



## Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. ELEANOR SHARPSTON  
presentadas el 19 de septiembre de 2013<sup>1</sup>

### **Asunto C-355/12**

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

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano (Italia)]

«Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información — Protección de las medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir actos que no cuenten con la autorización del titular de los derechos — Consolas de videojuegos estructuradas para impedir el uso de juegos que no estén autorizados por el fabricante de la consola — Dispositivos capaces de eludir medidas de esta índole — Importancia del uso previsto de las consolas — Importancia del alcance, la naturaleza y la relevancia de los diferentes usos posibles de los dispositivos»

1. El artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE<sup>2</sup> exige que los Estados miembros establezcan una protección jurídica adecuada contra diversos actos o actividades que eludan o cuya finalidad sea eludir las medidas tecnológicas efectivas destinadas a impedir o restringir actos que no cuenten con la autorización del titular de un derecho de autor o de un derecho afín.
2. Un fabricante de videojuegos y de las consolas con las que se utilizan estructura ambos productos de tal modo que debe producirse, mediante el intercambio de información codificada, un reconocimiento mutuo entre ambos para que los juegos puedan utilizarse en las consolas. La finalidad declarada es asegurar que únicamente los juegos producidos por el fabricante o bajo licencia del mismo (que están protegidos con arreglo a la Directiva 2001/29) puedan utilizarse en dichas consolas (las cuales no se alega que estén protegidas con arreglo a la Directiva), con vistas a impedir el uso de las consolas con copias no autorizadas de los juegos protegidos.
3. Otro operador comercializa unos dispositivos que son capaces de habilitar el uso de otros juegos en las consolas, incluidos aquellos que no son copias producidas o autorizadas por el fabricante de las consolas. Alega que el objetivo del fabricante —que desea impedir la comercialización de tales dispositivos— no consiste en impedir la reproducción no autorizada de sus juegos (una finalidad que debe protegerse contra actos de elusión con arreglo al artículo 6 de la Directiva 2001/29) sino aumentar las ventas de dichos juegos (una finalidad para la cual no se prevé tal protección).

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10).

4. En estas circunstancias, el Tribunale di Milano (tribunal del distrito de Milán) pregunta esencialmente, en primer lugar, si el artículo 6 de la Directiva 2001/29 cubre, aparte de las claves codificadas que están integradas en el propio material protegido por los derechos de autor, también los dispositivos de reconocimiento instalados en el hardware (consolas), a pesar de que a consecuencia de ello quede limitada la interoperabilidad entre los dispositivos y los productos y, en segundo lugar, al determinar si otros dispositivos tienen finalidades o usos comerciales al margen de la elusión de la protección, qué valor debe concederse al uso previsto de las consolas y cómo deben evaluarse los varios usos que pueden tener los otros dispositivos.

5. El órgano jurisdiccional nacional limita sus cuestiones a la interpretación de la Directiva 2001/29. No obstante, un videojuego es en gran medida un tipo de programa de ordenador (aunque puede estar integrado también por otros tipos de obras de carácter intelectual, tanto narrativas como gráficas), y los programas de ordenador están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/24/CE.<sup>3</sup>

### **Síntesis de la normativa pertinente de la Unión**

6. Procede resumir las principales partes pertinentes de las Directivas 2001/29 y 2009/24 como sigue.

#### *Directiva 2001/29*

7. En los considerandos de la Directiva 2001/29 se reconoce que cada vez más las medidas tecnológicas permitirán a los titulares de los derechos protegidos impedir o restringir los actos que no cuenten con su autorización, aunque por otra parte se expresa la preocupación de que los medios de elusión ilegal de dichas medidas evolucionarán a una velocidad similar. Las medidas adoptadas por los titulares de los derechos protegidos deben, pues, ser objeto de protección jurídica.<sup>4</sup> Dicha protección jurídica debe cubrir las medidas tecnológicas que restringen de manera efectiva los actos no autorizados por los titulares de cualquier derecho de autor, derechos afines a los derechos de autor o derechos *sui generis* sobre bases de datos, aunque no debe impedir el funcionamiento normal o desarrollo tecnológico de los equipos electrónicos. Debe respetar el principio de proporcionalidad y no prohibir los dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos de la elusión de la protección técnica.<sup>5</sup> Además, el ámbito de la protección jurídica prevista en la Directiva 2001/29 no debe solaparse con el de la protección prevista para las medidas tecnológicas utilizadas en relación con los programas de ordenador en la Directiva 2009/94.<sup>6</sup>

8. En consecuencia, el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2001/29 explica que la misma deja intactas y no afecta en modo alguno las disposiciones vigentes de la Unión relacionadas con la protección jurídica de los programas de ordenador.

9. El artículo 6 de la misma Directiva se titula «Obligaciones relativas a medidas tecnológicas».

10. El artículo 6, apartado 1, exige que los Estados miembros establezcan una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (versión codificada) (DO L 111, p. 16). La Directiva 2009/24 derogó y sustituyó a la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 122, p. 42).

4 — Véase el cuadragésimo séptimo considerando.

5 — Véase el cuadragésimo octavo considerando.

6 — Véase el quincuagésimo considerando. Originalmente se refería a la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 122, p. 42), que fue derogada y sustituida por la Directiva 2009/24 (véase el artículo 10 de ésta última).

11. El artículo 6, apartado 2, prevé que los Estados miembros deben establecer una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección de cualquier medida tecnológica eficaz, o b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección de dichas medidas, o c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de las mismas.

12. El artículo 6, apartado 3, define «medidas tecnológicas» como «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos [...]». Dichas medidas se consideran «eficaces» cuando el uso del material protegido esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación del material protegido o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.

#### *Directiva 2009/24*

13. En los considerandos de la Directiva 2009/24 parece definirse el término «programa de ordenador» en el sentido de que incluye programas que están incorporados en el hardware<sup>7</sup> y se explica que sólo debe protegerse «la expresión del programa de ordenador» y no las ideas y principios implícitos en sí.<sup>8</sup> Se señala que «la reproducción, traducción, adaptación o transformación no autorizadas de la forma del código en el que se suministra la copia del programa de ordenador» infringen los derechos exclusivos del autor, pero se reconoce que dicha reproducción o traducción puede resultar necesaria, por ejemplo, para lograr la interoperabilidad con otros programas o para permitir que todos los elementos de un sistema informático, incluidos los de fabricantes diferentes, puedan funcionar juntos. Con este limitado alcance, no debe exigirse la autorización del titular de los derechos a «la persona facultada para utilizar la copia del programa».<sup>9</sup> La protección conferida por los derechos de autor a los programas de ordenador debe entenderse sin perjuicio de otros tipos de protección aplicables en su caso. No obstante, las estipulaciones contractuales que contravengan las disposiciones de la Directiva con respecto a, en particular, la descompilación deben ser nulas y sin valor ni efecto alguno.<sup>10</sup>

14. En concordancia con todo ello, en el artículo 1, apartados 1 y 2, se establece que los Estados miembros deben proteger mediante derechos de autor los programas de ordenador (incluidas cualesquiera formas de expresión de los mismos pero no las ideas y principios subyacentes) como obras literarias tal y como se definen en el Convenio de Berna.<sup>11</sup>

7 — Véase el séptimo considerando. La definición de un término en los considerandos es una técnica legislativa inusual. La línea directriz décimo cuarta de la Guía Práctica Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en las instituciones comunitarias, establece que cuando los términos no tengan un sentido unívoco, «conviene agrupar en un solo artículo, al principio del acto, una definición de dichos términos». Véanse asimismo la sentencia de 24 de noviembre de 2005, Deutsches Milch-Kontor (C-136/04, Rec. p. I-10095), apartado 32, y más recientemente, las conclusiones del Abogado General Jarabo-Colomer presentadas en el asunto Teliasonera Finland (sentencia de 12 de noviembre de 2009, C-192/08, Rec. p. I-10717), especialmente el punto 89.

8 — Véase el undécimo considerando.

9 — Véase el décimo quinto considerando.

10 — Véase el décimo sexto considerando.

11 — Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, en su versión modificada por última vez en 1979. Todos los Estados miembros son partes del Convenio de Berna.

15. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, letras a) y c), los derechos exclusivos del titular deben incluir, entre otras cosas, «el derecho de realizar o de autorizar: a) la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria» y «c) cualquier forma de distribución pública, incluido el alquiler, del programa de ordenador original o de sus copias».

16. No obstante, el artículo 5 prevé algunas excepciones a dichos derechos exclusivos. En particular, la persona que legítimamente posea un programa de ordenador y tenga derecho a utilizarlo no necesitará una autorización para: la reproducción, cuando sea necesaria para la utilización del programa con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores; la realización de una copia de salvaguardia en tanto en cuanto resulte necesaria para la utilización del programa; o la observación, estudio o verificación del funcionamiento del programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del mismo, siempre que se efectúe durante cualquiera de las operaciones que la persona interesada pueda llevar a cabo legítimamente.

17. El artículo 6 de la Directiva 2009/24 se titula «Descompilación», término que por lo demás no se define. Con arreglo al artículo 6, apartado 1, no se exigirá la autorización del titular del derecho en el caso de que la reproducción de un código o la traducción de su forma sea indispensable para la interoperabilidad entre programas de ordenador, siempre y cuando: a) el acto se lleve a cabo por o en nombre de una persona legitimada para el uso del programa, b) esta persona no dispusiese previamente de la información necesaria para conseguir la interoperabilidad y, c) se limite estrictamente a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para lograr este fin. El artículo 6, apartado 2, añade que la información obtenida al amparo del apartado 1 solamente podrá utilizarse con dichos fines y el artículo 6, apartado 3, que no se deben perjudicar de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos.

18. El artículo 7 de la Directiva 2009/24 trata de las medidas especiales de protección. Dispone que los Estados miembros deberán adoptar medidas adecuadas contra, en esencia, aquellos que a sabiendas ponen en circulación o poseen con fines comerciales una copia ilegítima de un programa de ordenador o cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.

### **Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas**

19. El procedimiento principal ha sido entablado por tres sociedades del grupo Nintendo (en lo sucesivo, «Nintendo»), fabricantes de videojuegos y consolas, contra PC Box Srl (en lo sucesivo, «PC Box»), que a través de su sitio de Internet comercializa unos dispositivos denominados «mod chips» y «game copiers» (en lo sucesivo denominados también, «dispositivos de PC Box»). Ambos tipos de dispositivos permiten que las consolas Nintendo puedan usarse para videojuegos que no sean los fabricados por Nintendo o por fabricantes independientes con la autorización de Nintendo (en lo sucesivo, «juegos Nintendo o autorizados por Nintendo»). También se ha demandado al proveedor de internet que aloja el sitio de PC Box.<sup>12</sup> Nintendo pretende impedir la comercialización de los dispositivos de PC Box.

20. El órgano jurisdiccional remitente aporta cierta cantidad de detalles técnicos (y Nintendo ha suministrado aún más) sobre la forma en que los dispositivos de PC Box permiten el uso de las consolas Nintendo para videojuegos no fabricados por Nintendo o autorizados por Nintendo. Gran parte de estos detalles no parecen tener relevancia para las cuestiones jurídicas planteadas. Aquí bastará con destacar lo siguiente.

12 — Esta petición de decisión prejudicial no trata de la participación del proveedor de Internet (9Net Srl).

21. El procedimiento principal se refiere a dos tipos de consolas fabricadas por Nintendo (las consolas «DS» y las «Wii») y a los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo concebidos para las mismas. Nintendo afirma que presta asistencia gratuita a los fabricantes que producen juegos con su autorización y que vende los juegos en competencia con los mismos, no cobrando ningún canon por los derechos sino por el suministro de los cartuchos o los DVD en los que se graban los juegos y que ya contienen la información codificada pertinente. Los juegos para las consolas «DS» se graban en cartuchos que se introducen en la consola; los juegos para «Wii» se graban en DVD que se insertan en la consola. Los cartuchos y los DVD contienen información codificada y para que sea posible utilizar los juegos debe producirse un intercambio con la información codificada contenida en las consolas.

22. Es un hecho acreditado que los dispositivos de PC Box pueden utilizarse para eludir el efecto bloqueador producido por el intercambio necesario de la información codificada entre los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo por un lado y las consolas Nintendo por el otro. También es un hecho acreditado que el efecto bloqueador de las medidas adoptadas por Nintendo impide que puedan usarse juegos diferentes a los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo con las consolas Nintendo y que los dispositivos de PC Box también eluden este efecto.

23. Según el órgano jurisdiccional remitente, Nintendo sostiene que sus consolas y juegos están provistas de forma legítima con medidas tecnológicas al objeto de garantizar que no puedan utilizarse copias no autorizadas de juegos Nintendo o autorizados por Nintendo con sus consolas. También alega que la principal finalidad o uso de los dispositivos PC Box consiste en eludir tales medidas.

24. PC Box plantea la cuestión de si los videojuegos deben considerarse un programa de ordenador o una obra de carácter intelectual. En cualquier caso, alega que comercializa consolas originales de Nintendo con un paquete de software integrado por aplicaciones creadas por productores independientes específicamente para su uso con dichas consolas<sup>13</sup> en combinación con «mod chips» o «game copiers» destinados a desactivar el mecanismo de bloqueo integrado en las consolas. PC Box considera asimismo que el verdadero propósito de Nintendo es, por una parte, impedir el uso de software independiente no constitutivo de copias ilegales de videojuego y, por otra, la compartimentación de los mercados haciendo incompatibles los juegos comprados en una zona geográfica y las consolas adquiridas en otra. Por ello, cuestiona la aplicación de medidas tecnológicas por parte de Nintendo no sólo en sus videojuegos sino también en el hardware, considerándola contraria al artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2001/29.

25. Siguiendo el criterio establecido por la jurisprudencia italiana, el órgano jurisdiccional remitente estima que videojuegos como los controvertidos no pueden considerarse simples programas de ordenador sino que constituyen complejas obras multimedia que son expresión de creaciones narrativas y gráficas conceptualmente autónomas. Por consiguiente, estos videojuegos deben considerarse obras de carácter intelectual protegidas por el derecho de autor. También señala que las medidas tecnológicas introducidas por Nintendo en sus consolas sólo contribuyen indirectamente a impedir la reproducción no autorizada de los juegos y que la necesidad del intercambio de información entre el juego y la consola no sólo tiene como consecuencia que únicamente se permita el uso de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo con las consolas Nintendo sino también que dichos juegos no puedan utilizarse en ninguna otra consola, restringiéndose con ello la interoperabilidad y variedad a disposición del consumidor.

13 — Los videojuegos producidos de forma independiente, creados para su uso con hardware patentado como las consolas Nintendo, se denominan frecuentemente videojuegos «homebrew» («caseros»).

26. En consecuencia, el Tribunale di Milano solicita una decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE, a la luz del considerando 48 de dicha Directiva, en el sentido de que la tutela de las medidas técnicas de protección relativas a obras o materiales cubiertos por derechos de autor puede ampliarse también a un sistema producido y comercializado por una empresa, en el que se ha instalado en el hardware un dispositivo para detectar, sobre el soporte distinto que contiene la obra protegida (videojuego producido por la misma empresa además de por terceros, titulares de obras protegidas), un código de reconocimiento, sin el cual dicha obra no podrá ser visualizada ni utilizada en dicho sistema, constituyendo así ese equipo un sistema cerrado a la interoperabilidad con equipos y productos complementarios no procedentes de la empresa productora del propio sistema?
- 2) En caso de que deba valorarse si el uso de un producto o componente con el fin de eludir una medida técnica de protección prevalece o no sobre otras finalidades u otros usos comercialmente pertinentes, ¿puede interpretarse el artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE, también a la luz del considerando 48 de la misma Directiva, en el sentido de que el juez nacional ha de aplicar criterios de valoración de ese elemento que tomen en consideración el destino peculiar atribuido por el titular de los derechos al producto que recoge el contenido protegido, o ha de aplicar, de forma alternativa o simultánea, criterios de carácter cuantitativo relativos a la entidad comparativa de los usos, o criterios de carácter cualitativo, es decir, relativos a la naturaleza y relevancia de los propios usos?»<sup>14</sup>

27. Se han presentado observaciones escritas por Nintendo, PC Box, el Gobierno polaco y la Comisión Europea. En la vista celebrada el 30 de mayo de 2013, Nintendo, PC Box y la Comisión expusieron oralmente sus observaciones.

## Apreciación

### *Observaciones preliminares*

28. En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que la controversia subyacente al procedimiento principal se refiere no sólo a los derechos de autor sino también a si las medidas adoptadas por Nintendo son lícitas a la luz de las normas del Derecho de competencia. Ahora bien, como las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional se limitan a cuestiones relativas a los derechos de autor, considero que en el marco de esta petición prejudicial no procede expresar una opinión sobre este último aspecto.

29. En segundo lugar, parece que las medidas tecnológicas aplicadas por Nintendo pretenden impedir o restringir actos no autorizados no sólo con respecto a material protegido por derechos de autor cuyo titular es Nintendo (sus propios juegos) sino también a material protegido por derechos de autor cuyos titulares son productores independientes autorizados.<sup>15</sup> En la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional plantea si, para poder estar amparadas por el artículo 6 de la Directiva 2001/29, las medidas tecnológicas deben haber sido adoptadas por el propio titular de los derechos, pero esta cuestión no se vuelve a mencionar en el razonamiento ni se plantea en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia. Por consiguiente, tampoco examinaré este punto.

14 — Aunque el tenor de la segunda cuestión podría dar lugar a ciertas dudas, se desprende claramente del razonamiento de la petición de decisión prejudicial que los «usos» a los que se hace referencia en relación con los criterios de carácter cuantitativo o cualitativo son los del «producto o componente» que debe evaluarse (concretamente, los dispositivos «mod chips» y «game copiers») y no los del «producto que recoge el contenido protegido» (la consola).

15 — Véase el anterior punto 21.

30. En tercer lugar, el resultado del procedimiento principal dependerá de la apreciación de los hechos que sólo podrá llevar a cabo el órgano jurisdiccional nacional (estoy de acuerdo con la Comisión en que deben efectuarse apreciaciones separadas con respecto a cada uno de los dispositivos de PC Box y cada uno de los tipos de consola Nintendo). El Tribunal de Justicia no puede, en particular, alcanzar una conclusión o expresar una opinión respecto a la cuestión de hasta qué punto la finalidad o intención de Nintendo es efectivamente impedir la copia no autorizada de sus juegos y/o hasta qué punto es obtener una ventaja comercial al excluir la interoperabilidad con otros productos. Tampoco puede decidir si los dispositivos de PC Box de hecho cumplen uno o varios de los requisitos previstos en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2001/29. Únicamente puede dar una orientación sobre los tipos de hechos que podrían tener relevancia al aplicar la normativa nacional que transpone dicho artículo.

#### *Pertinencia de la Directiva 2009/24*

31. De la petición de decisión prejudicial se desprende, que el órgano jurisdiccional nacional ha efectuado ciertas apreciaciones de hecho con respecto a la naturaleza de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo y ha concluido que, contrariamente a lo alegado por PC Box, dichos juegos no pueden considerarse programas de ordenador en el sentido de la Directiva 2009/24, sino que debe entenderse que son complejas obras multimedia incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/29.

32. En sus observaciones escritas, Polonia sugiere que dichas apreciaciones podrían cuestionarse, aunque su propio análisis, de un modo no totalmente convincente, parece llevar a la misma conclusión. En consecuencia, el Tribunal de Justicia pidió a las partes que comparecieron en la vista (Nintendo, PC Box y la Comisión) que abordaran la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva 2001/29 en unas circunstancias como las que son objeto del procedimiento principal. Nintendo y la Comisión están de acuerdo con la postura adoptada por el órgano jurisdiccional nacional. PC Box por su parte sostuvo que en las circunstancias objeto del litigio era aplicable la Directiva 2009/24 y no la Directiva 2001/29; afirmó que la descompilación llevada a cabo por PC Box se limitaba a las partes del programa que eran estrictamente necesarias para garantizar la interoperabilidad entre las consolas Nintendo y los juegos denominados «homebrew» y que no infringían ningún derecho de autor o derecho afín.

33. Opino que, por una parte, el Tribunal de Justicia no tiene motivos ni competencia para reexaminar la apreciación de los hechos efectuada por el órgano jurisdiccional remitente y que, por otra parte, resulta difícil cuestionar la conclusión que el órgano jurisdiccional remitente ha extraído de su apreciación sobre este punto como cuestión de Derecho en el marco del Derecho de la Unión.

34. La Directiva 2009/24 se refiere únicamente a los programas de ordenador, mientras que la Directiva 2001/29 se refiere a los derechos de autor y derechos afines en relación con obras de carácter intelectual en general. La última deja intactas y no afecta en modo alguno a las disposiciones vigentes de la Unión relacionadas con, entre otras cosas, la protección jurídica de los programas de ordenador. En atención a ello, el Tribunal de Justicia ha afirmado que dichas disposiciones son *lex specialis* en relación con las disposiciones de la Directiva 2001/29.<sup>16</sup> Opino que esto debe entenderse en el sentido de que las disposiciones de la Directiva 2009/24 tienen prioridad sobre las de la Directiva 2001/29, aunque únicamente cuando el material protegido caiga íntegramente dentro del ámbito de aplicación de la primera. Si los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo fueran exclusivamente programas de ordenador y nada más, la Directiva 2009/24 sería aplicable, desplazando a la Directiva 2001/29. De hecho, si Nintendo aplicase medidas tecnológicas separadas para la protección de los programas de ordenador y para la protección del otro material, la Directiva 2009/24 sería aplicable a los primeros y la Directiva 2001/29 a este último.

16 — Sentencia de 3 de julio de 2012, UsedSoft (C-128/11), apartado 51.

35. No obstante, el órgano jurisdiccional nacional ha estimado que los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo no pueden reducirse a la sola categoría de programas de ordenador. Incluyen igualmente obras de carácter intelectual en forma narrativa y gráfica que parecen inseparables de los programas mismos. Las medidas de Nintendo afectan al acceso y uso de los juegos en su conjunto y no sólo al componente constituido por un programa de ordenador. La protección que concede la Directiva 2009/24 frente a los actos no autorizados relativos a programas de ordenador es algo menos generosa (debido a las excepciones previstas en el artículo 5 y 6)<sup>17</sup> que la conferida por la Directiva 2001/29 frente a la elusión de medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir actos no autorizados relativos a obras de carácter intelectual en general. Opino que, cuando se trata de obras complejas de carácter intelectual que se componen de programas de ordenador y otro material –y ambos elementos no pueden separarse–, debe concederse la protección más amplia y no la menor. De lo contrario, los titulares de los derechos no obtendrían, con respecto a ese otro material, el grado de protección que les corresponde con arreglo a la Directiva 2001/29.

36. En cualquier caso, no parece que los actos cuya realización se hace posible mediante el uso de los dispositivos de PC Box, que son objeto del procedimiento principal, estén abarcados por alguna de las excepciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2009/24, aunque reitero que esta es una cuestión que corresponde dilucidar al órgano jurisdiccional nacional en el marco de la apreciación de los hechos.

37. En último lugar, sé que el Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemán) ha remitido una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia precisamente sobre la aplicabilidad de la Directiva 2009/24 a videojuegos como los que son objeto del presente litigio.<sup>18</sup> Opino que es preferible que el Tribunal de Justicia dilucide esta cuestión en el marco más amplio de las observaciones que se presentarán en ese asunto y que en el presente asunto limite su examen a las cuestiones específicas de interpretación planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

38. Por consiguiente, analizaré las cuestiones únicamente en el marco de la Directiva 2001/29.

#### *Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas*

39. El Tribunale di Milano plantea dos cuestiones, si bien quizá no formuladas tan claramente como hubiera sido deseable.<sup>19</sup>

40. Entiendo que la primera cuestión tiene dos partes. En primer lugar, ¿incluyen las «medidas tecnológicas» en el sentido del artículo 6 de la Directiva 2001/29 no sólo aquellas medidas que están físicamente unidas al propio material protegido (en este caso, mediante su incorporación a los cartuchos o los DVD que contienen los juegos) sino también aquellas medidas que están unidas físicamente (en este caso, mediante la incorporación a las consolas con las que se usan los juegos) a los dispositivos necesarios para el uso y disfrute de dicho material? En segundo lugar, ¿cumplen estas medidas los requisitos exigidos para obtener la protección prevista en dicha disposición cuando (o a pesar de que) sus efectos consisten no sólo en restringir la reproducción no autorizada del material protegido por los derechos de autor sino también en impedir cualquier uso de dicho material con otros dispositivos o de otro material con dichos dispositivos?

17 — Véanse los puntos 16 y 17 de estas conclusiones.

18 — Asunto C-458/13, Grund y Nintendo, pendiente ante este Tribunal.

19 — Nintendo cita el siguiente comentario de un autor: «Es difícil descifrar el sentido de estas complicadas cuestiones. (Tal vez el Tribunal de Justicia tenga que volver a remitir las cuestiones para una aclaración preliminar al Tribunal de Milán o a un comité de lingüistas.)» Este comentario parece algo exagerado pero es cierto que la formulación es complicada.

41. La segunda cuestión parece referirse, en esencia, a los criterios que deben aplicarse para la evaluación llevada a cabo, en el marco del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2001/29, con relación a la finalidad o uso de dispositivos como los de PC Box, los cuales efectivamente eluden o son capaces de eludir las medidas tecnológicas amparados por la protección. El órgano jurisdiccional nacional menciona a este respecto, por una parte, «el destino peculiar atribuido por el titular de los derechos al producto que recoge el contenido protegido» (en este caso, las consolas Nintendo) y por otra parte, el alcance, naturaleza y relevancia de los usos del dispositivo, producto o componente en sí (en este caso, los dispositivos de PC Box).

42. De ello deduzco que el órgano jurisdiccional nacional en primer lugar desea dilucidar si las medidas tecnológicas establecidas por Nintendo cumplen los requisitos para obtener la protección porque están destinadas a la elusión o restricción de actos no autorizados por el titular de los derechos, a pesar de que al mismo tiempo restrinjan la interoperabilidad; y, en caso afirmativo, desea saber en segundo lugar y separadamente, si debe concederse dicha protección frente al suministro de dispositivos de PC Box porque permiten o facilitan la realización de dichos actos no autorizados. Opino, no obstante, que las dos cuestiones no pueden separarse por completo y que los factores mencionados en relación con una pueden ser relevantes para la respuesta de la otra.

Sobre la primera cuestión prejudicial

43. En mi opinión, la primera parte de la cuestión puede analizarse separadamente y no parece plantear grandes problemas. El tenor del artículo de la Directiva 2001/29 en ningún momento excluye unas medidas como las controvertidas, que en parte se incorporan al soporte de los juegos y en parte a las consolas y que implican su interacción. La definición prevista en el artículo 6, apartado 3, «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos» es amplia e incluye «la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado». Excluir las medidas que en parte están incorporadas en unos dispositivos diferentes a los que albergan al propio material protegido por los derechos de autor seguramente negaría la protección que la Directiva pretende garantizar a una amplia variedad de medidas tecnológicas.

44. La segunda parte de esta cuestión prejudicial es más complicada.

45. Tanto Nintendo como la Comisión han señalado acertadamente que, para ser merecedora de la protección jurídica prevista en el artículo 6 de la Directiva 2001/29, una medida tecnológica debe ser eficaz. Por consiguiente, con arreglo al artículo 6, apartado 3, dicha medida debe estar destinada, en su funcionamiento normal, no sólo a impedir o restringir actos no autorizados sino también a permitir que el uso del material esté controlado por el titular de los derechos. Además, como bien observa la Comisión, los actos que la medida debe estar destinada a impedir o restringir deben ser aquellos actos para los que, según la Directiva, se necesita la autorización del titular del derecho, concretamente, la reproducción (artículo 2), la comunicación o puesta a disposición del público (artículo 3) o la distribución (artículo 4) de la obra del titular del derecho.

46. La Comisión considera que los actos concretos objeto del litigio principal son, en primer lugar, la reproducción y, de forma secundaria (porque las copias podrían distribuirse posteriormente), la distribución de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo. No encuentro motivos para no estar de acuerdo con esta opinión.

47. Ya he destacado que las apreciaciones de hecho incumben al órgano jurisdiccional nacional, pero opino que es probable que las medidas tecnológicas aplicadas por Nintendo sean eficaces a la hora de, si no impedir, sí restringir la reproducción no autorizada de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo. Si bien es cierto que el órgano jurisdiccional nacional ha estimado que sus efectos en ese ámbito son en gran medida de carácter indirecto (siendo el efecto inmediato impedir el uso de copias no autorizadas con las consolas Nintendo), opino que el artículo 6 de la Directiva 2001/29 no contiene ninguna condición ni hace ninguna distinción relativa al carácter directo de los efectos. En la medida en que las copias no autorizadas no sean utilizables (al menos con las consolas Nintendo), es probable que ello tenga un efecto restrictivo significativo en su reproducción y, por consiguiente, en su posterior distribución. También parece probable que las medidas tengan este efecto «en su funcionamiento normal». A los efectos de los apartados siguientes supondré por lo tanto que así es.

48. Si estos fueran los únicos efectos de las medidas tecnológicas controvertidas, las mismas caerían claramente dentro del ámbito de aplicación del artículo 6 de la Directiva 2001/29 y quedarían amparadas por la protección jurídica prevista.

49. No obstante, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional se basa en la premisa de que dichas medidas también impiden o restringen actos que según la Directiva 2001/29 no requieren la autorización del titular de los derechos, tales como el uso de las consolas Nintendo con juegos diferentes de los juegos Nintendo, juegos autorizados por Nintendo o las copias autorizadas de los mismos, o el uso de juegos Nintendo o autorizados por Nintendo con consolas no fabricadas por Nintendo.

50. En la medida en que se produzcan estos otros efectos, la Directiva 2001/29 no exige la protección jurídica de las medidas tecnológicas controvertidas. De hecho, no parece que exista ninguna justificación para semejante protección, en su caso.

51. La dificultad surge a raíz de que las mismas medidas impiden o restringen unos actos que requieren una autorización y otros que no.

52. Nintendo alega que el hecho de que una medida tecnológica impida o restrinja los actos que no requieren una autorización es irrelevante, siempre y cuando dicho efecto sea únicamente de carácter ocasional y accesorio a la finalidad y los efectos principales de impedir o restringir los actos que requieren autorización. Por el contrario, PC Box hace hincapié en los principios de proporcionalidad y de interoperabilidad establecidos respectivamente en los considerandos cuadragésimo octavo y quincuagésimo cuarto de la Directiva 2001/29: las medidas tecnológicas que vayan más allá de lo que es necesario para proteger el material objeto del derecho de autor como tal o que excluyan la interoperabilidad no deberían disfrutar de dicha protección. La Comisión opina que, si dichas medidas impiden también aquellos actos que no requieren una autorización, cuando podrían haberse concebido de forma que solo impiden actos sujetos a autorización son desproporcionadas y no están amparadas por la protección; no obstante, si es inevitable que tales medidas también impidan actos que no exigen autorización, podrían no ser desproporcionadas y estar entonces cubiertas por la protección; para esta evaluación debe tenerse en cuenta el estado actual de la tecnología. Nintendo y el Gobierno polaco sostienen que las consolas Nintendo no son dispositivos ordenadores de uso general, sino que están concebidas y se comercializan con el único fin de que con ellas puedan utilizarse los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo.

53. Existe, pues, de hecho un amplio consenso entre las partes que han presentado observaciones (y yo también estoy de acuerdo) en que debe examinarse el cumplimiento del principio de proporcionalidad, mencionado en el cuadragésimo octavo considerando de la Directiva 2001/29. No obstante, Nintendo y PC Box aplican este criterio desde puntos de partida opuestos y defienden conclusiones opuestas.

54. Estoy de acuerdo con la Comisión en que es necesario que el órgano jurisdiccional nacional examine si, en el estado actual de la tecnología, el efecto esperado de impedir o restringir los actos que requieren una autorización del titular de los derechos puede lograrse sin impedir o restringir los actos que no exigen dicha autorización. En otras palabras, ¿podría Nintendo haber protegido sus propios juegos o los juegos autorizados sin impedir o restringir el uso de sus consolas para los juegos denominados «homebrew»?

55. También suscribo las advertencias y matices hechos por la Comisión al expresar su opinión. No puede reducirse el examen de la proporcionalidad a la simple afirmación de que la interferencia producida a las actividades legítimas es irrelevante siempre y cuando sólo tenga carácter secundario (Nintendo) o la afirmación de que cualquier restricción de la interoperabilidad es necesariamente desproporcionada (PC Box).

56. En su modalidad clásica, tal y como se aplica por el Tribunal de Justicia, el examen de la proporcionalidad implica dilucidar si una medida persigue una finalidad legítima, es idónea para lograr dicha finalidad y para ello no va más allá de lo que es necesario.

57. Con respecto al primer elemento del examen, cabe decir que la finalidad de impedir o restringir actos no autorizados por el titular de los derechos es inherente a cualquier sistema de derechos de autor y se promueve específicamente mediante la protección jurídica prevista en el artículo 6 de la Directiva 2001/29.

58. En tanto en cuanto las medidas tecnológicas de Nintendo sólo persigan esta finalidad legítima, la cuestión de su idoneidad está vinculada a la de su eficacia, cuestión que he tratado en los puntos 45 a 47 de las presentes conclusiones. El órgano jurisdiccional nacional debe decidir, sobre la base de los elementos de prueba presentados, qué medidas tecnológicas, entre las que están disponibles actualmente, pueden proteger de forma eficaz frente a la reproducción no autorizada de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo. Quizá no existan medidas capaces de impedir totalmente semejantes actos. No obstante, diferentes medidas pueden conllevar diferentes grados de restricción. El órgano jurisdiccional nacional deberá determinar si el grado de restricción logrado a través de la medida tecnológica controvertida ofrece una protección eficaz contra los actos no autorizados.

59. Si, por otra parte, el órgano jurisdiccional estimase que Nintendo persigue adicionalmente alguna otra finalidad que no está justificada en el marco de esta Directiva, al dilucidar si dichas medidas son idóneas para cumplir el objetivo legítimo de impedir o restringir actos no autorizados, deberá tomar en consideración en qué medida esta última finalidad ha determinado la naturaleza de la medida tecnológica.

60. Queda por examinar la cuestión de si las medidas van más allá de lo que es necesario para lograr la finalidad de impedir o restringir la reproducción no autorizada de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo.

61. A este respecto, el órgano jurisdiccional nacional debe examinar el grado de restricción de los actos que no requieren la autorización del titular de los derechos. ¿Qué categorías de actos se impiden o restringen efectivamente cuando se aplican las medidas tecnológicas controvertidas y no se produce su elusión? ¿Hasta qué punto es importante no impedir o restringir estos actos?

62. Cualquiera que sea el grado apreciado de la interferencia causada por las medidas tecnológicas controvertidas, será necesario dilucidar si otras medidas podrían haber ocasionado una interferencia menor ofreciendo una protección comparable de los derechos del titular. A este respecto, quizá proceda tener en cuenta los costes relativos de los diferentes tipos de medidas tecnológicas junto a otros factores que podrían influir en o determinar la preferencia por una u otra.

63. Sobre la base de consideraciones como las que acabo de exponer (sin ánimo de ser exhaustiva), el órgano jurisdiccional deberá dilucidar si las medidas tecnológicas controvertidas en el litigio principal son proporcionadas con respecto a la finalidad de proteger frente a los actos no autorizados, tal y como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2001/29, y en consecuencia están amparadas por la protección jurídica prevista en dicha disposición, o si van más allá de lo que es necesario para alcanzar esta finalidad y, en consecuencia, no merecen tal protección.

64. Ahora bien, el análisis no está completo sin examinar la protección también desde el punto de vista de los dispositivos, productos, componentes o servicios frente a los que se busca, punto que es objeto de la segunda cuestión prejudicial.

#### Sobre la segunda cuestión prejudicial

65. El órgano jurisdiccional nacional solicita orientación sobre la importancia del «destino peculiar atribuido por el titular de los derechos al producto que recoge el contenido protegido» (las consolas de Nintendo) y del alcance, la naturaleza y la relevancia de los usos de los dispositivos frente a los cuales se busca la protección (los «mod chips» y «game copiers» de PC Box).

66. Con respecto al primer aspecto, el órgano jurisdiccional nacional hace referencia a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales penales italianos según la cual al parecer la forma en la que se presentan las consolas al público y el hecho de que estén destinadas al uso de videojuegos podrían llevar a la conclusión de que la finalidad principal de los «mod chips» consiste en eludir las medidas tecnológicas establecidas. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, no obstante, si este razonamiento es correcto, en particular en litigios como el que subyace al procedimiento principal. En sus observaciones tanto Nintendo como la Comisión opinan que la intención del fabricante con respecto al uso de las consolas no es un criterio relevante cuando se evalúa la finalidad de los dispositivos denominados «mod chips» o «game copiers». En sus muy breves observaciones sobre este punto, PC Box parece defender implícitamente la misma opinión, mientras que el Gobierno polaco considera que el destino previsto es un factor que puede tomarse en consideración sin ser decisivo.

67. Yo también opino que el destino peculiar previsto por Nintendo para las consolas no tiene relevancia de cara a dilucidar si debe concederse protección contra el suministro de los dispositivos de PC Box. Lo que importa es si estos dispositivos están abarcados por el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2001/29 y por consiguiente debe examinarse el segundo aspecto de la cuestión: alcance, naturaleza y relevancia de los usos de los dispositivos de PC Box.

68. Como ha señalado la Comisión, cuando una medida tecnológica reúne los requisitos para obtener protección con arreglo al artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2001/29, tal protección debe establecerse frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo que: a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la medida tecnológica de que se trate, o b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la medida, o c) haya sido concebido, producido o adaptado principalmente con la finalidad de permitir o facilitar tal elusión. Cuando no se cumple ninguno de estos requisitos, no habrá protección con arreglo a dicha disposición; por el contrario, será suficiente que se cumpla uno solo de estos requisitos para que se deba conceder la protección.

69. Con respecto a esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional parece centrarse menos en las letras a) y c), es decir, las finalidades con las que se comercializan o conciben los dispositivos, sino más en la letra b), concretamente, los usos comerciales de los dispositivos de que se trata. Desea saber qué tipo de criterios –de carácter cuantitativo o cualitativo– deben tenerse en cuenta para dilucidar si los «mod chips» o «game copiers» de PC Box «sólo [tienen] una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección» de las medidas tecnológicas adoptadas por Nintendo.

70. De la referencia a los criterios cuantitativos que figura en esta cuestión parece desprenderse que el órgano jurisdiccional nacional prevé examinar elementos de prueba con respecto a, por ejemplo, la frecuencia con la que efectivamente se utilizan los dispositivos de PC Box para hacer posible el uso de copias no autorizadas de juegos Nintendo o autorizados por Nintendo con las consolas de Nintendo y la frecuencia con la que se utilizan los mismos para los juegos que no infringen ningún derecho de autor relativo a los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo.

71. Nintendo alega que este planteamiento se basa en un error: lo que importa no es si existen finalidades o usos comerciales *al margen de facilitar la infracción* de los derechos exclusivos protegidos a través de las medidas tecnológicas sino simplemente si existen finalidades o usos comerciales *al margen de la elusión de dichas medidas*, independientemente del tipo de acto o actividad que se facilite mediante los mismos.

72. Por otra parte, la Comisión destacó en la vista que la Directiva 2001/29 no pretende crear derechos al margen de los enumerados en los artículos 2, 3 y 4 (en esencia, conceder o denegar autorización para la reproducción, comunicación o distribución de una obra protegida). La protección jurídica del artículo 6 se prevé exclusivamente frente a la elusión que vulnere dichos derechos en particular.<sup>20</sup> Por consiguiente, procede tener en cuenta las verdaderas finalidades o usos de los dispositivos de PC Box y no simplemente si existen finalidades o usos comerciales al margen de la elusión de las medidas tecnológicas aplicadas por Nintendo.

73. Estoy de acuerdo con la Comisión y añadiría que los mismos criterios deben tenerse en cuenta para la evaluación de las propias medidas tecnológicas de Nintendo.

74. Es un hecho acreditado, que las medidas tecnológicas de Nintendo bloquean tanto los actos no autorizados (el uso de copias ilícitas de los juegos Nintendo o autorizados por Nintendo) como los actos que no exigen autorización (el uso de otros juegos), y que los dispositivos de PC Box eluden este bloqueo en ambos casos. Por consiguiente, los ámbitos del bloqueo y la elusión coinciden; constituyen las dos caras de una misma moneda.

75. La medida en que efectivamente se utilicen los dispositivos de PC Box para finalidades al margen de facilitar la infracción de los derechos exclusivos será, por tanto, un factor a tener en consideración no sólo al dilucidar si dichos dispositivos están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2001/29 sino también al dilucidar si las medidas tecnológicas adoptadas por Nintendo respetan el requisito de la proporcionalidad. Si se comprueba que los dispositivos se utilizan principalmente con esos otros fines (e incumbe al órgano jurisdiccional nacional la apreciación de este hecho), entonces no sólo se utilizan en modos que no infringen ninguno de los derechos exclusivos garantizados en la Directiva 2001/29, sino que ello sería un fuerte indicio de que las medidas tecnológicas no son proporcionadas. Por el contrario, si se establece que los dispositivos se utilizan principalmente para la infracción de derechos exclusivos, ello constituiría un fuerte indicio de que la medida es proporcionada. Por consiguiente, siempre que sea posible, la evaluación cuantitativa de la finalidad verdadera para la cual se lleva a cabo la elusión de las medidas tecnológicas mediante los dispositivos, tendrá relevancia para dilucidar si las medidas tecnológicas de Nintendo están amparadas en general por la protección jurídica y si deben protegerse frente a la comercialización de los dispositivos de PC Box.

20 — La Comisión señaló que tanto en su propuesta original de la Directiva 2001/29 como en su propuesta modificada, el artículo 6, apartados 1 y 2, puntualizaba que estas disposiciones se referían a «la elusión sin autorización de cualquier medida tecnológica efectiva destinada a proteger los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor [...]» y que el Consejo únicamente suprimió dicha puntualización «para simplificar la redacción» [véase la Posición común (CE) n° 48/2000, DO 2000, C 344, p. 1].

76. La cuestión de los criterios cualitativos planteada por el órgano jurisdiccional nacional apenas se ha tratado en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia. Según parece deducirse de la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional estaba pensando en la posibilidad de que la importancia de permitir el uso de las consolas de Nintendo para fines que no infringen ningún derecho exclusivo podría prevalecer sobre la importancia de impedir o restringir los actos no autorizados.

77. Ya he señalado antes<sup>21</sup> que semejantes consideraciones podrían tener relevancia al examinar si las medidas tecnológicas establecidas por Nintendo cumplen el requisito de proporcionalidad. Opino que también podrían tener relevancia con respecto a la cuestión de si debe concederse protección frente a la comercialización de los dispositivos de PC Box.

78. Estoy de acuerdo con que en algunos casos podría ser importante (aunque en otros casos lo será menos) no dejar que la aplicación de las medidas tecnológicas de protección de derechos exclusivos interfiera con los derechos de los usuarios a llevar a cabo actos que no requieren autorización. En cualquier caso, en la medida en que los segundos no constituyan derechos fundamentales, también procede reconocer debidamente la importancia de la protección de los derechos de autor y los derechos afines. No obstante, deben examinarse tales criterios cualitativos a la luz de los criterios cuantitativos explicados anteriormente, concretamente, el alcance y la frecuencia, en comparación, de los usos que infringen los derechos exclusivos y los usos que no infringen derechos exclusivos.

## Conclusión

79. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, opino que el Tribunal de Justicia debe responder de la siguiente manera a las cuestiones planteadas por el Tribunale di Milano:

- «1) La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «medidas tecnológicas» en el sentido del artículo 6 de la misma incluye tanto las medidas incorporadas a las propias obras protegidas como los dispositivos concebidos para acceder a dichas obras.
- 2) Al dilucidar si las medidas de esta índole están amparadas por la protección prevista en el artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE en el supuesto en que tienen el efecto de impedir o restringir no sólo aquellos actos que conforme a la Directiva exigen la autorización del titular de los derechos sino también los actos que no exigen tal autorización, el órgano jurisdiccional nacional deberá verificar si la aplicación de las medidas cumple con el principio de proporcionalidad y deberá tomar en consideración, en particular, si en el estado actual de la tecnología, el primer efecto podría lograrse sin producir el segundo o produciéndolo en menor medida.
- 3) Al dilucidar si la protección debe concederse frente a cualquier suministro de dispositivos, productos, componentes o servicios con arreglo al artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2001/29, no es necesario tomar en consideración el destino peculiar atribuido por el titular de los derechos a un dispositivo concebido para acceder a las obras protegidas. Por el contrario, sí procede tomar en consideración en qué medida los dispositivos, productos, componentes o servicios frente a los cuales se busca la protección son o pueden ser utilizados para perseguir finalidades legítimas distintas a la facilitación de actos que requieren la autorización del titular de los derechos.»

21 — En el punto 61.