version af artikel 2, stk. 1, har en neutral ordlyd, og det er ikke muligt at afgøre, om den er i overensstemmelse med den franske version. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sproglige versioner af en EU-retlig bestemmelse skal den pågældende bestemmelse fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i, hvorefter det må fastslås, at det er de intellektuelle ejendomsrettigheder, der skal være omfattet af de nationale lovgivninger eller EU-retten.

61. Med hensyn til de krænkelse, som direktiv 2004/48 finder anvendelse på, bør begrebet undergives en selvstændig fortolkning, som tager hensyn til konteksten bag og formålene med bestemmelsen. Pronomenet »enhver« i artikel 2 og direktivets overordnede formål muliggør en fortolkning, der omhandler alle krænkelse, herunder krænkelse som følge af en tilsidesættelse af et kontraktvilkår vedrørende udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed og dermed de rettigheder, som er forbeholdt indehaveren heraf ved lov.

62. Med hensyn til beskyttelsesforanstaltningerne yder artikel 2, stk. 2, i direktiv 2004/48 ikke den beskyttelse, som specifikt er fastsat i andre EU-retsakter. Den sidstnævnte omfatter artikel 7 i direktiv 91/250 (nu artikel 7 i direktiv 2009/24). Eftersom de tilfælde, der er omhandlet i den sidstnævnte bestemmelse, ikke svarer til de i dette præjudicielle spørgsmål omhandlede tilfælde, modsiger denne del af direktivet ikke den tidligere konklusion med hensyn til dets anvendelse.

2. Foranstaltninger, procedurer og retsmidler til beskyttelse af indehaveren af edb-programmets rettigheder

a) Direktiv 2009/24

63. Direktiv 2009/24 pålægger den nationale lovgiver en pligt til at give edb-programmer ophavsretlig beskyttelse som litterære værker, men knytter ikke denne pligt til en retlig ordning, der gives forrang eller udelukker andre ordninger. Altså bestemmer direktivet ikke, om et erstatningskrav på grund af en krænkelse af ophavsretten, når det stammer fra en manglende opfyldelse af en kontrakt, skal kanaliseres gennem den almindelige retlige ordning om ansvar inden for kontrakt, eller om det kan støttes på en anden ordning såsom den franske ordning vedrørende *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten).

b) Direktiv 2004/48

64. Direktiv 2004/48 foreskriver heller ikke en bestemt processuel behandling til fremsættelse af erstatningskrav i forbindelse med en manglende opfyldelse af en kontrakt, som medfører en krænkelse af en ophavsret²⁵.

65. Direktivets artikel 3 kræver omvendt, at de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, som medlemsstaterne vedtager for at sikre håndhævelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, opfylder følgende krav: De skal være fair og rimelige, effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og have afskrækkende virkning og må ikke være unødigt komplicerede eller udgiftskrævende, de må ikke indebære urimelige frister eller medføre ugrundede forsinkelser, og de skal anvendes på en sådan måde, at der ikke opstår hindringer for lovlig samhandel, og at der ydes garanti mod misbrug af dem.

66. På baggrund af disse betingelser kan det ikke fastslås, at direktiv 2004/48 giver forrang til den domstolsbeskyttelse, som i Frankrig udgøres af *action en contrefaçon* (et søgsmål om krænkelse af ophavsretten)²⁶.

25 – I forbindelse med vurderingen af behovet for harmonisering på området anførtes det i Kommissionens forslag, at »[d]et er vigtigt, at der tages hensyn til de nationale retstraditioner og de særlige forhold, der gør sig gældende i den enkelte medlemsstat«. Se COM(2003) 46, s. 17. Desuden er medlemsstaterne bundet af internationale aftaler om intellektuel ejendomsret, som forvaltes af WIPO, og aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPS), som indeholder bestemmelser om beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Det anføres udtrykkeligt i direktivet, at direktivet ikke bør berøre medlemsstaternes internationale forpligtelser i henhold til disse aftaler (jf. fjerde til sjette betragtning).

26 – De forskellige bestemmelser i artikel L331 i lov om intellektuel ejendomsret omhandler civile søgsmål og søgsmål vedrørende litterære og kunstneriske ejendomsrettigheder. Artikel L331-1-4 omhandler nærmere bestemt »domme i civile sager om *contrefaçon* [(krænkelse af ophavsretten)]«.

67. Det kan i teorien anføres, at et erstatningskrav inden for de processuelle rammer, der gør sig gældende for *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten), yder en større beskyttelse af indehaveren af edb-programmet: sagerne behandles af bestemte domstole (artikel L331-1 i lov om intellektuel ejendomsret); erstatningsordningen omfatter muligheden for at opnå en dom om erstatning for skader ud over den fulde erstatning (artikel L331-1-3 i lov om intellektuel ejendomsret), og der er adgang til foranstaltningerne såsom *saisi-contrefaçon* (beslaglæggelse af værker, der krænker ophavsretten) i artikel L332-1 til L332-4 i lov om intellektuel ejendomsret. Skulle det imidlertid forholde sig sådan²⁷, betyder den omstændighed, at de nævnte regler ikke finder anvendelse på et søgsmål, der støtter sig på en kontrakt (og sagsøgeren som følge heraf ikke kan vælge mellem et søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten), og et søgsmål om ansvar inden for kontrakt inden for den almindelige retlige ordning), ikke nødvendigvis, at beskyttelsesreglerne i direktiv 2004/48 er blevet tilsidesat.

68. EU-lovgiver har ikke krævet, at de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, som medlemsstaterne vedtager med henblik på beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, skal opfylde de i artikel 3 i direktiv 2004/48 opregnede krav i størst muligt omfang, altså at de skal være de *mest* effektive, have den *størst mulige* afskrækkende virkning eller skabe *færrest mulige* hindringer for lovlig samhandel. Det må ikke glemmes, at direktivet er baseret på minimumsstandarder (artikel 2, stk. 1).

69. Der er ikke umiddelbart grunde til at tro, at den nationale ret – når den kanalisere et erstatningskrav på grund af en krænkelse af den intellektuelle ejendomsret gennem den almindelige retlige ordning om ansvar inden for kontrakt – gør dette ved hjælp af foranstaltninger, procedurer eller retsmidler, som ikke opfylder kravene i artikel 3 i direktiv 2004/48. Det tilkommer under alle omstændigheder den forelæggende ret at foretage denne vurdering.

70. Det er derimod afgørende, at ethvert retsmiddel, som står til rådighed for den berørte rettighedshaver, opfylder alle kravene i direktiv 2004/48, herunder de i artikel 3 omhandlede samt de øvrige krav. Når artikel 13 f.eks. kræver, at erstatningen beregnes under hensyntagen til »alle relevante aspekter« og specifikt nævner nogle af disse, kræves det således, for at den nationale lovgivning skal være i overensstemmelse med denne bestemmelse, at denne vurdering foretages i forbindelse med afgørelsen af såvel et søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) som et andet søgsmål, der støtter sig på den almindelige retlige ordning om ansvar inden for kontrakt. Bortset fra dette forbehold er der ud fra et EU-retligt synspunkt intet at indvende mod nogen af de to retsmidler eller, som følge heraf, mod princippet om ikke-kumulering.

F. Procesautonomi og grænser for den nationale lovgivers frihed

71. Direktiv 2004/48 har et begrænset anvendelsesområde²⁸, og dets beskyttelsesniveau er som nævnt et minimumsniveau. Som nævnt omfatter de aspekter, der ikke reguleres, det retsmiddel eller den type sag, der anvendes til at fremsætte et erstatningskrav i forbindelse med en krænkelse af den intellektuelle ejendomsret, som samtidig udgør en manglende opfyldelse af en kontrakt²⁹.

27 – Til gengæld skal sagsøgeren føre bevis for, at programmet er originalt, hvilken omstændighed ligger til grund for dets ophavsretlige, og ikke kontraktlige, beskyttelse. Andre relevante elementer såsom forældelsesfristerne er identiske uanset søgsmålets karakter.

28 – Dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 61).

29 – Direktivet omhandler heller ikke andre aspekter, der kan variere afhængig af sagens type, såsom hvilken domstol (almindelig eller specialiseret), der skal afgøre eventuelle tvister eller fristerne for at anlægge sag. Selv ved de aspekter, som er omhandlet i direktivet, og som skal gennemføres i de nationale lovgivninger, er detaljeringsgraden i direktiv 2004/48 ikke altid den samme, idet der både findes præcise bestemmelser og andre mere åbne bestemmelser.

72. I mangel af processuelle regler, der udspringer af direktiv 2004/48, eller med henblik på at gennemføre de regler, som direktivet indeholder, tilkommer det den nationale lovgiver at fastlægge de processuelle rammer, der har til formål at håndhæve de i direktivet omhandlede rettigheder. Dette skal ske under overholdelse af direktivets bestemmelser og under alle omstændigheder af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet³⁰.

1. Ækvivalens

73. Kravet om ækvivalens betyder, at de nationale procedureregler ikke må behandle erstatningskrav, der støtter sig på EU-retten, mindre gunstigt end lignende erstatningskrav, der støtter sig på national ret. Analysen består af to trin: ved det første identificeres et sammenligneligt retsmiddel i national ret, og ved det andet foretages selve sammenligningen.

74. Selv om det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den beskrevne situation (en mindre gunstig behandling) gør sig gældende på området for ophavsret til edb-programmer i Frankrig, tyder intet i sagsakterne på, at dette skulle være tilfældet. Derimod forekommer der at være én ordning, der uden sondring gør sig gældende for enhver krænkelse af disse rettigheder (som omfatter et forbud mod at kumulere sager som beskrevet ovenfor). Der opstår således ikke problemer med hensyn til ækvivalens, og dermed drejer tvisten sig udelukkende om princippet om, at de processuelle mekanismer, der er fastlagt i national ret, skal være effektive.

75. Den forelæggende ret har imidlertid henvist til den forskellige behandling af søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) vedrørende et edb-program i forhold til krænkelse af patenter og varemærker. Der er efter min opfattelse imidlertid ikke et tilstrækkelig grundlag for at foretage en sammenligning herimellem.

76. For det første har et søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten) til patenter og varemærker til formål at beskytte indehaverens lovbestemte enerettigheder. For så vidt angår edb-programmer er visse handlinger, som under den almindelige ordning for intellektuelle ejendomsrettigheder kræver tilladelse fra rettighedshaveren, imidlertid fritaget herfor ved lov, således at rettighedshaveren kun genvinder eneretten, hvis dette aftales gennem en kontrakt. Afhængig af den pågældende handling kan udgangspunktet således afvige fra udgangspunktet for patenter og varemærker.

77. For det andet er debatten om, hvorvidt edb-programmer skal beskyttes ved hjælp af patenter eller ophavsrettigheder, såvel i Frankrig som på internationalt niveau, blevet afgjort til den sidstnævntes fordel. I henhold til artikel L611-10, stk. 2, litra c), i lov om intellektuel ejendomsret kan edb-programmer ikke patenteres.

2. Effektivitet

78. Hvad angår effektivitetsprincippet er det i denne sag afgørende, om den franske lovgivning om beskyttelse af edb-programmer gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de ophavsrettigheder, der tillægges i henhold til EU-retten, idet indehaveren af et edb-program nægtes at anlægge et søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten), når (og fordi) krænkelsen af denne ret samtidig udgør en manglende opfyldelse af en kontrakt.

79. Som følge af den blotte eksistens af søgsmålet om ansvar inden for kontrakt er det efter min opfattelse muligt at fastslå, at retsbeskyttelsen af ophavsretten ikke er *umulig*.

30 – Jf. dom af 21.6.2017, W m.fl. (C-621/15, EU:C:2017:484, præmis 25).

80. Jeg er heller ikke af den opfattelse, at den franske ordning på dette område gør det *uforholdsmæssigt vanskeligt* at udøve denne ret i så høj en grad, at den berørte afskrækkes fra at anlægge retssag. Selv hvis det kunne siges med sikkerhed, at den berørte i teorien ville befinde sig i en bedre situation ved at kræve erstatning gennem et søgsmål om *contrefaçon* (krænkelse af ophavsretten), er effektivitetsprincippet, som begrænser den nationale lovgivers procesautonomi, ikke så vidtrækkende.

81. For så vidt angår dette princip er det ikke afgørende at afklare, hvilken løsning der beskytter indehaveren af edb-programmets rettigheder i højeste grad, men derimod om den tilgængelige løsning gør det uforholdsmæssigt vanskeligt at forsvare disse rettigheder.

82. Der er som nævnt intet, der umiddelbart tyder på, at de foranstaltninger, procedurer og retsmidler, som gør sig gældende for erstatningskrav på et kontraktligt grundlag i Frankrig, medfører sådanne vanskeligheder i en sådan grad, at de i praksis er til hinder for beskyttelsen af de rettigheder, som indehavere af ophavsretten til edb-programmer nyder.

83. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at afgøre, om dette er tilfældet, på baggrund af de relevante omstændigheder ved søgsmål om ansvar inden for kontrakt.

V. Forslag til afgørelse

84. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris, Frankrig) forelagte spørgsmål således:

»Artikel 4 og 5 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer, sammenholdt med artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, skal fortolkes således, at:

- ændring af et edb-programs kildekode, hvorved en licensaftale tilsidesættes, udgør en krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er tillagt indehaveren af ophavsretten til programmet, såfremt denne ændring ikke er fritaget for tilladelse i overensstemmelse med artikel 5 og 6 i direktiv 2009/24.
- retsgrundlaget for det søgsmål, som en indehaver af ophavsretten til et edb-program kan iværksætte mod licenshaveren på grund af en krænkelse af den førstnævntes rettigheder, er af kontraktlig karakter, når licensaftalen forbeholder indehaveren af programmet disse rettigheder, i overensstemmelse med artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24.
- det tilkommer den nationale lovgiver, under overholdelse af bestemmelserne i direktiv 2004/48 samt ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, at fastsætte de processuelle regler, der er nødvendige for at beskytte ophavsretten til edb-programmet mod krænkelser, når disse krænkelser på samme tid indebærer en krænkelse af disse rettigheder og en manglende opfyldelse af en kontrakt.«