



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
ELEONOR SHARPSTON  
przedstawiona w dniu 19 września 2013 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-355/12

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale di Milano (Włochy)]

Prawa autorskie i pokrewne w społeczeństwie informacyjnym — Ochrona środków technologicznych przeznaczonych do powstrzymania lub ograniczenia czynności, które nie otrzymały zezwolenia właściciela praw — Konsole do gier wideo skonfigurowane w sposób, który powstrzymuje korzystanie z gier innych niż te, na które zezwala producent konsoli — Urządzenia umożliwiające obchodzenie środków technologicznych — Znaczenie przeznaczenia konsoli — Waga zakresu, charakteru oraz znaczenia możliwych różnorodnych sposobów wykorzystania urządzeń

1. Artykuł 6 dyrektywy 2001/29<sup>2</sup> nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia stosownej ochrony prawnej przed obchodzeniem skutecznych środków technologicznych przeznaczonych do powstrzymania bądź ograniczenia czynności, na które nie zezwala podmiot prawa autorskiego bądź pokrewnego.
2. Producent gier wideo oraz konsoli służących do ich wykorzystania konfiguruje obie kategorie produktów w ten sposób, że muszą one wzajemnie rozpoznać się w drodze wymiany zaszyfrowanych informacji w celu umożliwienia skorzystania z gier za pomocą konsoli. Deklarowaną intencją jest zapewnienie, by na przedmiotowych konsolach (nie twierdzi się przy tym, iż konsole te objęte są ochroną przewidzianą w dyrektywie 2001/29) były wykorzystywane wyłącznie gry wytwarzane przez producenta bądź na które udzielił on licencji (i które objęte są ochroną przewidzianą w dyrektywie 2001/29), a w konsekwencji powstrzymanie korzystania za pomocą konsoli z nielegalnych kopii gier objętych ochroną.
3. Inny operator prowadzi sprzedaż urządzeń, które umożliwiają korzystanie za pomocą tych konsoli z innych gier, w tym z gier niebędących kopiami gier wytwarzanych przez producenta konsoli bądź gier, które nie otrzymały jego zezwolenia. Twierdzi on, że celem producenta – który pragnie powstrzymać prowadzenie sprzedaży takich urządzeń – nie jest bynajmniej powstrzymanie kopiowania jego gier bez zezwolenia (cel, który powinien być objęty ochroną przed obchodzeniem skutecznych środków technologicznych na podstawie art. 6 dyrektywy 2001/29), lecz zwiększenie sprzedaży tych gier (a więc cel, który nie musi być objęty taką ochroną).

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym (Dz.U. L 167, s. 10).

4. W tych okolicznościach faktycznych Tribunale di Milano (sąd okręgowy w Mediolanie) w istocie zmierza do ustalenia (i) czy w zakres zastosowania art. 6 dyrektywy 2001/29 wchodzi urządzenia rozpoznające zainstalowane w sprzęcie (hardware) (to jest w konsolach), jak również zaszyfrowane kody w samym materiale będącym przedmiotem prawa autorskiego, pomimo że sytuacja taka prowadzi do ograniczenia interoperacyjności pomiędzy urządzeniami a produktami, oraz (ii) jakie znaczenie przy ustalaniu, czy inne urządzenia mają istotne z handlowego punktu widzenia cele bądź zastosowanie inne niż dla potrzeb obchodzenia skutecznych środków technologicznych, powinien on przyznać przeznaczeniu konsoli oraz w jaki sposób powinien on dokonać oceny poszczególnych sposobów korzystania, którym wskazane inne urządzenia mogą służyć.

5. Sąd krajowy ogranicza swoje pytania do wykładni dyrektywy 2001/29. Jednakże gra wideo jest w dużym stopniu rodzajem programu komputerowego (choć może ona również zawierać inne rodzaje utworów intelektualnych, zarówno narracyjnych, jak i graficznych), a programy komputerowe wchodzi właśnie w zakres stosowania dyrektywy 2009/24<sup>3</sup>.

### **Streszczenie mających zastosowanie przepisów Unii Europejskiej**

6. Zasadnicze istotne aspekty dyrektywy 2001/29 oraz dyrektywy 2009/24 można streścić w sposób następujący.

#### *Dyrektywa 2001/29*

7. Preambuła dyrektywy 2001/29 potwierdza, że środki technologiczne w coraz większym stopniu umożliwią właścicielom praw powstrzymanie lub ograniczenie działań, na które nie udzielili oni zezwolenia, lecz zarazem w dyrektywie tej została wyrażona obawa, że nielegalne formy obchodzenia takich środków będą opracowywane w podobnym tempie. Środki, które zostały ustanowione przez właścicieli praw, powinny zatem podlegać ochronie prawnej<sup>4</sup>. Taka ochrona prawna powinna być przewidziana dla środków technologicznych, które skutecznie ograniczają czynności, na które podmioty praw autorskich, praw pokrewnych lub praw sui generis w odniesieniu do baz danych nie wydały zezwolenia, nie utrudniając jednak normalnego funkcjonowania sprzętu elektronicznego i jego technologicznego rozwoju. Powinna ona respektować zasadę proporcjonalności i nie powinna zabraniać urządzeń lub działań, których istotny z handlowego punktu widzenia cel i wykorzystanie są inne niż obchodzenie ochronnych środków technicznych<sup>5</sup>. Ponadto ochrona prawna przyznana przez dyrektywę 2001/29 nie powinna nakładać się na ochronę przyznaną na podstawie dyrektywy 2009/24 środkiem technologicznym używanym w powiązaniu z programami komputerowymi<sup>6</sup>.

8. Tak więc art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2001/29 wyraźnie stwierdza, że dyrektywa pozostawia niezmienione przepisy Unii Europejskiej i w żaden sposób nie narusza przepisów dotyczących ochrony prawnej programów komputerowych.

9. Artykuł 6 tej dyrektywy został zatytułowany „Obowiązki w odniesieniu do środków technologicznych”.

3 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (wersja skodyfikowana) (Dz.U. L 111, s. 16). Dyrektywa 2009/24 uchylili i zastąpiła dyrektywę Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.U. 1991, L 122, s. 42).

4 — Zobacz motyw 47.

5 — Zobacz motyw 48.

6 — Zobacz motyw 50. Odesłanie pierwotnie odnosiło się do dyrektywy Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.U. L 122, s. 42), która została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2009/24 (zob. art. 10 późniejszej dyrektywy).

10. Artykuł 6 ust. 1 nakłada na państwa członkowskie wymóg zapewnienia stosownej ochrony prawnej przed obchodzeniem skutecznych środków technologicznych przez daną osobę, której wiadome jest lub w zależności od okoliczności powinno być wiadome, że zmierza do tego celu.

11. Artykuł 6 ust. 2 nakłada na państwa członkowskie wymóg zapewnienia stosownej ochrony prawnej przed produkcją, przywozem, rozpowszechnianiem, sprzedażą, najmem, reklamą w celach sprzedaży lub najmu lub przed posiadaniem w celach handlowych urządzeń, produktów lub części składowych oraz świadczeniem usług, które: a) stanowią przedmiot promocji, reklamy lub sprzedaży w celu obejścia skutecznych środków technologicznych; lub b) posiadają tylko ograniczony, mający handlowe znaczenie cel lub zastosowanie inne niż obejście skutecznych środków technologicznych; lub c) są głównie zaprojektowane, produkowane, dostosowane lub realizowane do celu umożliwienia lub ułatwienia obchodzenia skutecznych środków technologicznych.

12. Artykuł 6 ust. 3 definiuje „środki technologiczne” jako „wszystkie technologie, urządzenia lub części składowe, które przy normalnym funkcjonowaniu są przeznaczone do powstrzymania lub ograniczenia czynności w odniesieniu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, które nie otrzymały zezwolenia od podmiotu prawa [...]”. Środki te uważa się za „skuteczne”, jeżeli korzystanie z materiału objętego ochroną jest kontrolowane przez podmioty praw autorskich poprzez zastosowanie kodu dostępu lub mechanizmu zabezpieczenia, takiego jak szyfrowanie, zakłócanie lub każda inna transformacja materiału objętego ochroną, lub mechanizmu kontroli kopiowania, które spełniają cel ochronny.

#### *Dyrektywa 2009/24*

13. Preambuła dyrektywy 2009/24 wydaje się definiować pojęcie programu komputerowego jako obejmującego programy zintegrowane ze sprzętem komputerowym<sup>7</sup> i wynika z niej jasno, że tylko „forma wyrażenia programu komputerowego” objęta jest ochroną, a nie koncepcje i zasady, na których opierają się wszystkie elementy programu<sup>8</sup>. W preambule wskazano, że „niedozwolone powielanie, tłumaczenie, adaptacja lub przekształcanie formy kodu, w której kopia programu komputerowego została udostępniona” stanowi naruszenie wyłącznych praw autora; jednakże potwierdza ona, iż mogą mieć miejsce sytuacje, w których takie powielanie kodu i tłumaczenie jego formy jest niezbędne na przykład do osiągnięcia interoperacyjności z innymi programami albo w celu umożliwienia połączenia wszystkich części składowych systemu komputerowego, włącznie z pochodzącymi od różnych producentów, w taki sposób, aby mogły wspólnie funkcjonować. W tym ograniczonym zakresie od „osoby uprawnionej do używania kopii programu” nie można żądać uzyskania zgody uprawnionego<sup>9</sup>. Ochrona programów komputerowych w ramach praw autorskich powinna pozostawać bez uszczerbku dla zastosowania, we właściwych przypadkach, innych form ochrony. Jednakże jakiegokolwiek przepisy umowne niezgodne z przepisami dyrektywy ustanowionymi między innymi odnośnie do dekompilacji są nieważne<sup>10</sup>.

7 — Zobacz motyw 7. Definiowanie pojęcia w preambule jest nietypowym zabiegiem techniki legislacyjnej. Wytyczna 14 Wspólnego przewodnika praktycznego Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji dotyczącego redagowania aktów prawa wspólnotowego stanowi, że w przypadku gdy pojęcia używane w akcie nie są jednoznaczne, „powinny one zostać zdefiniowane wspólnie w jednym artykule na początku aktu”. Zobacz również wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-136/04 Deutsches Milch-Kontor, Zb.Orz. s. I-10095, pkt 32, oraz ostatnio, opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera z dnia 14 maja 2009 r. w sprawie C-192/08 TeliaSonera Finland, Zb.Orz. s. I-10717, w szczególności pkt 89.

8 — Zobacz motyw 11.

9 — Zobacz motyw 15.

10 — Zobacz motyw 16.

14. W konsekwencji art. 1 ust. 1 i 2 nakłada na państwa członkowskie wymóg objęcia ochroną prawa autorskiego programów komputerowych (włącznie z każdą formą wyrażenia programów komputerowych, lecz nie koncepcji ani zasad, na których opierają się wszystkie elementy programu komputerowego) w taki sposób jak dzieł literackich w rozumieniu konwencji berneńskiej<sup>11</sup>.

15. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a) i c), prawa wyłączne uprawnionego, obejmują między innymi „prawo do wykonywania lub zezwalania na” a) „trwałe lub czasowe powielanie programu komputerowego jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, częściowo lub w całości” oraz c) „jakąkolwiek formę publicznej dystrybucji, włącznie z wypożyczeniem oryginalnego programu komputerowego lub jego kopii”.

16. Jednakże art. 5 przewiduje szereg wyjątków od tych praw wyłącznych. W szczególności jeżeli dana osoba jest w sposób uprawniony w posiadaniu programu komputerowego oraz jest uprawniona do korzystania z niego, powielanie przez nią tego programu nie wymaga zezwolenia, jeśli jest to konieczne do użycia programu zgodnie z zamierzonym celem, włącznie z poprawianiem błędów; sporządzaniem kopii zapasowej, w zakresie w jakim jest to konieczne do używania programu; do obserwowania, badania lub testowania funkcjonowania programu w celu ustalenia koncepcji i zasad, na których opiera się każdy z elementów programu, jeżeli jest to robione podczas wykonywania czynności, do których dana osoba jest uprawniona.

17. Artykuł 6 dyrektywy 2009/24 został zatytułowany „Dekompilacja”. Jest to pojęcie, które nie zostało szczegółowo zdefiniowane. Zgodnie z art. 6 ust. 1, zezwolenie uprawnionego nie jest wymagane, jeśli powielanie kodu lub translacja jego form jest niezbędne do osiągnięcia interoperacyjności między programami komputerowymi, z zastrzeżeniem, że a) czynności te są wykonywane przez osobę mającą prawo do używania programu lub upoważnioną osobę działającą w jej imieniu, b) która wcześniej nie posiadała informacji koniecznych do osiągnięcia interoperacyjności, oraz c) czynności te są ograniczone do tych części oryginalnego programu, które są niezbędne dla osiągnięcia tego celu. Artykuł 6 ust. 2 dodatkowo stanowi, że informacje uzyskane na podstawie przepisów ust. 1 winny być wykorzystywane wyłącznie dla takich celów, zaś art. 6 ust. 3 stanowi, że słuszne interesy uprawnionego nie powinny być naruszane bez uzasadnienia.

18. Przedmiotem art. 7 dyrektywy 2009/24 są specjalne środki ochrony. Nakłada on na państwa członkowskie wymóg zapewnienia właściwych środków wobec zasadniczo osób, które świadomie wprowadzają do obrotu lub posiadają do celów komercyjnych nielegalne kopie programu komputerowego lub też wprowadzają tak do obrotu lub posiadają do celów komercyjnych środki, których jedynym przeznaczeniem jest ułatwienie niedozwolonego usuwania lub obchodzenia jakichkolwiek urządzeń technicznych stosowanych do ochrony programu komputerowego.

### **Stan faktyczny, postępowanie oraz pytania prejudycjalne**

19. Postępowanie przed sądem krajowym zostało wszczęte z powództwa trzech spółek należących do grupy kapitałowej Nintendo (zwanej dalej „Nintendo”), będących producentami gier wideo i konsoli, przeciwko spółce PC Box Srl (zwanej dalej „PC Box”), która prowadzi na swojej stronie internetowej sprzedaż „mod chips” i „game copiers” (zwanymi dalej „urządzeniami PC Box”). Obie kategorie urządzeń umożliwiają korzystanie na konsolach Nintendo z gier innych niż wytwarzanych przez Nintendo bądź niezależnych producentów na podstawie licencji udzielonej przez Nintendo (zwanymi dalej „grami Nintendo i licencjonowanymi przez Nintendo”). Dostawca usług internetowych pełniący rolę gospodarza strony internetowej PC Box jest również stroną pozwaną<sup>12</sup>. Nintendo żąda wydania nakazu powstrzymującego wprowadzanie do obrotu urządzeń PC Box.

11 — Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych, zawarta dnia 9 września 1886 r., ostatnio zmieniona w 1979 r. Wszystkie państwa członkowskie są stronami konwencji berneńskiej.

12 — Niniejszy wniosek nie dotyczy roli dostawcy usług internetowych (9Net Srl).

20. Sąd odsyłający przekazał pewną dozę szczegółowych informacji technicznych (a spółka Nintendo jeszcze więcej) na temat sposobu, w jaki urządzenia PC Box umożliwiają korzystanie na konsolach Nintendo z gier innych niż gry Nintendo i licencjonowane przez Nintendo. Gros tych szczegółowych informacji nie wydaje się mieć znaczenia dla wyłaniających się zagadnień prawnych. Wystarczy zatem zwrócić uwagę na poniższe informacje.

21. Przedmiotem postępowania głównego są dwie kategorie konsoli produkowanych przez Nintendo (konsole „DS” i konsole „Wii”) oraz gry Nintendo i licencjonowane przez Nintendo, które zostały dla nich zaprojektowane. Nintendo twierdzi, że udziela nieodpłatnie wsparcia producentom licencjonowanych przez siebie gier, a także że prowadzi sprzedaż swoich gier w konkurencji z grami licencjonowanymi, nie żądając z tego tytułu opłat licencyjnych, natomiast odpłatnie dostarcza karty bądź dyski DVD (które już wcześniej zawierają właściwe zaszyfrowane informacje), na których następnie zapisywane są gry. Gry przeznaczone dla konsoli typu DS są zapisywane na kartach, które są umieszczane w gnieździe w konsoli; gry przeznaczone na konsole typu Wii zapisywane są na dyskach DVD, umieszczanych w konsoli. Karty i dyski DVD zawierają zaszyfrowane informacje, które muszą zostać wymienione z innymi zaszyfrowanymi informacjami umieszczonymi w konsolach, co umożliwia korzystanie z gier na tych konsolach.

22. Bezsorna jest okoliczność, że urządzenia PC Box mogą zostać wykorzystane do obchodzenia blokady związanej z wymaganą wymianą zaszyfrowanych informacji pomiędzy z jednej strony grami Nintendo i licencjonowanymi przez Nintendo a z drugiej strony konsolami Nintendo. Pozostaje również bezsporne, że blokada powstała wskutek zastosowania środków Nintendo uniemożliwia korzystanie na konsolach Nintendo z gier innych niż gry Nintendo i licencjonowane przez Nintendo, jak również że urządzenia PC Box umożliwiają obchodzenie przedmiotowej blokady.

23. Według sądu odsyłającego Nintendo twierdzi, że w swoich konsolach i grach umieszcza zgodnie z prawem środki technologiczne w celu zapewnienia, by na konsolach nie były wykorzystywane nieuprawnione kopie gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo. Podnosi ono również, iż podstawowym celem bądź przeznaczeniem urządzeń PC Box jest obchodzenie wskazanych środków.

24. PC Box zastanawia się, czy gry wideo powinny być uznane za program komputerowy, czy utwór intelektualny. W każdym wypadku PC Box twierdzi, iż sprzedaje oryginalne konsole Nintendo wraz z pakietem oprogramowania, na który składają się aplikacje niezależnych producentów stworzone specjalnie w celu wykorzystania na tych konsolach<sup>13</sup> we współdziałaniu z „mod chips” bądź „game copiers” mającymi eliminować blokadę wbudowaną w konsolę. Zdaniem PC Box rzeczywistym celem Nintendo jest (i) powstrzymanie korzystania z niezależnego oprogramowania niepowiązanego z sektorem nielegalnych kopii gier wideo oraz (ii) rozdrobnienie rynków poprzez uczynienie gier zakupionych w danej strefie geograficznej niekompatybilnymi z konsolami zakupionymi w innej strefie. Kwestionuje ono zatem zastosowanie środków technologicznych przez Nintendo nie tylko w odniesieniu do gier wideo, lecz również do sprzętu, wbrew temu co przewiduje art. 6 ust. 3 dyrektywy 2001/29/WE.

25. Sąd odsyłający stwierdza, zgodnie z linią orzecznictwa sądów włoskich, iż gry wideo takie jak będące przedmiotem sporu nie mogą być po prostu uważane za programy komputerowe, lecz stanowią one złożone multimedialne utwory, wyrażające koncepcyjnie autonomiczne dzieła narracyjne i graficzne. Takie gry należy zatem uznać za intelektualne utwory objęte ochroną prawa autorskiego. Sąd krajowy zauważa również, że umieszczone w konsolach przez Nintendo środki technologiczne tylko pośrednio przyczyniają się do powstrzymania kopiowania gier bez zezwolenia, natomiast

13 — Niezależnie produkowane gry wideo przeznaczone do wykorzystania za pomocą zastrzeżonego sprzętu (hardware), takiego jak konsole Nintendo, zwane są często „homebrew”.

konieczność wymiany informacji pomiędzy konsolą a grą prowadzi do takiego skutku, że nie tylko umożliwia korzystanie za pomocą konsoli Nintendo wyłącznie z gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo, lecz jednocześnie powstrzymuje korzystanie z takich gier na dowolnej innej konsoli, tym samym ograniczając interoperacyjność i możliwości dokonywania wyboru przez konsumenta.

26. Trybunałe di Milano zwraca się zatem do Trybunału o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy wykładni art. 6 dyrektywy 2001/29/WE w związku z motywem 48 tej dyrektywy należy dokonywać w ten sposób, że ochrona technologicznych środków zabezpieczających związanych z utworami lub przedmiotami objętymi ochroną prawa autorskiego może rozciągać się również na system produkowany i sprzedawany przez to samo przedsiębiorstwo, w ramach którego na sprzęcie (hardware) zostało zainstalowane urządzenie mające rozpoznawać na odrębnym nośniku zawierającym podlegający ochronie utwór (grę wideo produkowaną przez to samo przedsiębiorstwo, jak też przez podmioty trzecie, będące właścicielami podlegających ochronie utworów) kod dostępu, w braku którego rzeczony utwór nie może być odtwarzany i używany w ramach tego systemu, co oznacza, że wskazane urządzenie stanowi część systemu, który nie zapewnia interoperacyjności z komplementarnymi urządzeniami i produktami, które nie pochodzą od przedsiębiorstwa produkującego sam system?
- 2) Czy wykładni art. 6 dyrektywy 2001/29/WE w związku z motywem 48 tej dyrektywy – w razie konieczności dokonania oceny, czy wykorzystanie produktu lub części, których celem jest obejście technologicznego środka zabezpieczającego, przeważa bądź nie względem innych celów i wykorzystania, które są istotne z handlowego punktu widzenia – można dokonywać w ten sposób, że sąd krajowy powinien odwołać się do kryteriów oceny obejmujących przede wszystkim szczególnie przeznaczenie przypisane przez właściciela praw do produktu, w którym została umieszczona treść objęta ochroną, czy też raczej lub w ramach uzupełnienia sąd ten powinien odwołać się do kryteriów ilościowych związanych z zakresem porównywanego wykorzystania lub kryteriów jakościowych, to jest odnoszących się do charakteru i znaczenia takiego wykorzystania”<sup>14</sup>.

27. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Nintendo, PC Box, rząd polski oraz Komisję Europejską. Na rozprawie, która miała miejsce w dniu 30 maja 2013 r., Nintendo, PC Box i Komisja przedstawiły uwagi ustne.

## Ocena

### *Uwagi wstępne*

28. Po pierwsze, pozostaje oczywiste, że leżący u podstaw pytań spór pomiędzy stronami postępowania głównego dotyczy nie tylko prawa autorskiego, lecz również zagadnienia, czy środki umieszczone przez Nintendo są legalne w kontekście przepisów prawa konkurencji. Zważywszy, iż pytania sądu krajowego ograniczają się do zagadnień prawa autorskiego, nie uważam za stosowne przedstawiania zapatrywań na temat tego drugiego aspektu w kontekście niniejszego odesłania prejudycjalnego.

<sup>14</sup> — Pomimo iż samo brzmienie pytania drugiego może budzić wątpliwości, to jednak z rozumowania przedstawionego w postanowieniu odsyłającym jasno wynika, że „wykorzystanie”, o którym mowa w kontekście kryteriów ilościowych i jakościowych odnosi się do „produktu lub części” które mają zostać poddane ocenie (to znaczy „mod chip” lub „game copier”), a nie do „produktu, w którym została umieszczona treść objęta ochroną” (to znaczy konsoli).

29. Po drugie, wszystko wskazuje na to, że środki technologiczne umieszczone przez Nintendo mają na celu powstrzymanie bądź ograniczenie czynności, na które nie wydano zezwolenia nie tylko w odniesieniu do własnego materiału Nintendo objętego ochroną prawa autorskiego (jej własnych gier), lecz również objętych ochroną prawa autorskiego materiałów należących do niezależnych licencjonowanych producentów<sup>15</sup>. Sąd odsyłający czyni aluzję do zagadnienia, czy warunkiem objęcia ochroną na podstawie art. 6 dyrektywy 2001/29 jest okoliczność, że środki technologiczne muszą zostać umieszczone przez samego uprawnionego, jednakże nie wspomina o tym w przedstawionym przez siebie rozumowaniu ani nie odniósł się do tego aspektu w argumentacji przedstawionej Trybunałowi. Ja również nie będę odnosiła się do tej kwestii.

30. Po trzecie, rozstrzygnięcie postępowania głównego uzależnione jest od ustalenia stanu faktycznego, do czego umocowany jest wyłącznie sąd krajowy (w tym miejscu podzielam stanowisko Komisji, że przedmiotowych ustaleń należy dokonać odrębnie dla każdego urządzenia PC Box oraz dla każdej kategorii konsoli Nintendo). Sam Trybunał nie może na przykład wyciągać wniosków ani wyrażać zapatrywań w przedmiocie względnych zakresów, w jakich celem lub intencją Nintendo jest faktycznie powstrzymanie kopiowania jego gier bez zezwolenia lub uzyskania korzyści handlowych poprzez wykluczenie interoperacyjności z innymi produktami. Trybunał nie jest również władny rozstrzygnąć, czy urządzenia PC Box faktycznie spełniają jedno lub więcej kryteriów określonych w art. 6 ust. 2 dyrektywy 2001/29. Może on jedynie udzielić wskazówek co do kategorii okoliczności faktycznych, które mogą mieć znaczenie przy stosowaniu przepisów krajowych transponujących ten artykuł.

#### *Znaczenie dyrektywy 2009/24*

31. Z postanowienia odsyłającego jasno wynika, że sąd krajowy dokonał określonych ustaleń faktycznych w przedmiocie charakteru gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo, a następnie doszedł do wniosku, iż wbrew argumentacji podnoszonej przez PC Box przedmiotowych gier nie można uznać za programy komputerowe w rozumieniu dyrektywy 2009/24, lecz za złożone utwory multimedialne wchodzące w zakres stosowania dyrektywy 2001/29.

32. W swoich uwagach na piśmie rząd polski wskazywał, że ustalenia te mogą być kwestionowane, choć jego własna nie w pełni rozstrzygająca analiza wydaje się zmierzać w tym samym kierunku. Trybunał zatem zwrócił się z prośbą do uczestników obecnych na rozprawie (Nintendo, PC Box oraz Komisji) o odniesienie się do zagadnienia zastosowania dyrektywy 2001/29 w takich okolicznościach jak te, które występują w postępowaniu głównym. Nintendo i Komisja podzielają podejście przyjęte przez sąd krajowy. Z drugiej strony PC Box podnosi, że w przedmiotowych okolicznościach zastosowanie ma dyrektywa 2009/24, a nie dyrektywa 2001/29; twierdzi ono, że dekompilacja dokonana przez PC Box ograniczała się do tych części programu, które są niezbędne dla zapewnienia interoperacyjności pomiędzy konsolami Nintendo a grami „homebrew”, które nie naruszają żadnego prawa autorskiego bądź pokrewnego.

33. Uważam, że Trybunał nie ma powodu ani nie jest właściwy do dokonywania ponownej oceny stanu faktycznego ustalonego przez sąd odsyłający, natomiast trudno kwestionować na płaszczyźnie zagadnienia prawa Unii Europejskiej wnioski, do których sąd krajowy doszedł na podstawie swoich ustaleń w tym względzie.

34. Dyrektywa 2009/24 dotyczy wyłącznie programów komputerowych, natomiast dyrektywa 2001/29 dotyczy praw autorskich i pokrewnych do utworów intelektualnych w ogólności. Dyrektywa 2001/29 pozostawia niezmiennione przepisy prawa Unii dotyczące między innymi ochrony prawnej programów komputerowych – i pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na te przepisy. Tak więc Trybunał stwierdził, że przepisy dyrektywy 2009/24 stanowią *lex specialis* w stosunku do dyrektywy 2001/29<sup>16</sup>.

15 — Zobacz pkt 21 powyżej.

16 — Wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie C-128/11 UsedSoft, pkt 51.

Moim zdaniem stwierdzenie to należy rozumieć w ten sposób, że przepisy dyrektywy 2009/24 mają pierwszeństwo przed przepisami dyrektywy 2001/29, jednakże tylko wówczas, gdy objęty ochroną materiał w całości wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2009/24. Jeżeli gry Nintendo i licencjonowane przez Nintendo byłyby niczym więcej niż programami komputerowymi, to wówczas zamiast dyrektywy 2001/29 miałyby zastosowanie dyrektywa 2009/24. W rzeczy samej jeżeli Nintendo stosowało odrębne środki technologiczne w celu ochrony programów komputerowych oraz innego materiału, to wówczas dyrektywa 2009/24 mogłaby mieć zastosowanie względem programów komputerowych, natomiast dyrektywa 2001/29 względem tegoż innego materiału.

35. Jednakże sąd krajowy stwierdził, że gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo nie można sprowadzać wyłącznie do statusu programów komputerowych. Zawierają one również utwory intelektualne w postaci narracyjnej i graficznej, których nie można oddzielić od samych programów. Środki stosowane przez Nintendo oddziałują na dostęp do gier i na korzystanie z nich jako całości, a nie tylko na ich część składową będącą programem komputerowym. Ochrona przyznana przez dyrektywę 2009/24 przed czynnościami podejmowanymi wobec programów komputerowych, na które nie udzielono zezwolenia, jest nieco słabsza (z uwagi na wyjątki przewidziane w art. 5 i art. 6<sup>17</sup>) niż ochrona przyznana przez dyrektywę 2001/29 przed obchodzeniem środków technologicznych mających na celu powstrzymanie lub ograniczenie czynności, na które nie udzielono zezwolenia, podejmowanych wobec utworów intelektualnych w ogólności. W sytuacji gdy mamy do czynienia ze złożonymi utworami intelektualnymi składającymi się z programów komputerowych i innych materiałów – oraz gdy nie można ich rozdzielić – uważam, że wówczas należy przyznać silniejszą, a nie słabszą ochronę. W odmiennym wypadku właściciele praw nie uzyskaliby w odniesieniu do tegoż innego materiału ochrony w stopniu, który im przysługuje na podstawie dyrektywy 2001/29.

36. W każdym wypadku wydaje się, iż czynności, których dokonania umożliwiają urządzenia PC Box, a których dotyczy postępowanie główne, nie wchodzi w zakres jakichkolwiek wyjątków określonych w art. 5 i art. 6 dyrektywy 2009/24, choć ponownie należy zaznaczyć, że jest to zagadnienie związane z oceną stanu faktycznego dokonaną przez sąd krajowy.

37. Posiadam wreszcie wiedzę, że niemiecki Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) przesłał szczegółowe pytanie Trybunałowi w przedmiocie stosowania dyrektywy 2009/24 wobec takich gier wideo jak te będące przedmiotem sporu<sup>18</sup>. Uważam za bardziej trafne, by Trybunał rozpatrzył takie pytanie w kontekście pełniejszej argumentacji, która zostanie przedstawiona w tej sprawie, i w konsekwencji ograniczył swoją ocenę w niniejszej sprawie do konkretnych związanych z wykładnią zagadnień wskazanych przez sąd krajowy.

38. Wobec powyższego odniosę się do postawionych pytań wyłącznie w drodze odniesienia do przepisów dyrektywy 2001/29.

#### *Pytania prejudycjalne*

39. Tribunale di Milano przedłożył dwa pytania, być może nie w tak jasny sposób, jak byłoby to pożądane<sup>19</sup>.

17 — Zobacz pkt 16 i 17 powyżej.

18 — Sprawa C-458/13 Grund i in.

19 — Nintendo cytowało uczonego komentatora, który miał stwierdzić, iż „[t]rudno rozszyfrować znaczenie tych skomplikowanych pytań. (Być może Trybunał zostanie zmuszony do odesłania tych pytań w celu uzyskania wstępnych wyjaśnień od mediolańskiego sądu lub komisji językoznawców)”. Wydaje się to być przesadą, niemniej jednak nie są one sformułowane w prosty sposób.



40. Jak rozumiem, pytanie pierwsze składa się z dwóch części. Po pierwsze, czy „środki technologiczne” w rozumieniu art. 6 dyrektywy 2001/29 obejmują nie tylko środki fizycznie powiązane z samym materiałem będącym przedmiotem prawa autorskiego (to znaczy poprzez zintegrowanie w kartach lub dyskach DVD, na których gry zostały zapisane), lecz również środki fizycznie powiązane z urządzeniami niezbędnymi do korzystania z tegoż materiału (to znaczy poprzez zintegrowanie w konsolach, na których gry są odtwarzane)? Po drugie, czy przedmiotowe środki spełniają warunki przyznania ochrony na podstawie tego przepisu, wówczas gdy (bądź nawet jeżeli) ich skutek nie tylko polega na ograniczeniu zwielokrotniania bez zezwolenia materiału będącego przedmiotem prawa autorskiego, lecz również na wykluczeniu korzystania z tego materiału za pomocą innych urządzeń albo z innego materiału za pomocą tychże urządzeń?

41. Drugie pytanie zdaje się zasadniczo dotyczyć kryteriów, które należy stosować przy dokonywaniu oceny w kontekście art. 6 ust. 2 dyrektywy 2001/29 celu lub przeznaczenia takich urządzeń jak urządzeń PC Box, które faktycznie dokonują obejścia środków technologicznych objętych ochroną względnie umożliwiają obejście tych środków. W tym względzie sąd krajowy z jednej strony odwołuje się do „szczególnego przeznaczenia przypisanego przez właściciela praw do produktu, w którym została umieszczona treść objęta ochroną” (to znaczy konsoli Nintendo), a z drugiej strony do zakresu, charakteru i znaczenia wykorzystania urządzenia, produktu lub samej części (to znaczy urządzeń PC Box).

42. Wynoszę z tego, iż sąd krajowy, po pierwsze, dąży do ustalenia, czy środki technologiczne Nintendo spełniają warunki uzyskania ochrony, bowiem są one przeznaczone do powstrzymania lub ograniczenia czynności, które nie otrzymały zezwolenia od właściciela praw, nawet jeżeli ograniczają one również interoperacyjność; w wypadku odpowiedzi twierdzącej – po drugie i odrębnie – czy ochrona ta musi zostać zapewniona przed dostawami urządzeń PC Box, gdyż umożliwiają bądź ułatwiają one dokonywanie takich czynności, które nie otrzymały zezwolenia od właściciela praw. Uważam jednak, że tych zagadnień nie można zupełnie od siebie oddzielić, przy czym czynniki, o których mowa w odniesieniu do jednego zagadnienia, mogą mieć znaczenie dla znalezienia rozwiązania dla drugiego zagadnienia.

#### Pytanie pierwsze

43. Pierwszą część pytania można poddać odrębnej analizie, co nie przedstawia trudności. Żaden przepis art. 6 dyrektywy 2001/29 nie wyklucza takich środków, jak te będące przedmiotem sporu, które to środki zostały zintegrowane częściowo z nośnikiem gier, a częściowo z konsolami, a następnie wiążą się ze współdziałaniem nośnika z konsolą. Definicja zawarta w art. 6 ust. 3 – „wszystkie technologie, urządzenia lub części składowe, które przy normalnym funkcjonowaniu są przeznaczone do powstrzymania lub ograniczenia czynności w odniesieniu do utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, które nie otrzymały zezwolenia od podmiotu prawa” – jest szeroka, przy czym obejmuje ona „zastosowanie kodu dostępu lub mechanizmu zabezpieczenia, takiego jak szyfrowanie, zakłócanie lub każd[a] inn[a] transformacj[a] utworu lub przedmiotu objętego ochroną, lub mechanizmu kontroli kopiowania”. Wykluczenie środków częściowo zintegrowanych z urządzeniami innymi niż te, w których umieszczony jest sam materiał będący przedmiotem prawa autorskiego, oznaczałoby prawdopodobnie odmowę przyznania ochrony szerokiej gamie środków technologicznych, którym dyrektywa ma właśnie ją zapewnić.

44. Druga część pytania jest mniej jasna.

45. Zarówno Nintendo, jaki i Komisja słusznie zwracają uwagę, iż środek technologiczny musi być skuteczny, aby mógł korzystać z ochrony prawnej przewidzianej w art. 6 dyrektywy 2001/29. Tak więc zgodnie z art. 6 ust. 3 nie tylko musi on być przy normalnym funkcjonowaniu przeznaczony do powstrzymania lub ograniczenia czynności, które nie otrzymały zezwolenia, lecz musi również pozwalać, aby korzystanie z utworu było kontrolowane przez właściciela praw. Ponadto Komisja

słusznie podnosi, że czynności, do powstrzymania lub ograniczenia których środek ten jest przeznaczony, muszą być czynnościami, odnośnie do których wymagane jest na podstawie przepisów dyrektywy zezwolenie właściciela praw, to znaczy czynnościami zwielokrotniania (art. 2), publicznego udostępniania lub podawania do publicznej wiadomości (art. 3) lub rozpowszechniania (art. 4) utworu właściciela prawa.

46. Komisja uważa, że czynności, które są konkretnie przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, polegają głównie na zwielokrotnianiu oraz (z uwagi na okoliczność, że kopie mogą być następnie rozpowszechniane) rozpowszechnianiu gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo. Nie widzę powodu, by nie zgodzić się z tym poglądem.

47. Jak już zdążyłam podkreślić, ustalenia faktyczne należą do sądu krajowego, jednakże wydaje mi się, że środki technologiczne Nintendo są skuteczne jeśli nie w zakresie powstrzymania zwielokrotniania bez zezwolenia gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo, to przynajmniej w zakresie ograniczania tej czynności. Pozostaje prawdą, że sąd krajowy uznał, iż ich skuteczność jest w tym względzie w dużym stopniu pośrednia (bezpośredni skutek polega na powstrzymaniu korzystania za pomocą konsoli Nintendo z kopii, na które nie wydano zezwolenia), nie mogę jednak stwierdzić, iż art. 6 dyrektywy 2001/21 zawiera warunki bądź czyni rozróżnienie w zakresie bezpośredniości skutku. Jeżeli kopie, na które nie wydano zezwolenia, są bezużyteczne (przynajmniej na konsolach Nintendo), to mamy do czynienia ze znaczącym skutkiem ograniczającym ich produkcję, a w konsekwencji ich późniejsze rozpowszechnianie. Wydaje się również prawdopodobne, że środki te odniosą taki skutek „przy normalnym funkcjonowaniu”. Zakładam, iż dla potrzeb dalszego toku analizy, powyższe jest prawdą.

48. Jeżeli byłyby to jedyne ich skutki, to przedmiotowe środki technologiczne w oczywisty sposób wchodziłyby w zakres stosowania art. 6 dyrektywy 2001/29, a w konsekwencji korzystały z ochrony prawnej.

49. Jednakże pytanie sądu krajowego zawiera w sobie założenie, iż środki te powstrzymują lub ograniczają również czynności, które nie wymagają zezwolenia ze strony właściciela praw na podstawie dyrektywy 2001/29 – takie jak zastosowanie konsoli Nintendo do korzystania z gier innych niż gry Nintendo lub licencjonowane przez Nintendo bądź ich kopii albo korzystanie z gier Nintendo lub licencjonowanych przez Nintendo za pomocą innych konsoli niż produkowane przez Nintendo.

50. W zakresie w jakim powstają takie inne skutki, dyrektywa 2001/29 nie nakłada wymogu objęcia ochroną prawną przedmiotowych środków technologicznych. W rzeczy samej nie wydaje się, by przyznanie takiej ochrony było zasadne.

51. Trudność polega na tym, że te same środki powstrzymują bądź ograniczają zarówno czynności, które wymagają zezwolenia, jak i te, które zezwolenia nie wymagają.

52. Nintendo podnosi, iż okoliczność, że środek technologiczny powstrzymuje bądź ogranicza czynności niewymagające zezwolenia, pozostaje bez znaczenia, pod warunkiem że skutek taki ma charakter sporadyczny lub incydentalny względem głównego celu i skutku polegającego na powstrzymaniu lub ograniczeniu czynności wymagających zezwolenia. W przeciwieństwie do tego PC Box kładzie nacisk na zasadę proporcjonalności i zasadę interoperacyjności wyrażoną odpowiednio w motywach 48 i 54 dyrektywy 2001/29: środki technologiczne wykraczające poza to, co jest konieczne dla ochrony samego materiału będącego przedmiotem prawa autorskiego albo które wykluczają interoperacyjność, nie powinny zatem korzystać z ochrony. Komisja uważa, iż jeżeli przedmiotowe środki powstrzymują również czynności, które nie wymagają zezwolenia, to jeżeli mogłyby one zostać zaprojektowane w taki sposób, by powstrzymywać wyłącznie czynności wymagające zezwolenia, to są one są nieproporcjonalne i w konsekwencji nie podlegają ochronie; jednakże jeżeli okoliczność, że powstrzymują one również czynności nie wymagające zezwolenia jest nieunikniona, to niekoniecznie są one nieproporcjonalne, a więc mogą podlegać ochronie; ocena ta

wymaga uwzględnienia obecnego stopnia rozwoju technologicznego. Nintendo i rząd polski podnoszą, że konsole Nintendo nie są urządzeniami komputerowymi ogólnego przeznaczenia; zostały one zaprojektowane i są sprzedawane w wyłącznym i wyraźnym celu umożliwienia korzystania za ich pomocą z gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo.

53. Tak więc istnieje szeroki konsensus między uczestnikami postępowania, którzy złożyli uwagi (ja również podzielałam ten pogląd), że należy zastosować kryterium proporcjonalności, czyli zasadę, o której mowa w motywie 48 dyrektywy 2001/29. Jednakże Nintendo i PC Box podchodzą do tego kryterium z zupełnie odmiennych punktów wyjścia, w związku z czym podnoszą argumentację przemawiającą za przeciwnymi rozstrzygnięciami.

54. Podzielałam pogląd Komisji, iż zachodzi konieczność przeprowadzenia przez sąd krajowy analizy, czy w obecnym stanie rozwoju technologicznego można uzyskać pożądany skutek w postaci powstrzymania lub ograniczenia czynności wymagających zezwolenia właściciela praw bez jednoczesnego powstrzymywania lub ograniczania czynności niewymagających takiego zezwolenia. Innymi słowy – czy Nintendo mogło chronić swoje własne gry lub gry licencjonowane jednocześnie nie powstrzymując bądź nie ograniczając możliwości korzystania z gier typu „homebrew” za pomocą swoich konsoli?

55. Podzielałam również ostrożny i zniuansowany sposób, w jaki Komisja wyraża swój pogląd. Kryterium proporcjonalności nie można sprowadzać do prostego twierdzenia, że zakłócanie uprawnionej działalności pozostaje bez znaczenia, pod warunkiem że ma ono jedynie incydentalny charakter (Nintendo), albo że wszelkie ograniczenia interoperacyjności są konieczne nieproporcjonalne. (PC Box).

56. W swojej klasycznej postaci stosowanej przez Trybunał kryterium to wiąże się z ustaleniem, czy dany środek służy realizacji zgodnego z przepisami celu, czy jest on odpowiedni dla realizacji tegoż celu oraz czy nie wykracza on poza to, co jest konieczne do realizacji tegoż celu.

57. Co się tyczy pierwszego elementu przedmiotowego kryterium, cel powstrzymania bądź ograniczenia czynności, na które nie udzielił zezwolenia właściciel praw, jest nieodłączny dla każdego systemu prawa autorskiego, do czego wręcz zachęca ochrona prawna wymagana na podstawie art. 6 dyrektywy 2001/29.

58. W zakresie w jakim środki technologiczne Nintendo realizują wyłącznie tenże zgodny z przepisami cel, zagadnienie ich odpowiedniości dla jego realizacji jest ściśle związane z ich skutecznością, do czego odniosłam się w pkt 45–47 powyżej. Sąd krajowy powinien orzec na podstawie przedstawionych mu dowodów, które środki technologiczne spośród obecnie dostępnych mogą skutecznie chronić przed zwielokrotnianiem bez zezwolenia gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo. Być może nie istnieją środki, które są w stanie zupełnie zapewnić powstrzymanie tego rodzaju czynności. Poszczególne środki mogą natomiast prowadzić do ograniczeń w odmiennych stopniach. Sąd krajowy zobowiązany jest do ustalenia, czy stopień ograniczenia uzyskany przez sporny środek technologiczny zapewnia skuteczną ochronę przed czynnościami, na które nie udzielono zezwolenia.

59. Jeżeli natomiast sąd krajowy miałby orzec, że Nintendo ponadto realizowało inny, nieuzasadniony w kontekście tejże dyrektywy cel, to wówczas przy dokonywaniu analizy czy przedmiotowe środki były odpowiednie do realizacji zgodnego z przepisami celu powstrzymania lub ograniczenia czynności, na które nie udzielono zezwolenia należy uwzględnić zakres, w jakim charakter środków technologicznych został określony przez ten drugi cel.

60. Pozostaje jeszcze zagadnienie, czy środki nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla realizacji celu powstrzymania lub ograniczenia zwielokrotniania gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo, na które nie udzielono zezwolenia.

61. W tym względzie sąd krajowy powinien dokonać analizy, w jakim stopniu zostały ograniczone czynności, które nie wymagają zezwolenia ze strony właściciela praw. Jakie kategorie czynności zostają faktycznie powstrzymane lub ograniczone, wówczas gdy stosowane są sporne środki technologiczne, które nie są obchodzone? Jaką wagę ma okoliczność, iż takie czynności nie powinny być powstrzymywane ani ograniczane?

62. Bez względu na ocenę stopnia ingerencji spowodowanego przez sporne środki technologiczne zajdzie konieczność rozstrzygnięcia, czy inne środki mogły spowodować mniejszą ingerencję, a jednocześnie zapewniałyby porównywalną ochronę praw przysługujących właścicielom tychże praw. W tym względzie może mieć znaczenie uwzględnienie względnych kosztów poszczególnych kategorii środków technologicznych, wespół z innymi czynnikami mogącymi oddziaływać lub określać dokonanie wyboru pomiędzy przedmiotowymi środkami.

63. Na podstawie takich właśnie przedstawionych powyżej w zarysie względów (przy czym nie twierdząc, że są one wyczerpujące), sąd krajowy powinien rozstrzygnąć, czy środki technologiczne będące przedmiotem postępowania głównego są proporcjonalne do realizacji celu, jakim jest ochrona przed czynnościami, na które nie udzielono zezwolenia, w sposób przewidziany w art. 6 dyrektywy 2001/29, a tym samym czy przysługuje im ochrona prawna wymagana na podstawie tego przepisu, czy też środki te wykraczają poza to, co jest konieczne dla realizacji tego celu, a tym samym nie przysługuje im przedmiotowa ochrona.

64. Analiza ta nie będzie jednakże pełna bez zbadania tej ochrony również w kontekście urządzeń, produktów, części składowych bądź usług, przed którymi żąda się ochrony, a czego dotyczy pytanie drugie.

#### Pytanie drugie

65. Sąd krajowy zwrócił się o wskazówki w przedmiocie znaczenia „szczególnego przeznaczenia przypisanego przez właściciela praw do produktu, w którym została umieszczona treść objęta ochroną” (konsoli Nintendo) oraz zakresu, charakteru i znaczenia wykorzystania urządzeń, przed użyciem których żąda się ochrony (sprzedawanych przez PC Box „mod chips” i „game copiers”).

66. Co się tyczy pierwszego aspektu, sąd krajowy odwołuje się do orzecznictwa włoskich sądów karnych, zgodnie z którym najwyraźniej sposób udostępnienia publiczności konsoli oraz fakt, że została przeznaczona do korzystania z gier wideo, może prowadzić do wniosku, że korzystanie z „mod chips” ma głównie na celu obchodzenie zainstalowanych środków technologicznych. Sąd odsyłający zastanawia się jednak, czy rozumowanie to jest właściwe, w szczególności w takim jak toczące się przed nim postępowaniu. W swoich uwagach zarówno Nintendo, jak i Komisja uznają, że zamiar producenta w kwestii wykorzystania konsoli nie stanowi istotnego kryterium przy dokonywaniu oceny przeznaczenia „mod chips” bądź „game copiers”. W drodze domniemania wydaje się, że PC Box zajęło identyczne stanowisko w swoich bardzo zwięzłych uwagach w tym przedmiocie, natomiast rząd polski uważa, iż przeznaczenie jest czynnikiem, który może być brany pod uwagę, jednakże nie ma rozstrzygającego znaczenia.

67. Ja również uważam, iż szczególne przeznaczenie przypisane przez Nintendo jej konsolom pozostaje bez znaczenia dla oceny, czy należy zapewnić ochronę przed dostawą urządzeń PC Box. Znaczenie ma natomiast okoliczność, czy urządzenia PC Box wchodzą w zakres stosowania art. 6 ust. 2 dyrektywy 2001/29, a zatem należy odnieść się do drugiego aspektu pytania – to znaczy, zakresu, charakteru i znaczenia wykorzystania urządzeń PC Box.

68. Jak zauważa Komisja, w sytuacji gdy środkowi technologicznemu przysługuje ochrona na podstawie art. 6 ust. 2 dyrektywy 2001/29, ochrona ta powinna być zapewniona przed produkcją, przywozem, rozpowszechnianiem, sprzedażą, najmem, reklamą w celach sprzedaży lub najmu lub przed posiadaniem w celach handlowych urządzeń, które: a) stanowią przedmiot promocji, reklamy lub sprzedaży w celu obejścia przedmiotowych skutecznych środków technologicznych; lub b) posiadają tylko ograniczony, mający handlowe znaczenie cel lub zastosowanie inne niż ich obejście; lub c) są głównie zaprojektowane, produkowane lub dostosowane do celu umożliwienia lub ułatwienia ich obchodzenia. Jeżeli nie zostaje spełnione żadne z tych kryteriów, ochrona nie przysługuje na podstawie tych przepisów; natomiast spełnienie choćby tylko jednego kryterium powoduje konieczność zapewnienia ochrony.

69. W swoim pytaniu sąd krajowy przywiązuje najwyraźniej mniejsze znaczenie do punktów a) lub c), to znaczy do celów, dla których prowadzona jest sprzedaż tych urządzeń bądź dla których zostały one zaprojektowane, niż punktu b), to znaczy do handlowego znaczenia korzystania z przedmiotowych urządzeń. Sąd krajowy docięka, na jakiej kategorii kryteriów należałoby się oprzeć przy dokonywaniu oceny, czy sprzedawane przez PC Box „mod chips” lub „game copiers” „posiadają tylko ograniczony, mający handlowe znaczenie cel lub zastosowanie inne niż obejście” umieszczonych przez Nintendo środków technologicznych.

70. Nawiązanie w pytaniu do kryteriów ilościowych wydaje się wskazywać, że sąd krajowy przewiduje analizę dowodów na przykład pod kątem tego, jak często urządzenia PC Box są faktycznie wykorzystywane w celu umożliwienia korzystania z kopii gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo, na które nie wydano zezwolenia na konsolach Nintendo, oraz jak często są one wykorzystywane w celu umożliwienia korzystania z gier, które nie naruszają prawa autorskiego do gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo.

71. Nintendo podnosi, że powyższe podejście wskazuje na błędne rozumowanie: istotna nie jest okoliczność, czy istnieje znaczące z handlowego punktu widzenia przeznaczenie bądź wykorzystanie *inne niż ułatwianie naruszania* wyłącznych praw chronionych przez środki technologiczne, lecz po prostu czy istnieje znaczące z handlowego punktu widzenia przeznaczenie bądź wykorzystanie *inne niż obchodzenie tychże środków*, bez względu na rodzaj ułatwianych tym sposobem czynności bądź działalności.

72. Komisja natomiast w trakcie rozprawy podkreśliła, że celem dyrektywy 2001/29 nie jest tworzenie innych praw niż te wymienione w art. 2, 3 oraz 4 (w istocie udzielanie zezwolenia na zwielokrotnianie, udostępnianie bądź rozpowszechnianie utworu objętego ochroną bądź odmowa udzielenia przedmiotowych zezwoleń). Ochrona prawna na podstawie art. 6 jest wymagana jedynie przed obchodzeniem środków technologicznych, które to obchodzenie stanowiłoby naruszenie tych konkretnych praw<sup>20</sup>. W konsekwencji należałoby dokonać analizy ostatecznego przeznaczenia bądź wykorzystania urządzeń PC Box, a nie tylko zagadnienia, czy istnieje znaczące z handlowego punktu widzenia przeznaczenie bądź wykorzystanie inne niż obchodzenie środków technologicznych Nintendo.

73. Podzielam w tym zakresie stanowisko Komisji, a ze swojej strony dodam, że te same czynniki mają znaczenie dla dokonania oceny samych środków technologicznych Nintendo.

20 — Komisja zwróciła uwagę, że w jej wniosku oraz zmienionym wniosku dotyczącym dyrektywy 2001/29 w art. 6 ust. 1 i 2 wyraźnie wskazano, że dotyczy on „obchodzenia bez zezwolenia skutecznych środków technologicznych przeznaczonych do ochrony praw autorskich lub prawa pokrewnego prawu autorskiemu [...]”, natomiast Rada usunęła to wyliczenie wyłącznie w celu „uproszczenia redakcji” [zob. Wspólne stanowisko (WE) 48/2000 z dnia 28 września 2000 r., Dz.U. C 344, s. 1)].

74. Okoliczności, że środki technologiczne Nintendo stanowią blokadę zarówno dla czynności, na które nie udzielono zezwolenia (korzystanie z kopii gier Nintendo i licencjonowanych przez Nintendo, na które nie wydano zezwolenia), jak i dla czynności niewymagających zezwolenia (korzystanie z innych gier); oraz że urządzenia PC Box umożliwiają obchodzenie blokady w obu przypadkach – nie są sporne. Tak więc blokada i obchodzenie dzielą ze sobą wspólną przestrzeń; chodzi o dwie strony tego samego medalu.

75. Zakres, w jakim urządzenia PC Box mogą faktycznie być wykorzystywane w innych celach niż naruszanie wyłącznych praw, będzie zatem stanowił czynnik, który należy uwzględnić nie tylko dla potrzeb rozstrzygnięcia, czy urządzenia te wchodzą w zakres stosowania art. 6 ust. 2 dyrektywy 2001/29, lecz również dla oceny, czy środki technologiczne Nintendo spełniają kryterium proporcjonalności. Jeżeli będzie można ustalić, że są one głównie wykorzystywane do takich innych celów (przy założeniu, że takie ustalenie należy do sądu krajowego), to nie tylko są one wykorzystywane w sposób, który nie narusza żadnych wyłącznych praw zagwarantowanych w przepisach dyrektywy 2001/29, lecz nawet pojawi się wówczas silne wskazanie, iż te środki technologiczne nie są proporcjonalne. Natomiast, jeżeli będzie można ustalić, że urządzenia te wykorzystywane są głównie w celu naruszania wyłącznych praw, to wówczas pojawi się silne wskazanie, że środki te są proporcjonalne. W konsekwencji, na ile to możliwe, ilościowa ocena ostatecznych celów, dla których obchodzone są środki technologiczne za pomocą tych urządzeń będzie miała znaczenie dla ustalenia zarówno tego, czy środki technologiczne Nintendo w ogólności spełniają warunki objęcia ich ochroną prawną, jaki i tego czy należy udzielić takiej ochrony przed sprzedażą urządzeń PC Box.

76. Do zagadnienia kryteriów jakościowych podnoszonych przez sąd krajowy praktycznie nie odniesiono się w uwagach przekazanych Trybunałowi. Z wniosku o wydanie orzeczenia prejudycjalnego wydaje się wynikać, iż sąd krajowy przewidywał, że znaczenie umożliwienia korzystania z konsoli Nintendo do celów nienaruszających wyłącznych praw może przeważać nad znaczeniem powstrzymania bądź ograniczenia czynności, na które nie udzielono zezwolenia.

77. Wskazałam powyżej<sup>21</sup>, że takie względy mogą mieć znaczenie przy zastosowaniu kryterium proporcjonalności wobec środków technologicznych Nintendo. Moim zdaniem mogą one również posiadać znaczenie dla zagadnienia, czy należy zapewnić ochronę przed sprzedażą urządzeń PC Box.

78. Zgodzę się, iż w niektórych przypadkach może mieć znaczenie okoliczność (choć mniejsze niż w innych), iż wdrażanie środków technologicznych służących ochronie wyłącznych praw nie powinno ingerować w prawa użytkowników do wykonywania czynności, które nie wymagają zezwolenia. Jednakże w zakresie, w jakim te ostatnie prawa nie są prawami podstawowymi, znaczenie ochrony praw autorskich i pokrewnych powinno zostać również należycie uznane. Tym niemniej kryteria jakościowe należy rozpatrywać w świetle już wcześniej omówionych kryteriów ilościowych, to znaczy względnego zakresu i częstotliwości korzystania naruszającego wyłączne prawa oraz korzystania, które nie narusza tych praw.

## Wnioski

79. W świetle powyższych rozważań wyrażam opinię, iż Trybunał powinien odpowiedzieć w następujący sposób na pytania podniesione przez Tribunale di Milano:

- 1) Przy prawidłowej wykładni dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym „środki technologiczne” w rozumieniu art. 6 tejże dyrektywy

<sup>21</sup> — W pkt 61.

mogą obejmować środki, które nie tylko zostały zintegrowane z samymi utworami objętymi ochroną, lecz również z urządzeniami przeznaczonymi do umożliwienia dostępu do przedmiotowych utworów.

- 2) Przy określaniu, czy takie środki spełniają warunki objęcia ich ochroną na podstawie art. 6 dyrektywy 2001/29/WE, w sytuacji kiedy skutkują one powstrzymaniem lub ograniczeniem nie tylko czynności wymagających udzielenia zgody przez właściciela praw na podstawie tej dyrektywy, lecz również czynności niewymagających takiej zgody, sąd krajowy powinien dokonać weryfikacji, czy zastosowanie tych środków jest zgodne z zasadą proporcjonalności, a w szczególności czy w aktualnym stanie rozwoju technologicznego pierwszy z wymienionych skutków mógłby zostać zrealizowany bez wywoływania drugiego skutku bądź wywołując go w mniejszym zakresie.
- 3) Przy określaniu, czy należy zapewnić ochronę przed dostawą urządzeń, produktów, części bądź usług na podstawie art. 6 ust. 2 dyrektywy 2009/21, nie zachodzi konieczność uwzględniania szczególnego przeznaczenia przypisanego przez właściciela praw urządzeniu zaprojektowanemu w celu umożliwienia dostępu do objętych ochroną utworów. W przeciwieństwie do tego względem, który posiada znaczenie, jest zakres, w którym urządzenia, produkty, części składowe bądź usługi, przed którymi właściciel praw ubiega się o ochronę, są lub mogą być wykorzystywane do zgodnych z przepisami prawa celów innych niż umożliwianie czynności wymagających zezwolenia ze strony właściciela praw.