



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 19 september 2013¹

Mål C-355/12

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

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale di Milano (Italien))

”Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället — Skydd av tekniska åtgärder utformade för att förhindra eller begränsa handlingar som inte har godkänts av rättsinnehavaren — Spelkonsoler konstruerade för att förhindra användning av andra spel än sådana som har godkänts av konsoltillverkaren — Anordningar som gör det möjligt att kringgå sådana åtgärder — Relevansen av konsolernas avsedda användningsområde — Relevansen av omfattningen, arten och betydelsen av olika möjliga användningar av anordningarna”

1. I artikel 6 i direktiv 2001/29² förpliktas medlemsstaterna att ge tillfredsställande rättsligt skydd mot en rad handlingar eller verksamheter som kringgår, eller vars syfte det är att kringgå, effektiva tekniska åtgärder som har utformats för att förhindra eller begränsa handlingar som inte är tillåtna av innehavaren av upphovsrätt eller närstående rättigheter.
2. En tillverkare av videospel, och spelkonsoler för att spela spelen på, har utformat båda dessa produkter på ett sådant sätt att de genom att utbyta krypterad information först måste känna igen varandra innan spelen kan spelas på konsolerna. Syftet med detta är enligt tillverkaren att se till att endast spel som producerats av eller på licens från tillverkaren (vilka skyddas enligt direktiv 2001/29) kan spelas på dessa konsoler (för vilka skydd enligt nämnda direktiv inte har åberopats) och således förhindra att konsolerna används för att spela icke auktoriserade kopior av de skyddade spelen.
3. En annan aktör säljer anordningar som kan användas för att göra det möjligt att spela andra spel på konsolerna, inbegripet spel som inte är kopior av de spel som har producerats eller godkänts av spelkonsoltillverkaren. Denna aktör har gjort gällande att målet för konsoltillverkaren – som vill förhindra försäljningen av sådana anordningar – inte är att förhindra otillåten kopiering av företagets spel (ett mål som ska skyddas mot kringgående enligt artikel 6 i direktiv 2001/29) utan att öka försäljningen av dessa spel (ett mål för vilket ett sådant skydd inte krävs).

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, s. 10).

4. Mot denna bakgrund vill Tribunale di Milano (distriktsdomstolen i Milano) i huvudsak få klarhet i följande: i) huruvida artikel 6 i direktiv 2001/29 omfattar både igenkänningsanordningar som installerats i hårdvara (konsoler) och krypterade koder i själva det upphovsrättsskyddade materialet, även om interoperabiliteten mellan anordningarna och produkterna därigenom begränsas, och ii), vilken vikt som, vid fastställandet av huruvida andra anordningar har ett kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver kringgående, ska fästas vid konsolernas avsedda användningsområde och hur den nationella domstolen ska bedöma anordningens alternativa användningsområden.

5. Den nationella domstolen har avgränsat sina frågor till tolkningen av direktiv 2001/29. Ett videospel är emellertid i hög grad en typ av datorprogram (även om det även kan innehålla andra typer av immateriella verk, både narrativa och grafiska), och datorprogram omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2009/24.³

Sammanfattning av de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna

6. De viktigaste relevanta aspekterna av direktiv 2001/29 och direktiv 2009/24 kan sammanfattas enligt följande.

Direktiv 2001/29

7. I ingressen till direktiv 2001/29 anges att den tekniska utvecklingen kommer att ge rättsinnehavarna allt större möjligheter att förhindra eller begränsa handlingar som de inte har godkänt, men att möjligheterna att olagligen kringgå sådana åtgärder kommer att utvecklas lika snabbt. Rättsinnehavarnas åtgärder bör därför ges rättsligt skydd.⁴ Ett sådant rättsligt skydd bör ges för tekniska åtgärder som effektivt begränsar åtgärder som inte är godkända av innehavarna av någon upphovsrätt, till upphovsrätten närstående rättighet eller rätt av sitt eget slag angående databaser, utan att dock hindra den elektroniska utrustningens normala funktion eller den tekniska utvecklingen av denna. Det rättsliga skyddet bör vara förenligt med proportionalitetsprincipen och inte medföra förbud mot sådana anordningar eller verksamheter som har något annat kommersiellt betydelsefullt syfte eller användningsområde än att kringgå tekniskt skydd.⁵ Dessutom bör det rättsliga skydd som tillhandahålls genom direktiv 2001/29 inte överlappa de tekniska åtgärder som används för datorprogram enligt direktiv 2009/24.⁶

8. I artikel 1.2 a i direktiv 2001/29 anges således att direktivet inte på något sätt ska påverka befintliga unionsbestämmelser om det rättsliga skyddet för datorprogram.

9. Artikel 6 i direktivet har rubriken "Förpliktelser i fråga om tekniska åtgärder".

10. I artikel 6.1 förpliktas medlemsstaterna att ge tillfredsställande rättsligt skydd mot kringgående av effektiva tekniska åtgärder om personen som utför kringgåendet känner till eller har skälig anledning att anta att han eller hon utför en sådan handling.

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version) (EUT L 111, s. 16). Direktiv 2009/24 upphävde och ersatte rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (EGT L 122, s. 42; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 111).

4 — Se skäl 47.

5 — Se skäl 48.

6 — Se skäl 50. Hänvisningen gjordes ursprungligen till direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram (EGT L 122, s. 42; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 111), som upphävdes och ersattes av direktiv 2009/24 (se artikel 10 i det direktivet).

11. I artikel 6.2 förpliktas medlemsstaterna att ge tillfredsställande rättsligt skydd mot tillverkning, import, spridning, försäljning, uthyrning, marknadsföring i försäljnings- eller uthyrningssyfte eller innehav i kommersiellt syfte av anordningar, produkter eller komponenter eller tillhandahållande av tjänster som a) marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå en effektiv teknisk åtgärd, eller b) endast har ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver att kringgå en sådan åtgärd, eller c) huvudsakligen är utformade, konstruerade, anpassade eller framtagna i syfte att möjliggöra eller underlätta kringgående av en åtgärd.

12. I artikel 6.3 definieras ”tekniska åtgärder” som ”varje teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk förhindra eller begränsa handlingar, med avseende på verk eller andra alster, som inte är tillåtna av [rätts]innehavaren ...”. De anses vara ”effektiva” om användningen av ett skyddat material kontrolleras av rättsinnehavarna genom en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av det skyddade materialet eller en kontrollmekanism för kopiering, om processen uppfyller skyddsändamålet.

Direktiv 2009/24

13. I ingressen till direktiv 2009/24 förefaller definitionen av datorprogram inbegripa program som är införlivade med hårdvara,⁷ och det förklaras av att det bara är ”ett datorprograms uttrycksform” som är skyddad och inte de underliggande idéerna och principerna.⁸ I ingressen specificeras att ”otillåten återgivning, översättning, anpassning eller förändring av den kodform i vilken en kopia av ett datorprogram har gjorts tillgänglig” utgör intrång i upphovsmannens ensamrätt, men det medges att en sådan återgivning och översättning kan vara oundgänglig, exempelvis för att uppnå samverkansförmåga med andra program eller för att alla komponenter i ett datorsystem, även sådana som är av skilda fabrikat, ska kunna fungera tillsammans. Under dessa begränsade omständigheter krävs därför inte rättsinnehavarens tillstånd för ”en person som har rätt att använda en kopia av programmet”.⁹ Upphovsrättsligt skydd för datorprogram bör i förekommande fall inte inverka på andra former av skydd. Avtalsbestämmelser som strider mot bestämmelserna i detta direktiv om bland annat dekompilering bör emellertid vara ogiltiga.¹⁰

14. I artikel 1.1 och 1.2 i direktiv 2009/24 förpliktas medlemsstaterna därför att ge datorprogram (inbegripet ett datorprograms alla uttrycksformer men inte de idéer och principer som ligger bakom programmet) upphovsrättsligt skydd såsom litterära verk enligt Bernkonventionen.¹¹

15. Enligt artikel 4.1 a och 4.1 c i direktiv 2009/24 ska rättsinnehavarens ensamrätt, bland annat, innefatta rätten att ”utföra eller ge tillstånd till” a) ”[v]araktig eller tillfällig, delvis eller fullständig återgivning av ett datorprogram på vilket sätt och i vilken form som helst.” och c) ”[a]lla former av spridning till allmänheten, inbegripet uthyrning, av datorprogrammets original eller kopior av detta”.

7 — Se skäl 7. Att försöka definiera ett begrepp i ingressen är en ovanlig lagstiftningsteknik. I punkt 14 i Europaparlamentets, rådets och kommissionens praktiska handledning för personer som deltar i utformningen av lagtexter inom gemenskapens institutioner anges att begrepp som inte är entydiga ”bör ... definieras i en enda artikel i början av rättsakten”. Se även dom av den 24 november 2005 i mål C-136/04, Deutsches Milch-Kontor (REG 2005, s. I-10095), punkt 32, och, för ett mer aktuellt exempel, generaladvokaten Jarabo-Colomers förslag till avgörande i mål C-192/08, TeliaSonera Finland, där dom meddelades den 12 november 2009 (REG 2009, s. I-10717), särskilt punkt 89.

8 — Se skäl 11.

9 — Se skäl 15.

10 — Se skäl 16.

11 — Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886), senast ändrad 1979. Samtliga medlemsstater är parter i Bernkonventionen.

16. I artikel 5 i direktiv 2009/24 anges dock ett antal undantag från dessa ensamrätter. Framför allt behöver personer som lagligen innehar ett datorprogram och har rätt att använda detta inte tillstånd för följande: återgivning, när detta krävs för att programmet ska kunna användas i överensstämmelse med dess avsedda ändamål, inklusive rättelse av fel; säkerhetskopiering, om denna är nödvändig för användningen av programmet; eller rätten att iaktta, undersöka eller prova programmets funktion i syfte att utvärdera de idéer och principer som ligger bakom programmets olika detaljer, under förutsättning att detta sker vid en sådan handling som programinnehavaren har rätt att utföra.

17. Artikel 6 i direktiv 2009/24 har rubriken ”Dekompilering”, ett begrepp som inte ges någon närmare definition. Enligt artikel 6.1 krävs inte rättsinnehavarens tillstånd när återgivning av koden eller översättning av kodens form är oundgänglig för att erhålla den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan datorprogram, under förutsättning att a) åtgärden utförs av en person som har rätt att använda programmet, eller för dennes räkning av en person som har rätt därtill, b) vederbörande inte tidigare hade den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga och c) åtgärden är begränsad till att gälla de delar av originalprogrammet som är nödvändiga för att uppnå detta syfte. I artikel 6.2 anges dessutom att information som erhållits genom tillämpning av artikel 6.1 endast får användas för sådana syften och i artikel 6.3 att rättsinnehavarens legitima intressen inte otillbörligen får skadas.

18. Artikel 7 i direktiv 2009/24 rör särskilda skyddsåtgärder. I artikeln förpliktas medlemsstaterna att besluta om lämpliga åtgärder mot personer som medvetet omsätter eller för kommersiella ändamål innehar en kopia av ett datorprogram som medför intrång i upphovsrätten eller av varje hjälpmedel vars enda syfte är att underlätta att en teknisk anordning som har anbringats för att skydda ett datorprogram avlägsnas eller kringgås utan tillstånd.

I – Tvisten i målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

19. Kärande i målet vid den nationella domstolen är tre företag inom Nintendokoncernen (nedan kallade Nintendo), som tillverkar videospel och spelkonsoler. Svarande i målet vid den nationella domstolen är PC Box Srl (nedan kallat PC Box), ett företag som säljer så kallade *mod chips* och *game copiers* (nedan kallade PC Box anordningar) via sin webbplats. Båda typerna av anordningar gör det möjligt att på Nintendos spelkonsoler spela andra spel än sådana som tillverkats av Nintendo eller av oberoende producenter på licens från Nintendo (nedan kallade Nintendospel och Nintendolicensierade spel). Den internetoperatör som står som värd för PC Box webbplats är också svarande i målet vid den nationella domstolen.¹² Nintendo vill hindra försäljningen av PC Box anordningar.

20. Den nationella domstolen har tillhandahållit en rad tekniska detaljer (och Nintendo ännu fler) om hur PC Box anordningar gör det möjligt att spela andra spel än Nintendospel eller Nintendolicensierade spel på Nintendokonsoler. Enligt min mening saknar många av detaljerna relevans för besvarandet av tolkningsfrågorna. Här återges därför endast följande omständigheter.

21. Målet vid den nationella domstolen rör två typer av konsoler som tillverkas av Nintendo (DS-konsoler och Wii-konsoler) och de Nintendospel och Nintendolicensierade spel som har utformats för dem. Nintendo har förklarat att företaget ger gratis support till de företag som producerar spel på licens från Nintendo och att det säljer sina spel i konkurrens med dessa. Nintendo kräver inga royalties utan tar betalt för tillhandahållandet av de spelkassetter eller dvd-skivor som spelen spelas in på och som redan innehåller den relevanta krypterade informationen. Spel för

12 — Den aktuella begäran om förhandsavgörande rör inte internetoperatörens inblandning (9Net Srl).

DS-konsolen spelas in på spelkassetter som placeras i konsolen. Spel för Wii-konsolen spelas in på dvd-skivor som sätts in i konsolen. Spelkassetterna och dvd-skivorna innehåller krypterad information som måste utbytas med annan krypterad information i konsolerna för att spelen ska kunna spelas på dessa konsoler.

22. Det är ostridigt att PC Box anordningar kan användas för att kringgå det hinder som utgörs av kravet på att det ska ske ett utbyte av krypterad information mellan, å ena sidan, Nintendospel och Nintendolicensierade spel och, å andra sidan, Nintendokonsoler. Det är också ostridigt att det hinder som Nintendos åtgärder utgör gör det omöjligt att spela andra spel än Nintendospel och Nintendolicensierade spel på Nintendokonsoler, och att PC Box anordningar även kringgår detta hinder.

23. Enligt den hänskjutande domstolen har Nintendo gjort gällande att det lagligen har utrustat sina konsoler och spel med tekniska åtgärder för att säkerställa att otillåtna kopior av Nintendospel och Nintendolicensierade spel inte kan användas tillsammans med företagets konsoler. Nintendo har även gjort gällande att det främsta syftet med PC Box anordningar är att kringgå dessa åtgärder.

24. PC Box frågar sig huruvida videospel ska anses vara datorprogram eller intellektuella verk. Oavsett vilket har PC Box hävdad att det säljer Nintendos originalkonsoler med ett programvarupaket som innehåller särskilda applikationer som skapats av oberoende producenter för att användas på sådana konsoler¹³ tillsammans med mod chips eller game copiers som har utformats för att låsa upp den inbyggda spärren i konsolen. PC Box anser dessutom att Nintendos verkliga syfte i) är att förhindra användningen av oberoende programvara som inte är kopplad till den illegala videospelskopieringssektorn och ii) att avgränsa marknader genom att göra spel som köpts i ett geografiskt område inkompatibla med konsoler som köpts i ett annat område. PC Box ifrågasätter därför Nintendos tillämpning av tekniska åtgärder, inte bara på företagets videospel utan även på hårdvaran, som PC Box anser strida mot artikel 6.3 i direktiv 2001/29.

25. Den hänskjutande domstolen har funnit att videospel som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, enligt italiensk rättspraxis, inte enbart kan anses vara datorprogram utan att de är komplexa multimedieverk som ger uttryck för begreppsmässigt fristående narrativa och grafiska skapelser. Sådana spel måste därför betraktas som upphovsrättsskyddade intellektuella verk. Den hänskjutande domstolen konstaterar vidare att de tekniska åtgärder som Nintendo har tillämpat på sina konsoler endast indirekt bidrar till att förhindra otillåten kopiering av spel, och att den omständigheten att spelet och konsolen måste utbyta information inte enbart får till följd att det endast går att spela Nintendospel och Nintendolicensierade spel på Nintendokonsoler, utan även att det blir omöjligt att spela sådana spel på andra konsoler, vilket gör att interoperabiliteten och konsumenternas valfrihet begränsas.

26. Tribunale di Milano har därför begärt ett förhandsavgörande avseende följande frågor:

”1) Ska artikel 6 i direktiv 2001/29/EG, med beaktande av bland annat skäl 48 i detta direktiv, tolkas på så sätt att skyddet för tekniska skyddsåtgärder avseende upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster även kan omfatta ett system som tillverkas och säljs av ett och samma företag och i vars hårdvara har installerats en anordning som kan känna igen en autentiseringskod, på ett separat medium innehållande det skyddade verket (videospel som tillverkats av samma företag eller av tredje man som är innehavare av skyddade verk), utan vilken det inte är möjligt att visualisera och använda nämnda verk i systemet, varför denna apparat innehåller ett system som utesluter all interoperabilitet i förhållande till apparater och tillbehör som inte härrör från tillverkaren av systemet?”

13 — Hemmagjorda videospel som gjorts av oberoende producenter, avsedda att användas på kommersiell hårdvara såsom Nintendokonsoler, kallas ofta ”homebrew”.

- 2) För det fall det ska göras en bedömning av huruvida användningen av en produkt eller komponent i syfte att kringgå en teknisk skyddsåtgärd ska anses utgöra den huvudsakliga användningen jämfört med andra syften eller annan användning av kommersiellt intresse önskas svar på följande fråga: Ska artikel 6 i direktiv 2001/29/EG, med beaktande av bland annat skäl 48 i detta direktiv, tolkas på så sätt att nationell domstol vid denna bedömning ska tillämpa kriterier som betonar den specifika, av rättighetshavaren tilltänkta användningen av den produkt som tillförs det skyddade innehållet, eller ska nationell domstol i stället eller samtidigt tillämpa kvantitativa kriterier avseende omfattningen av den alternativa användningen eller kvalitativa kriterier, det vill säga kriterier som avser användningens art och betydelse?”¹⁴

27. Nintendo, PC Box, den polska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Nintendo, PC Box och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 30 maj 2013.

Bedömning

Inledande anmärkningar

28. För det första är det uppenbart att den underliggande tvisten mellan parterna i målet vid den nationella domstolen inte bara rör upphovsrätt utan även frågan huruvida de åtgärder som Nintendo har vidtagit är förenliga med konkurrensrätten. Eftersom den nationella domstolens frågor begränsas till upphovsrättsliga aspekter, förefaller det olämpligt att yttra sig om den andra aspekten inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande.

29. För det andra förefaller syftet med de tekniska åtgärder som Nintendo har vidtagit vara att förhindra eller begränsa otillåtna handlingar, inte enbart i fråga om Nintendos eget upphovsrättsskyddade material (dess egna spel) utan även av upphovsrättsskyddat material som tillhör licensierade oberoende producenter.¹⁵ I den första tolkningsfrågan tar den hänskjutande domstolen upp frågan huruvida tekniska åtgärder, för att omfattas av skyddet enligt artikel 6 i direktiv 2001/29, måste vidtas av rättsinnehavaren själv, men frågan behandlas inte i den hänskjutande domstolens resonemang och tas inte heller upp i yttrandena till domstolen. Inte heller jag kommer att ta upp denna fråga.

30. För det tredje kommer utgången av målet i den nationella domstolen att vara beroende av fastställandet av de faktiska omständigheterna, något som endast kan utföras av den nationella domstolen (och jag delar kommissionens uppfattning i denna fråga, nämligen att de faktiska omständigheterna måste fastställas separat för var och en av PC Box anordningar och för varje typ av Nintendokonsol). EU-domstolen kan exempelvis inte dra någon slutsats beträffande, eller yttra sig om, i vilken utsträckning Nintendos syfte eller avsikt verkligen är att förhindra otillåten kopiering av dess spel och/eller skaffa sig affärsmässiga fördelar genom att omöjliggöra interoperabilitet med andra produkter. Domstolen kan inte heller avgöra huruvida PC Box anordningar verkligen uppfyller ett eller flera av de kriterier som anges i artikel 6.2 i direktiv 2001/29. Den kan bara ge vägledning om de typer av omständigheter som kan vara relevanta vid tillämpningen av den nationella lagstiftning som genomför den artikeln.

14 — Även om ordalydelsen i den andra frågan kan ge upphov till vissa tvivel, framgår det tydligt av resonemanget i begäran om förhandsavgörande att den ”användning” som det hänvisas till i samband med kvantitativa eller kvalitativa kriterier är användningen av den produkt eller komponent som ska bedömas (nämligen ifrågavarande mod chip eller game copier) och inte användningen av den ”produkt som tillförs det skyddade innehållet” (konsolen).

15 — Se punkt 21 och fotnot 13 ovan.

Relevansen av direktiv 2009/24

31. Av begäran om förhandsavgörande framgår det tydligt att den nationella domstolen i viss utsträckning har bedömt de faktiska omständigheterna vad gäller Nintendospelens och de Nintendolicensierade spelens karaktär och att den, tvärt emot vad PC Box har gjort gällande, har kommit fram till att dessa spel inte ska betraktas som datorprogram i den mening som avses i direktiv 2009/24, utan som komplexa multimedieverk som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2001/29.

32. I sitt skriftliga yttrande ansåg Republiken Polen att denna bedömning kunde ifrågasättas, även om dess egen, inte helt uttömmande, bedömning föreföll peka i samma riktning. Domstolen bad därför de parter som deltog i förhandlingen (Nintendo, PC Box och kommissionen) att behandla frågan om huruvida direktiv 2001/29 kan tillämpas under sådana omständigheter som de som är i fråga i målet vid den nationella domstolen. Nintendo och kommissionen delade den nationella domstolens uppfattning. PC Box gjorde däremot gällande att direktiv 2009/24, och inte direktiv 2001/29, var relevant för de ifrågasatt omständigheterna. PC Box hävdade att den dekompilering som PC Box utförde begränsades till de delar av programmet som var absolut nödvändiga för att säkerställa interoperabilitet mellan Nintendos konsoler och de hemmagjorda så kallade homebrew-spel som inte gjorde intrång i någon upphovsrätt eller närstående rättighet.

33. Enligt min mening förefaller EU-domstolen varken ha skäl eller vara behörig att göra en ny bedömning av de faktiska omständigheter som den nationella domstolen har konstaterat, och att det är svårt att ifrågasätta den nationella domstolens slutsatser på unionsrättslig grund.

34. Direktiv 2009/24 rör endast datorprogram, medan direktiv 2001/29 rör upphovsrätt och närstående rättigheter avseende intellektuella verk i allmänhet. Det sistnämnda direktivet påverkar inte på något sätt befintliga unionsbestämmelser beträffande, bland annat, rättsligt skydd för datorprogram. Domstolen har därför förklarat att direktiv 2009/24 utgör *lex specialis* i förhållande till bestämmelserna i direktiv 2001/29.¹⁶ Enligt min mening måste detta tolkas som att bestämmelserna i direktiv 2009/24 har företräde framför bestämmelserna i direktiv 2001/29, men endast när skyddsändamålet helt och hållet omfattas av det förstnämnda direktivets tillämpningsområde. Om Nintendospel och Nintendolicensierade spel enbart vore datorprogram skulle följaktligen direktiv 2009/24 vara tillämpligt, och ersätta direktiv 2001/29. Om Nintendo tillämpade separata tekniska åtgärder för att skydda datorprogrammen respektive det övriga materialet skulle direktiv 2009/24 kunna tillämpas på datorprogrammen och direktiv 2001/29 på det övriga materialet.

35. Den nationella domstolen har emellertid funnit att Nintendospel och Nintendolicensierade spel inte kan betraktas som enbart datorprogram. De innehåller även intellektuella verk i narrativ och grafisk form, vilka förefaller vara oupplösligt knutna till själva programmen. Nintendos åtgärder påverkar åtkomsten till, och användningen av, hela spelet, inte bara den del som utgörs av datorprogramskomponenten. Skyddet i direktiv 2009/24 mot otillåtna handlingar vad gäller datorprogram är något mindre omfattande (på grund av undantagen i artiklarna 5 och 6¹⁷) än skyddet i direktiv 2001/29 mot kringgående av tekniska åtgärder som har utformats för att förhindra eller begränsa otillåtna handlingar vad gäller intellektuella verk i allmänhet. Komplexa intellektuella verk som innehåller både datorprogram och annat material – och där det inte går att göra en åtskillnad mellan dessa – bör enligt min mening omfattas av det starkare, inte det svagare, skyddet. I annat fall skulle rättsinnehavarna inte ges det skydd för det övriga materialet som de har rätt till enligt direktiv 2001/29.

16 — Dom av den 3 juli 2012 i mål C-128/11, UsedSoft, punkt 51.

17 — Se punkterna 16 och 17 ovan.

36. I alla händelser förefaller de handlingar som möjliggjordes tack vare PC Box anordningar, och som är föremål för målet vid den nationella domstolen, inte omfattas av de undantag som anges i artiklarna 5 och 6 i direktiv 2009/24, även om detta också är en fråga där det ankommer på den nationella domstolen att bedöma de faktiska omständigheterna.

37. Jag är avslutningsvis medveten om att den tyska Bundesgerichtshof har begärt ett förhandsavgörande från domstolen just avseende frågan huruvida direktiv 2009/24 är tillämpligt på videospel av den typ som är i fråga i förevarande mål.¹⁸ Jag skulle föredra att domstolen meddelade ett avgörande i denna fråga i ljuset av de mer ingående yttranden som kommer att inges i det målet, och att den i förevarande mål begränsar sig till de specifika tolkningsfrågor som den nationella domstolen har ställt.

38. Vid min behandling av frågorna kommer jag därför endast att hänvisa till direktiv 2001/29.

Tolkningsfrågorna

39. Tribunale di Milano har ställt två frågor, som dock inte är så tydliga som man hade kunnat önska.¹⁹

40. Såsom jag tolkar frågorna består den första frågan av två delar. För det första: innefattar ”tekniska åtgärder” i den mening som avses i artikel 6 i direktiv 2001/29 inte enbart de åtgärder som är fysiskt knutna till själva det upphovsrättsliga materialet (här genom att ha införlivats i de spelkassetter eller dvd-skivor som spelen är inspelade på), utan även de åtgärder som är knutna till anordningar som krävs för att använda eller utnyttja detta material (här genom att ha införlivats i de konsoler som de spelas på)? För det andra: ska sådana åtgärder åtnjuta det skydd som ska ges enligt den bestämmelsen när (eller till och med om) deras effekt inte enbart är att begränsa otillåten återgivning av det upphovsrättsskyddade materialet, utan även att förhindra varje användning av det materialet med andra anordningar eller av annat material med de anordningarna?

41. Den andra frågan förefaller huvudsakligen röra vilka kriterier som, inom ramen för artikel 6.2 i direktiv 2001/29, ska tillämpas vid bedömningen av syftet med eller användningen av sådana anordningar som PC Box anordningar, vilka kringgår, eller kan kringgå, tekniska åtgärder som ska åtnjuta skydd. Den nationella domstolen hänvisar i detta hänseende, å ena sidan, till ”den specifika, av rättighetshavaren tilltänkta användningen av den produkt som tillförs det skyddade innehållet” (här Nintendos konsoler) och, å andra sidan, till omfattningen, arten och betydelsen av användningen av själva anordningen, produkten eller komponenten (här PC Box anordningar).

42. Jag tolkar detta som att den nationella domstolen vill fastställa för det första huruvida Nintendos tekniska åtgärder ska åtnjuta skydd eftersom de har utformats för att förhindra eller begränsa handlingar som inte har godkänts av rättsinnehavaren, även om de även begränsar interoperabiliteten, och, om så är fallet för det andra, och separat, huruvida det skyddet ska ges mot tillhandahållandet av PC Box anordningar, eftersom dessa gör det möjligt att utföra, eller underlättar utförandet av, sådana otillåtna handlingar. Jag anser dock att det inte går att göra någon fullständig åtskillnad mellan dessa båda frågor, och att de faktorer som nämns i samband med den ena kan vara relevant för svaret på den andra.

18 — Mål C-458/13, Grund och Nintendo.

19 — Nintendo har citerat en expert på området, som lär ha sagt att ”det är svårt att dechiffrera innebörden av dessa komplicerade frågor. (EU-domstolen kan eventuellt bli tvungen att återremittera frågorna till Tribunale di Milano för närmare förklaring eller till en kommitté av lingvister).” Det kan förefalla överdrivet, men frågorna är verkligen inte formulerade på ett enkelt och lättbegripligt sätt.

Fråga 1

43. Den första delen av frågan kan enligt min mening behandlas separat och förefaller kunna besvaras utan större problem. Inget i ordalydelsen av artikel 6 i direktiv 2001/29 hindrar åtgärder som dem som är i fråga i förevarande mål, vilka till viss del har införlivats i själva spelen och till viss del i konsolerna, och där det förekommer interaktion mellan dessa. Definitionen i artikel 6.3 – ”varje teknik, anordning eller komponent som har utformats till att vid normalt bruk förhindra eller begränsa handlingar, med avseende på verk eller andra alster, som inte är tillåtna av innehavaren av enligt lag föreskriven upphovsrätt” – är bred och innefattar ”en åtkomstkontroll- eller skyddsprocess, t.ex. kryptering, kodning eller annan omvandling av verket eller alstret eller en kontrollmekanism för kopiering”. Att undanta åtgärder som, till viss del, har införlivats i andra anordningar än dem som innehåller själva det upphovsrättsliga materialet skulle sannolikt innebära att en rad olika tekniska åtgärder inte får det skydd som de enligt direktivets syfte ska ha.

44. Den andra delen av frågan är inte lika enkel att besvara.

45. Både Nintendo och kommissionen har helt riktigt påpekat att för att en teknisk åtgärd ska omfattas av skyddet enligt artikel 6 i direktiv 2001/29 måste den vara effektiv. I enlighet med artikel 6.3 måste den därför inte bara ha utformats för att vid normalt bruk förhindra eller begränsa otillåtna handlingar utan den måste även göra det möjligt för rättsinnehavaren att kontrollera användningen av materialet. Kommissionen har dessutom helt riktigt gjort gällande att de handlingar som en åtgärd måste ha utformats för att förhindra eller begränsa måste vara sådana handlingar som kräver rättsinnehavarens tillstånd enligt direktivet – nämligen återgivning (artikel 2), överföring till allmänheten eller offentliggörande (artikel 3) eller spridning (artikel 4) av rättsinnehavarens verk.

46. Enligt kommissionen är de handlingar som specifikt är i fråga i målet vid den nationella domstolen i första hand återgivning och i andra hand (eftersom kopior senare kan spridas) spridning av Nintendospel och Nintendolicensierade spel. Jag ser ingen anledning att inte dela denna uppfattning.

47. Som jag har framhållit ankommer det på den nationella domstolen att fastställa de faktiska omständigheterna, men Nintendos tekniska åtgärder förefaller enligt min mening vara effektiva för att förhindra, eller åtminstone begränsa, otillåten återgivning av Nintendospel och Nintendolicensierade spel. Den nationella domstolen har visserligen funnit att deras effekt främst är indirekt i detta hänseende (där den direkta effekten är att förhindra användningen av otillåtna kopior på Nintendokonsoler), men såvitt jag kan bedöma innehåller artikel 6 i direktiv 2001/29 inte något villkor och gör inte någon åtskillnad utifrån huruvida effekten är direkt. Om otillåtna kopior inte går att använda (åtminstone inte på Nintendokonsoler) får detta sannolikt en betydande begränsande effekt på produktionen av sådana och i ett senare skede deras spridning. Åtgärderna skulle dessutom sannolikt få denna effekt ”vid normalt bruk”. I det följande kommer jag därför att utgå från att så är fallet.

48. Om detta var de tekniska åtgärdernas enda effekt skulle de utan tvekan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6 i direktiv 2001/29 och skulle ha rätt till det rättsliga skydd som krävs.

49. Den nationella domstolens fråga bygger emellertid på premissen att dessa åtgärder även förhindrar eller begränsar handlingar som inte kräver rättsinnehavarens tillstånd enligt direktiv 2001/29 – såsom användningen av Nintendokonsoler för att spela andra spel än Nintendospel och Nintendolicensierade spel eller kopior av sådana spel, eller att spela Nintendospel och Nintendolicensierade spel på andra konsoler än konsoler som Nintendo har tillverkat.

50. I den mån sådana effekter uppstår innehåller direktiv 2001/29 inte något krav på att den tekniska åtgärden i fråga ska ges rättsligt skydd. I själva verket förefaller det inte finnas något som motiverar ett sådant skydd, om det skulle beviljas.

51. Svårigheten ligger i att samma åtgärder förhindrar eller begränsar dels sådana handlingar som kräver tillstånd, dels sådana handlingar som inte kräver tillstånd.

52. Nintendo har gjort gällande att den omständigheten att en teknisk åtgärd förhindrar eller begränsar handlingar som inte kräver tillstånd saknar betydelse, förutsatt att en sådan effekt endast uppkommer i enstaka fall och är sekundär till huvudmålet att förhindra och begränsa handlingar som kräver tillstånd. PC Box har däremot framhållit proportionalitetsprincipen och principen om interoperabilitet i skäl 48 respektive 54 i direktiv 2001/29. Tekniska åtgärder som går längre än vad som är nödvändigt för att skydda själva det upphovsrättsliga materialet eller som omöjliggör interoperabilitet bör därför inte omfattas av detta skydd. Om sådana åtgärder även förhindrar handlingar som inte kräver tillstånd, och dessa kunde ha utformats så att de endast förhindrar handlingar som kräver tillstånd, anser kommissionen att åtgärderna är oproportionella och inte ska åtnjuta skydd. Om det emellertid inte går att undvika att åtgärderna även förhindrar handlingar som inte kräver tillstånd behöver de inte vara oproportionella och kan således åtnjuta skydd. Vid bedömningen ska hänsyn tas till dagens teknik. Både Nintendo och den polska regeringen har gjort gällande att Nintendos konsoler inte är dataenheter avsedda för allmänna ändamål. De har utformats och saluförs i ett enda och uttryckligt syfte, att göra det möjligt att spela Nintendospel och Nintendolicensierade spel på dem.

53. I de yttranden som inkommit råder det stor enighet om att det är nödvändigt att genomföra ett proportionalitetstest (och även jag delar denna uppfattning), det vill säga den princip som det hänvisas till i skäl 48 i direktiv 2001/29. Nintendos och PC Box syn på ett sådant test utgår emellertid från motsatta utgångspunkter, och de drar motsatta slutsatser om utfallet av testet.

54. Jag delar kommissionens uppfattning att det är nödvändigt för den nationella domstolen att pröva huruvida det, med dagens teknik, är möjligt att uppnå den önskade effekten, det vill säga att förhindra eller begränsa handlingar som kräver rättsinnehavarens tillstånd, utan att samtidigt förhindra eller begränsa handlingar som inte kräver ett sådant tillstånd. Med andra ord, kunde Nintendo ha skyddat sina egna eller licenstillverkade spel utan att förhindra eller begränsa möjligheten att använda Nintendokonsoler för att spela hemmagjorda så kallade homebrew-spel?

55. Jag instämmer även i den försiktighet och det nyanserade sätt som kommissionen uttryckt sig på. Proportionalitetstestet kan inte reduceras till att bara slå fast att den omständigheten att en handling inkräktar på en legitim verksamhet saknar betydelse, förutsatt att det endast rör sig om en oavsiktlig bieffekt (Nintendo), eller att varje begränsning av interoperabiliteten ofrånkomligen är oproportionerlig (PC Box).

56. Såsom domstolen traditionellt sett har tillämpat detta test innebär testet en bedömning av huruvida en åtgärd eftersträvar ett berättigat mål, är lämplig för att genomföra detta mål och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

57. Vad gäller den första delen av testet ingår målet att förhindra eller begränsa handlingar som inte har godkänts av rättsinnehavaren i varje upphovsrättssystem och är något som särskilt uppmuntras av det rättsliga skydd som ges enligt artikel 6 i direktiv 2001/29.

58. I den mån Nintendos tekniska åtgärder endast eftersträvar detta berättigade mål, kan frågan huruvida åtgärderna är lämpliga för att genomföra detta mål knytas till frågan om hur effektiva de är, vilket jag har tagit upp i punkterna 45–47 ovan. Den nationella domstolen ska, på grundval av den bevisning som har förelagts, fastställa vilka för närvarande tillgängliga tekniska åtgärder som kan ge ett effektivt skydd mot återgivning av Nintendospel och Nintendolicensierade spel utan tillstånd. Det finns kanske inga åtgärder som till fullo kan garantera att sådana handlingar förhindras. Olika åtgärder kan emellertid leda till olika grad av begränsningar. Den nationella domstolen ska avgöra huruvida den grad av begränsning som uppnås tack vare den tekniska åtgärden i fråga ger effektivt skydd mot otillåtna handlingar.

59. Om den nationella domstolen däremot skulle finna att Nintendo dessutom eftersträvar andra mål som inte är berättigade inom ramen för det direktivet, skulle det, vid bedömningen av huruvida de tekniska åtgärderna är lämpliga för att genomföra det berättigade målet att förhindra eller begränsa otillåtna handlingar, vara nödvändigt att ta hänsyn till i vilken utsträckning dessa mål har legat till grund för hur åtgärderna ser ut.

60. Den fråga som återstår att besvara är huruvida åtgärderna går utöver vad som är nödvändigt för att genomföra det eftersträvade målet, det vill säga att förhindra eller begränsa återgivning av Nintendospel eller Nintendolicensierade spel utan tillstånd.

61. I detta hänseende måste den nationella domstolen undersöka i vilken grad handlingar som inte kräver rättsinnehavarens tillstånd begränsas. Vilka kategorier av handlingar förhindras eller begränsas rent faktiskt när de tekniska åtgärderna i fråga tillämpas och inte kringgås? Hur viktigt är det att sådana handlingar inte förhindras eller begränsas?

62. Oavsett bedömningen av i vilken grad de tekniska åtgärderna i fråga ger upphov till störningar kommer det att bli nödvändigt att bestämma vilka andra åtgärder som kunde ha gett upphov till mindre störningar och samtidigt skyddat rättsinnehavarnas rättigheter på ett likvärdigt sätt. I det hänseendet kan det vara relevant att ta hänsyn till olika tekniska åtgärders relativa kostnader, tillsammans med andra faktorer som skulle kunna påverka eller avgöra valet av åtgärd.

63. Mot bakgrund av ovanstående överväganden har jag (utan att göra anspråk på att ha gett någon uttömmande förklaring) kommit fram till att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida de tekniska åtgärder som är i fråga i målet vid den nationella domstolen står i proportion till målet att skydda sig mot otillåtna handlingar enligt artikel 6 i direktiv 2001/29, och att åtgärderna således ska åtnjuta det rättsliga skydd som krävs enligt den artikeln, eller om åtgärderna går utöver vad som är nödvändigt för att genomföra det målet och därför inte ska åtnjuta ett sådant skydd.

64. Denna bedömning är emellertid inte fullständig utan en bedömning av skyddet i ljuset av de anordningar, produkter, komponenter eller tjänster som åtgärderna är avsedda att skydda mot. Detta utgör föremålet för fråga 2.

Fråga 2

65. Den nationella domstolen vill få klarhet i relevansen av "den specifika, av rättighetshavaren tilltänkta användningen av den produkt som tillförs det skyddade innehållet" (Nintendos konsoler) och omfattningen, arten och betydelsen av användningen av de anordningar vars användning åtgärderna är avsedda att skydda emot (PC Box mod chips och game copiers).

66. Vad gäller den första aspekten har den nationella domstolen hänvisat till de italienska brottmålsdomstolarnas praxis, enligt vilken det sätt som konsolerna presenteras på för allmänheten och den omständigheten att de har utformats för att spela videospel på uppenbarligen kan leda till slutsatsen att användningen av mod chips har som främsta syfte att kringgå de tekniska åtgärder som vidtagits. Den nationella domstolen frågar sig emellertid huruvida detta resonemang är relevant, särskilt i mål som det som är i fråga vid den domstolen. I sina yttranden har både Nintendo och kommissionen hävdat att tillverkarens avsikt vad gäller användningen av konsolerna inte är ett relevant kriterium vid bedömningen av syftet med de mod chips eller game copiers som används. PC Box förefaller företräda samma uppfattning i sina mycket kortfattade anmärkningar i denna fråga, medan den polska regeringen anser att den avsedda användningen är en faktor som kan beaktas, men att den inte behöver vara avgörande.

67. Jag är också av den uppfattningen att det specifika sätt som Nintendo har avsett att deras konsoler ska användas på saknar relevans för bedömningen av huruvida skydd bör ges mot tillhandahållande av PC Box anordningar. Det avgörande är huruvida anordningarna omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6.2 i direktiv 2001/29, och det är därför den andra aspekten av frågan – omfattningen, arten och betydelsen av användningen av PC Box anordningar – som ska behandlas.

68. När en teknisk åtgärd åtnjuter skydd enligt artikel 6.2 i direktiv 2001/29 ska det skyddet, såsom kommissionen har påpekat, ges mot tillverkning, import, spridning, försäljning, uthyrning, marknadsföring i försäljnings- eller uthyrningssyfte eller innehav i kommersiellt syfte av anordningar, produkter eller komponenter eller tillhandahållande av tjänster som a) marknadsförs eller utannonseras i syfte att kringgå den tekniska åtgärden i fråga, eller b) endast har ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver att kringgå åtgärden, eller c) huvudsakligen är utformade, konstruerade, anpassade eller framtagna i syfte att möjliggöra eller underlätta kringgående av åtgärden. I det fall inget av dessa kriterier är uppfyllt, ska inget skydd ges enligt dessa bestämmelser. Däremot räcker det att ett enda kriterium är uppfyllt för att skydd ska ges.

69. Den nationella domstolen är i sin fråga uppenbarligen mindre intresserad av a) eller c), det vill säga i vilket syfte anordningarna marknadsförs eller har utformats, än av b), det vill säga vilket kommersiellt användningsområde av betydande art som anordningarna i fråga har. Den nationella domstolen vill veta vilka typer av kriterier – kvantitativa och/eller kvalitativa – som ska tillämpas för att bedöma huruvida PC Box mod chips eller game copiers "endast har ett begränsat kommersiellt intresse eller användningsområde av betydande art utöver att kringgå" de tekniska åtgärder som Nintendo har installerat?

70. Hänvisningen till kvantitativa kriterier i frågan förefaller tyda på att den nationella domstolen planerar att pröva bevisning beträffande exempelvis hur ofta PC Box anordningar faktiskt används för att göra det möjligt att spela otillåtna kopior av Nintendospel och Nintendolicensierade spel på Nintendokonsoler och hur ofta de används för att göra det möjligt att spela spel som inte gör intrång i upphovsrätten i Nintendospel och Nintendolicensierade spel.

71. Nintendo har gjort gällande att detta är en missuppfattning. Det avgörande är inte huruvida det finns några *andra kommersiella intressen eller användningsområden av betydande art utöver att underlätta intrång* i den ensamrätt som skyddas av de tekniska åtgärderna, utan huruvida det finns *andra kommersiella intressen eller användningsområden av betydande art utöver att kringgå dessa åtgärder*, oavsett vilken typ av handling eller verksamhet som därigenom underlättas.

72. Vid förhandlingen framhöll kommissionen dock att syftet med direktiv 2001/29 inte är att skapa några andra rättigheter än de som specificeras i artiklarna 2–4 (i huvudsak att bevilja eller inte bevilja tillstånd till återgivning, överföring eller spridning av ett skyddat verk). Rättsligt skydd enligt artikel 6 krävs endast mot kringgående som skulle göra intrång i dessa specifika rättigheter.²⁰ Följaktligen bör hänsyn tas till det slutliga ändamålet med eller användningsområdet för PC Box anordningar, och inte bara till frågan huruvida det finns kommersiella intressen eller användningsområden av betydande art utöver kringgåendet av Nintendos tekniska åtgärder.

73. Jag delar kommissionens uppfattning i frågan och skulle vilja lägga till att samma faktorer även är relevanta för bedömningen av Nintendos tekniska åtgärder i sig.

20 — Kommissionen har påpekat att det såväl i det ursprungliga förslaget som i det ändrade förslaget till direktiv 2001/29 specificerades att artikel 6.1 och 6.2 avsåg "otillåtet kringgående av någon form av effektiv teknisk åtgärd som är utformad för att skydda någon upphovsrätt eller några rättigheter som är knutna till upphovsrätt ..." och att det bara var för att "förenkla utkastet" som rådet tog bort den specifikationen (se Gemensam ståndpunkt (EG) nr 48/2000 av den 28 september 2000, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet, EGT C 344, s. 1).

74. Det är ostridigt att Nintendos tekniska åtgärder hindrar såväl otillåtna handlingar (användningen av otillåtna kopior av Nintendospel och Nintendolicensierade spel) och handlingar som inte kräver tillstånd (användningen av andra spel) och att PC Box anordningar i båda fallen kringgår detta hinder. Hindrandet och kringgåendet pågår således samtidigt. De utgör två sidor av samma mynt.

75. Den omfattning i vilken PC Box anordningar faktiskt används för andra syften än att göra det möjligt att göra intrång i ensamrätter är därför en faktor som ska beaktas för att såväl avgöra frågan huruvida dessa anordningar omfattas av artikel 6.2 i direktiv 2001/29 som huruvida Nintendos tekniska åtgärder klarar proportionalitetstestet. Om det kan fastställas att åtgärderna främst används för sådana andra syften (och huruvida en sådan omständighet kan fastställas är något som det ankommer på den nationella domstolen att avgöra), används de inte enbart på ett sätt som inte gör intrång i någon av de ensamrätter som garanteras genom direktiv 2001/29, utan finns det mycket som tyder på att de tekniska åtgärderna inte är proportionella. Om det däremot kan fastställas att anordningarna främst används på ett sätt som gör intrång i ensamrätter, är detta en stark indikation på att åtgärderna är proportionella. Om det går att göra en kvantitativ bedömning av vad som är slutmålet med att med hjälp av anordningarna kringgå de tekniska åtgärderna kommer en sådan bedömning därför att vara relevant för fastställandet av såväl huruvida Nintendos tekniska åtgärder rent allmänt ska åtnjuta rättsligt skydd som huruvida skydd bör ges mot saluföring av PC Box anordningar.

76. Den fråga om kvalitativa kriterier som den nationella domstolen har tagit upp har knappt behandlats alls i de yttranden som inkommit till domstolen. Av begäran om förhandsavgörande att döma förefaller den nationella domstolens uppfattning vara att det kan vara viktigare att göra det möjligt att använda Nintendos konsoler för syften som inte gör intrång i några ensamrätter än att förhindra eller begränsa otillåtna handlingar.

77. Som jag har redogjort för ovan²¹ kan sådana överväganden vara relevanta när proportionalitetstestet tillämpas på Nintendos tekniska åtgärder. Enligt min mening kan sådana överväganden dessutom vara relevanta för frågan huruvida skydd måste ges mot saluföringen av PC Box anordningar.

78. Jag delar uppfattningen att det i vissa fall kan vara betydelsefullt (och i andra fall mindre betydelsefullt) att genomförandet av tekniska åtgärder som skyddar ensamrätter inte inkräktar på användares rätt att utföra handlingar som inte kräver tillstånd. I den mån de senare inte är grundläggande rättigheter ska dock vederbörlig hänsyn tas även till vikten av att skydda upphovsrätt och närstående rättigheter. Trots det ska sådana kvalitativa kriterier ses i ljuset av de kvantitativa kriterier som diskuterades ovan, nämligen den relativa omfattningen och frekvensen av de användningsområden som innebär intrång i ensamrätter och de användningsområden som inte innebär intrång i ensamrätter.

Förslag till avgörande

79. Mot bakgrund av ovan anförda överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Tribunale di Milano har ställt på följande sätt:

- 1) Europaparlaments och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället ska tolkas så, att "tekniska åtgärder" i den mening som avses i artikel 6 i det direktivet inte enbart kan innefatta åtgärder som har införlivats i själva de skyddade verken utan även i anordningar som har utförmats för att möjliggöra åtkomst till dessa verk.

21 — Se punkt 61.

- 2) Vid fastställandet av huruvida åtgärder av detta slag ska åtnjuta skydd enligt artikel 6 i direktiv 2001/29/EG när deras effekt är att förhindra eller begränsa såväl handlingar som kräver rättsinnehavarens tillstånd i enlighet med det direktivet som handlingar som inte kräver något sådant tillstånd, ska en nationell domstol kontrollera huruvida tillämpningen av åtgärderna är förenlig med proportionalitetsprincipen och, framför allt, bedöma huruvida det med dagens teknik går att uppnå den första effekten utan att den andra effekten uppstår, eller endast uppstår i begränsad omfattning.
- 3) Vid fastställandet av huruvida skydd ska ges mot varje tillhandahållande av anordningar, produkter, komponenter eller tjänster i enlighet med artikel 6.2 i direktiv 2001/29, är det inte nödvändigt att bedöma det särskilda användningsområde som rättsinnehavaren tillskriver en anordning som har utformats för att möjliggöra åtkomst till skyddade verk. Däremot är det relevant att överväga i vilken omfattning de anordningar, produkter, komponenter eller tjänster som det begärs skydd mot används, eller kan användas, för berättigade ändamål utöver att möjliggöra handlingar som kräver rättsinnehavarens tillstånd.