JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
19 päivänä syyskuuta 2013 [1]

**Asia C-355/12**

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

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunale di Milano (Italia))

Tekijänoikeudet ja lähioikeudet tietoyhteiskunnassa — Sellaisille teknisille toimenpiteille annettava suoja, jotka on suunniteltu estämään teot, joihin ei ole saatu lupaa oikeudenhaltijalta, tai rajoittamaan niitä — Videopelikonsolit, jotka ovat rakenteeltaan sellaisia, ettei niissä voida käyttää muiden kuin konsolinvalmistajan hyväksymiä pelejä — Laitteet, joilla voidaan kiertää tällaiset toimenpiteet — Konsolien aiotun käytön merkitys — Laitteiden mahdollisten käyttötapojen laajuuden, luonteen ja olennaisuuden merkitys

1. Direktiivin 2001/29 [2] 6 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on säädettävä riittävästä oikeudellisesta suojasta sellaisia tekoja tai toimintoja vastaan, joilla kierretään tai joiden tarkoitus on kiertää tehokkaat tekniset toimenpiteet, jotka on suunniteltu estämään teot, joihin ei ole saatu lupaa tekijänoikeuden tai tekijänoikeuden lähioikeuksien haltijalta, tai rajoittamaan niitä.

2. Valmistaja rakentaa videopelit ja konsolit, joilla näitä pelejä pelataan, siten, että niiden on tunnistettava toisensa salatun tiedonvaihdon avulla, ennen kuin pelejä voidaan pelata konsoleilla. Ilmoitettuna tarkoituksena on varmistaa, että konsoleilla (joilla ei väitetä olevan direktiivin 2001/29 mukaista suojaa) voidaan pelata ainoastaan valmistajan itsensä valmistamia tai sen lisenssillä valmistettuja pelejä (joilla on direktiivin 2001/29 mukainen suoja), ja estää siten konsoleiden käyttö suojattujen pelien luvattomien kopioiden pelaamiseen.

3. Toinen markkinatoimija pitää kaupan laitteita, joiden avulla konsoleilla voidaan pelata muitakin pelejä, myös pelejä, jotka eivät ole konsolinvalmistajan valmistamia tai hyväksymiä. Se väittää, ettei valmistajan – joka haluaa estää mainittujen laitteiden kaupan pitämisen – tarkoituksena ole estää peliensä luvatonta kopiointia (tavoite, jota on direktiivin 2001/29 6 artiklan mukaisesti suojattava kiertämiseltä) vaan lisätä peliensä myyntiä (tavoite, joka ei edellytä suojelua).

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Tekijänoikeuden ja lähioikeuksien tiettyjen piirteiden yhdenmukaistamisesta tietoyhteiskunnassa 22.5.2001 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2001/29/EY (EYVL L 167, s. 10).

4. Tribunale di Milano (Milanon alioikeus) tiedustelee tätä taustaa vasten lähinnä, i) kattaako direktiivin 2001/29 6 artikla laitteistoon (konsoliin) asennetut tunnistuslaitteet ja varsinaiseen tekijänoikeudella suojattuun aineistoon sisällytetyt salatut koodit, vaikka ne rajoittavat laitteiden ja tuotteiden yhteentoimivuutta, ja ii) kun määritetään, onko muilla laitteilla muuta merkittävää kaupallista merkitystä tai käyttöä kuin teknisen suojauksen kiertäminen, mikä on konsolien aiotun käytön merkitys ja miten on arvioitava muiden laitteiden erilaisia käyttöjä.

5. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin rajaa kysymyksensä koskemaan direktiivin 2001/29 tulkintaa. Videopeli on kuitenkin suurelta osin eräänlainen tietokoneohjelma (vaikka se saattaa sisältää myös muunlaisia teossuojaa nauttivia osia eli narratiivista ja graafista aineistoa), ja tietokoneohjelmat kuuluvat direktiivin 2009/24 soveltamisalaan. [3]

## Yhteenveto asiaa koskevasta unionin lainsäädännöstä

6. Seuraavassa esitetään yhteenveto direktiivin 2001/29 ja direktiivin 2009/24 tärkeimmistä asiaa koskevista säännöksistä.

### *Direktiivi 2001/29*

7. Direktiivin 2001/29 johdanto-osassa tunnustetaan, että teknisten toimenpiteiden kehittyminen lisää oikeudenhaltijoiden mahdollisuuksia estää teot, joihin ne eivät ole antaneet lupaa, tai rajoittaa niitä, mutta ilmaistaan huoli siitä, että keinot kiertää lainvastaisesti näitä toimenpiteitä kehittyvät samaa vauhtia. Oikeudenhaltijoiden käyttöön ottamille toimenpiteille on siten annettava oikeudellinen suoja. [4] Tällaista oikeudellista suojaa olisi annettava teknisille toimenpiteille, jotka tehokkaasti rajoittavat tekoja, joihin tekijänoikeuden, tekijänoikeuden lähioikeuksien tai tietokantoihin liittyvän sui generis -oikeuden haltijat eivät ole antaneet lupaa, estämättä kuitenkaan elektronisten laitteiden normaalia toimintaa ja niiden teknistä kehitystä. Oikeudellisen suojan olisi oltava oikeasuhteista, eikä se saisi estää laitteita tai toimintoja, joilla on teknisen suojauksen kiertämisen lisäksi muuta kaupallista merkitystä. [5] Direktiivissä 2001/29 myönnetyn oikeudellisen suojan ei pidä myöskään olla päällekkäinen direktiiviin 2009/24 perustuvan suojan kanssa, joka myönnetään tietokoneohjelmien yhteydessä käytettäville teknisille toimenpiteille. [6]

8. Direktiivin 2001/29 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa täsmennetäänkin, ettei direktiivi aiheuta muutoksia eikä millään tavoin vaikuta voimassa oleviin unionin säädöksiin, jotka koskevat tietokoneohjelmien oikeudellista suojaa.

9. Direktiivin 6 artiklan otsikkona on ”Teknisiä toimenpiteitä koskevat velvoitteet”.

10. Direktiivin 6 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on säädettävä riittävästä oikeudellisesta suojasta tehokkaiden teknisten toimenpiteiden kiertämistä vastaan, jos asianomainen teon suorittaja on tiennyt tai jos hänellä on ollut perusteltu aihe tietää toimintansa tarkoittavan kiertämistä.

3 — Tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta 23.4.2009 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/24/EY (kodifioitu toisinto) (EUVL L 111, s. 16). Direktiivillä 2009/24 kumottiin ja korvattiin tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta 14.5.1991 annettu neuvoston direktiivi 91/250/ETY (EYVL L 122, s. 42).

4 — Ks. johdanto-osan 47 perustelukappale.

5 — Ks. johdanto-osan 48 perustelukappale.

6 — Ks. johdanto-osan 50 perustelukappale. Viittaus oli alun perin tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta 14.5.1991 annettuun neuvoston direktiiviin 91/250/ETY (EYVL L 122, s. 42), joka kumottiin ja korvattiin direktiivillä 2009/24 (ks. viimeksi mainitun direktiivin 10 artikla).

11. Direktiivin 6 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on säädettävä riittävästä oikeudellisesta suojasta sellaisten laitteiden, tuotteiden tai osien valmistusta, maahantuontia, levitystä, myyntiä, vuokrausta, myyntiin tai vuokraukseen liittyvää mainostamista tai kaupallisessa tarkoituksessa tapahtuvaa hallussapitoa taikka sellaisten palvelujen tarjoamista vastaan, joita a) markkinoidaan, mainostetaan tai pidetään kaupan tehokkaiden teknisten toimenpiteiden kiertämiseksi tai b) joiden tarkoituksella tai käytöllä on tällaisen kiertämisen lisäksi vain vähäistä muuta kaupallista merkitystä tai c) jotka on pääasiallisesti suunniteltu, tuotettu, mukautettu tai toteutettu siten, että niiden tarkoituksena on mahdollistaa tehokkaiden teknisten toimenpiteiden kiertäminen tai helpottaa sitä.

12. Direktiivin 6 artiklan 3 kohtaan sisältyvän määritelmän mukaan ”’teknisillä toimenpiteillä’ tarkoitetaan tekniikoita, laitteita tai osia, jotka on suunniteltu normaalissa käyttötarkoituksessa estämään tai rajoittamaan teoksiin tai muuhun aineistoon kohdistuvia tekoja, joihin ei ole saatu lupaa – – tekijänoikeuden tai tekijänoikeuden lähioikeuksien haltijalta – –”. Teknisiä toimenpiteitä pidetään tehokkaina, jos oikeudenhaltijat valvovat suojatun teoksen käyttöä jonkin sellaisen pääsynvalvontatoimen tai suojauskeinon avulla, jolla tavoiteltu suoja saavutetaan ja joita ovat esimerkiksi suojatun aineiston salaus, muuntaminen tai muunlainen muuttaminen taikka kopioinnin valvontajärjestelmä.

*Direktiivi 2009/24*

13. Direktiivin 2009/24 johdanto-osassa annetun määritelmän mukaan tietokoneohjelma käsittää nähtävästi myös laitteistoon sisältyvät ohjelmat,[7] ja johdanto-osassa todetaan yksiselitteisesti, että ainoastaan ”tietokoneohjelman ilmaisumuotoa” suojataan, ei ohjelman perustana olevia ideoita ja periaatteita.[8] Johdanto-osassa täsmennetään, että ”sen koodin muodon luvaton toisintaminen, kääntäminen, sovittaminen tai muuttaminen, jossa tietokoneohjelman kappale on saatettu saataville”, on tekijän yksinoikeuteen kohdistuva loukkaus, mutta tunnustetaan, että ohjelman koodin toisintaminen ja sen muodon kääntäminen voivat kuitenkin olla välttämättömiä, jotta esimerkiksi ohjelman ja muiden ohjelmien välinen yhteentoimivuus saavutetaan ja jotta kaikki tietokonejärjestelmän osat, muiden valmistajien valmistamat osat mukaan lukien, voivat toimia yhdessä. Tällaisissa rajatuissa tapauksissa ”ohjelman kappaleen käyttämiseen oikeutetun” tekoihin ei voida vaatia oikeudenhaltijan lupaa.[9] Tietokoneohjelmien tekijänoikeuden suoja ei kyseeseen tulevissa tapauksissa saa estää muiden suojamuotojen soveltamista. Kaikkien sopimusmääräysten, jotka ovat tässä direktiivissä säädettyjen muun muassa varmuuskappaleen valmistamista koskevien poikkeusten vastaisia, on oltava mitättömiä.[10]

14. Jäsenvaltioiden on näin ollen direktiivin 1 artiklan 1 ja 2 kohdan mukaisesti annettava tietokoneohjelmille (myös niiden eri ilmaisumuodoille mutta ei niiden perustana oleville ideoille ja periaatteille) tekijänoikeudellinen suoja Bernin yleissopimuksessa tarkoitettuina kirjallisina teoksina.[11]

7 — Ks. johdanto-osan seitsemäs perustelukappale. Termin määritteleminen johdanto-osassa on epätavallista lainsäädäntötekniikassa. Säädöstekstien laatimiseen osallistujille laaditun Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission yhteisen käytännön oppaan 14 kohdassa todetaan, että termit, jotka eivät ole yksiselitteisiä, ”olisi määriteltävä samassa artiklassa lainsäädäntötoimen alussa”. Ks. myös asia C-136/04, Deutsches Milch-Kontor, tuomio 24.11.2005 (Kok., s. I-10095, 32 kohta) ja äskettäin julkisasiamies Jarabo-Colomerin esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-192/08, TeliaSonera Finland, tuomio 12.11.2009 (Kok., s. I-10717, erityisesti ratkaisuehdotuksen 89 kohta).

8 — Ks. johdanto-osan 11 perustelukappale.

9 — Ks. johdanto-osan 15 perustelukappale.

10 — Ks. johdanto-osan 16 perustelukappale.

11 — Bernin yleissopimus kirjallisten ja taiteellisten teosten suojaamisesta (1886), sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna vuonna 1979. Kaikki jäsenvaltiot ovat Bernin yleissopimuksen osapuolia.

15. Direktiivin 4 artiklan 1 kohdan a ja c alakohdan mukaan oikeudenhaltijan yksinoikeuksien on käsitettävä muun muassa ”oikeu[s] seuraaviin tekoihin tai niiden sallimiseen”: a) ”tietokoneohjelman tai sen osan pysyvä tai tilapäinen toisintaminen millä tavoin ja missä muodossa tahansa” ja c) ”alkuperäisen tietokoneohjelman tai sen kappaleiden levitys yleisölle vuokraamalla tai millä tahansa muulla tavalla”.

16. Direktiivin 5 artiklassa säädetään kuitenkin useista poikkeuksista näihin yksinoikeuksiin. Erityisesti henkilö, jolla on laillisesti hallussaan tietokoneohjelma ja jolla on laillinen oikeus käyttää sitä, ei tarvitse lupaa tietokoneohjelman toisintamiseen, jos se on tarpeen, jotta henkilö voi käyttää ohjelmaa aiotun tarkoituksen mukaisesti, virheiden korjaaminen mukaan lukien; varmuuskappaleen valmistamiseen, sikäli kuin se on ohjelman käytön kannalta tarpeen; tai tietokoneohjelman tarkkailemiseen, tutkimiseen tai kokeilemiseen niiden ideoiden ja periaatteiden selvittämiseksi, jotka ovat ohjelman osan perustana, jos hän tekee sen sellaisen teon yhteydessä, johon hänellä on oikeus.

17. Direktiivin 2009/24 6 artiklan otsikossa olevaa termiä ”Analysointi” (Decompilation, takaisinmallinnus) ei ole määritelty tarkemmin. Direktiivin 6 artiklan 1 kohdan mukaan oikeudenhaltijan suostumusta ei vaadita, jos koodin toisintaminen ja sen muodon kääntäminen on välttämätöntä yhteentoimivuuden saavuttamiseksi tietokoneohjelmien välillä ja jos seuraavat edellytykset täyttyvät: a) nämä teot suorittaa lisenssinhaltija tai hänen lukuunsa henkilö, jolla on siihen oikeus, b) yhteentoimivuuden saavuttamisen kannalta tarpeellinen tieto ei aikaisemmin ole ollut a alakohdassa tarkoitettujen henkilöiden saatavilla ja c) nämä teot rajoittuvat niihin alkuperäisen ohjelman osiin, jotka ovat yhteentoimivuuden saavuttamisen kannalta tarpeen. Direktiivin 6 artiklan 2 kohdassa säädetään lisäksi, että tietoja, jotka on saatu 1 kohdan säännöksiä sovellettaessa, voidaan käyttää vain yhteentoimivuuden saavuttamiseen, ja sen 3 kohdassa säädetään, ettei oikeudenhaltijan oikeutetuille eduille saa aiheuttaa haittaa.

18. Direktiivin 2009/24 7 artikla koskee erityisiä suojaa koskevia toimenpiteitä. Siinä edellytetään jäsenvaltioita toteuttamaan aiheelliset oikeussuojakeinot erityisesti sellaista henkilöä vastaan, joka tietoisesti laskee liikkeelle tai pitää hallussaan kaupallisia tarkoituksia varten tietokoneohjelman laitonta kappaletta taikka välineitä, joiden yksinomaisena aiottuna käyttötarkoituksena on helpottaa tietokoneohjelman suojaamiseen mahdollisesti käytetyn teknisen apuvälineen luvatonta poistamista tai kiertämistä.

## Tosiseikat, oikeudenkäyntimenettely ja ennakkoratkaisukysymykset

19. Ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa kantajina on kolme Nintendo-konserniin (jäljempänä Nintendo) kuuluvaa yritystä, jotka valmistavat videopelejä ja konsoleja, ja vastaajana on PC Box Srl -niminen yhtiö (jäljempänä PC Box), joka pitää internetsivustoillaan kaupan niin sanottuja mod-piirejä (mod chips) ja pelien kopiointilaitteita (game copiers). Molempien laitteiden avulla Nintendon konsoleissa voidaan pelata pelejä, jotka eivät ole Nintendon tai riippumattomien valmistajien Nintendon lisenssillä valmistamia videopelejä (jäljempänä Nintendon omat ja Nintendon lisensoimat pelit). Vastaajana on myös PC Boxin internetsivustoa isännöivä internetpalvelun tarjoaja.[12] Nintendo yrittää estää PC Boxin laitteiden myynnin.

20. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin antaa joitakin teknisiä tietoja (ja Nintendo on antanut niitä vielä enemmän) siitä, miten PC Boxin laitteiden avulla Nintendon konsoleissa voidaan pelata muita kuin Nintendon omia ja Nintendon lisensoimia pelejä. Suurella osalla näistä tiedoista ei mielestäni ole merkitystä asiassa esitettyjen oikeuskysymysten kannalta. Riittää, kun todetaan seuraavaa.

12 — Tämä ennakkoratkaisupyyntö ei koske internetpalvelun tarjoajan (9NetSrl) osallisuutta.

21. Käsiteltävässä asiassa on kyse Nintendon valmistamista kahdentyyppisistä konsoleista (DS-konsoleista ja Wii-konsoleista) sekä niihin suunnitelluista Nintendon omista ja Nintendon lisensoimista peleistä. Nintendo väittää tarjoavansa maksutonta tukea pelien valmistajille, joille se on myöntänyt lisenssin ja joiden kanssa se myy pelejään kilpailuasetelmassa, koska se ei vaadi näiltä valmistajilta lisenssimaksuja, vaikka periikin niiltä maksun kaseteista tai dvd-levyistä, joille pelit tallennetaan ja jotka jo sisältävät merkityksellisen salatun tiedon. DS-konsolien pelit on tallennettu kasetteihin, jotka kiinnitetään konsoliin; Wii-konsolien pelit on tallennettu dvd-levyihin, jotka syötetään konsolin sisään. Kasetit ja dvd-levyt sisältävät salattua tietoa, joka on vaihdettava konsoleissa olevaan salattuun tietoon, jotta pelejä voidaan pelata näillä konsoleilla.

22. On kiistatonta, että PC Boxin laitteiden avulla voidaan kiertää esto, joka perustuu salatun tiedon vaihtamiseen yhtäältä Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien ja toisaalta Nintendon konsolien välillä. Niin ikään on kiistatonta, että Nintendon toimenpiteisiin perustuva esto estää muiden kuin Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien pelaamisen Nintendon konsoleilla ja että PC Boxin laitteilla kierretään myös tämä esto.

23. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan Nintendo väittää liittäneensä konsoleihinsa ja peleihinsä laillisesti teknisiä toimenpiteitä varmistaakseen, ettei sen konsoleissa voida käyttää Nintendon omien tai Nintendon lisensoimien pelien luvattomia kopioita. Nintendo väittää lisäksi, että PC Boxin laitteiden ensisijainen tarkoitus tai käyttö on teknisten toimenpiteiden kiertäminen.

24. PC Box pohtii, tuleeko videopelejä pitää tietokoneohjelmina vai suojattuina teoksina. PC Box väittää pitävänsä kummassakin tapauksessa kaupan Nintendon alkuperäisiä konsoleita yhdessä sellaisen ohjelmistopaketin kanssa, joka koostuu riippumattomien valmistajien sovelluksista,[13] joita on tarkoitus käyttää kyseisissä konsoleissa yhdessä sellaisten mod-piirien tai kopiointilaitteiden kanssa, joiden tehtävänä on sivuuttaa konsoleihin asetettu esto. PC Box katsoo myös, että Nintendon todellinen tarkoitus on i) estää sellaisten riippumattomien ohjelmistojen käyttö, jotka eivät kuulu videopelien laittomien kopioiden alaan, ja ii) jakaa markkinat osiin tekemällä yhdellä maantieteellisellä alueella ostetuista peleistä yhteensopimattomia toisella alueella ostettujen konsolien kanssa. Tämän vuoksi se riitauttaa sen, että Nintendo soveltaa teknisiä toimenpiteitä peliensä lisäksi myös laitteistoihinsa, mitä PC Box pitää direktiivin 2001/29 6 artiklan 3 kohdan vastaisena.

25. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, että Italian tuomioistuinten oikeuskäytännön mukaan kyseessä olevien kaltaisia videopelejä ei voida pitää pelkästään tietokoneohjelmina vaan ne ovat monimutkaisia multimediateoksia, jotka sisältävät käsitteellisesti toisistaan riippumattomia narratiivisia ja graafisia luomuksia. Näiden pelien on siksi katsottava olevan tekijänoikeudellisesti suojattuja teoksia. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa lisäksi, että Nintendon konsoleissaan käyttöön ottamat tekniset toimenpiteet ehkäisevät ainoastaan epäsuorasti pelien luvatonta kopiointia ja että pelin ja konsolin välistä tietojenvaihtoa koskeva edellytys johtaa paitsi siihen, että ainoastaan Nintendon omia ja Nintendon lisensoimia pelejä voidaan pelata Nintendon konsoleilla, myös siihen, ettei näitä pelejä voida pelata millään muulla konsolilla, mikä rajoittaa yhteentoimivuutta ja kuluttajan valinnanmahdollisuuksia.

26. Tämän vuoksi Tribunale di Milano on esittänyt seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko direktiivin 2001/29/EY 6 artiklaa, kun huomioon otetaan myös kyseisen direktiivin johdanto-osan 48 perustelukappale, tulkittava niin, että tekijänoikeudella suojattujen teosten tai aineiston teknisten suojatoimenpiteiden suoja voidaan ulottaa myös saman yrityksen valmistamaan ja kaupan pitämään järjestelmään, jossa laitteistoon asennetaan laite, joka tunnistaa suojatut teokset (saman yrityksen ja kolmansien osapuolten, jotka ovat suojattujen teosten oikeudenhaltijoita, valmistamat videopelit) sisältävästä alustasta tunnistekoodin, jonka

13 — Riippumattomien valmistajien videopelejä, jotka on tarkoitettu käytettäviksi Nintendon konsolien kaltaisissa suljetuissa laitteistossa, nimitetään usein homebrew-peleiksi.

puuttuessa teosta ei voida katsella eikä käyttää kyseisessä järjestelmässä, jolloin kyseinen laitteisto sisältää järjestelmän, joka ei ole yhteentoimiva sellaisten täydentävien laitteiden ja tuotteiden kanssa, jotka ovat peräisin muualta kuin kyseisen järjestelmän valmistaneesta yrityksestä?

2) Voidaanko direktiivin 2001/29/EY 6 artiklaa, kun huomioon otetaan myös kyseisen direktiivin johdanto-osan 48 perustelukappale, siinä tapauksessa, että joudutaan arvioimaan, onko tuotteen tai osan käyttö teknisen suojatoimenpiteen kiertämiseen ensisijaista verrattuna sen muuhun kaupalliseen merkitykseen, tulkita niin, että kansallisen tuomioistuimen on käytettävä arviointiperusteita, joissa keskitytään siihen nimenomaiseen aiottuun käyttöön, jonka oikeudenhaltija on määrittänyt tuotteelle, jossa suojattu sisältö on, vai onko sen käytettävä joko vaihtoehtoisesti tai tämän lisäksi keskenään verrattavien käyttöjen yleisyyttä koskevia määrällisiä perusteita tai käyttöjen luonnetta ja merkitystä koskevia laadullisia perusteita?” [14]

27. Nintendo, PC Box, Puolan hallitus ja Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Nintendo, PC Box ja komissio esittivät suullisia huomautuksia 30.5.2012 pidetyssä istunnossa.

## Asian tarkastelu

### *Alustavat huomautukset*

28. Ensinnäkin on osoitettu, että käsiteltävän asian osapuolten välinen riita-asia koskee tekijänoikeuslainsäädännön lisäksi sitä, ovatko Nintendon käyttöön ottamat toimenpiteet laillisia kilpailusääntöjen näkökulmasta. Koska ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät kysymykset koskevat ainoastaan tekijänoikeuslainsäädännön kysymyksiä, tässä asiassa ei ole mielestäni tarpeen lausua kilpailulainsäädännöstä.

29. Toiseksi näyttää siltä, että Nintendon käyttöön ottamilla teknisillä toimenpiteillä on tarkoitus estää luvattomat teot, jotka kohdistuvat paitsi Nintendon omaan tekijänoikeudella suojattuun aineistoon (Nintendon pelit) myös lisenssin saaneiden riippumattomien valmistajien aineistoon, tai rajoittaa niitä. [15] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa ensimmäisessä kysymyksessään epäsuorasti siihen, edellyttääkö tekniselle toimenpiteelle direktiivin 2001/29 6 artiklan mukaisesti annettava suoja, että oikeudenhaltija on itse ottanut kyseisen toimenpiteen käyttöön, mutta se ei mainitse tätä seikkaa perusteluissaan eikä käsittele sitä unionin tuomioistuimelle esittämissään huomautuksissa. Sitä ei käsitellä myöskään tässä ratkaisuehdotuksessa.

30. Kolmanneksi käsiteltävän asian ratkaisu riippuu tosiseikkoja koskevista toteamuksista, jotka ainoastaan ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin voi tehdä (ja olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että nämä toteamukset on tehtävä erikseen PC Boxin laitteiden ja kummankin Nintendon konsolityypin osalta). Unionin tuomioistuin ei voi esimerkiksi tehdä päätelmiä tai ilmaista kantaansa siitä, missä määrin Nintendon tarkoituksena tai aikomuksena on tosiasiassa estää sen pelien laiton kopiointi ja/tai hankkia kaupallista hyötyä estämällä tuotteiden yhteentoimivuus muiden tuotteiden kanssa. Unionin tuomioistuin ei voi myöskään ratkaista, täyttävätkö PC Boxin laitteet tosiasiassa yhden tai useamman direktiivin 2001/29 6 artiklan 2 kohdassa mainituista arviointiperusteista. Se voi ainoastaan antaa ohjeita siitä, millaiset seikat voivat olla merkityksellisiä sovellettaessa tämän artiklan täytäntöön panevaa kansallista lainsäädäntöä.

14 — Vaikka toisen kysymyksen varsinainen sanamuoto voi jäädä epäselväksi, ennakkoratkaisupyynnössä esitetyistä perusteluista käy selvästi ilmi, että ”käytöt”, joihin määrällisten tai laadullisten perusteiden yhteydessä viitataan, ovat arvioitavan ”tuotteen tai osan” (tässä tapauksessa mod-piirin tai pelin kopiointilaitteen) käyttöjä eivätkä ”tuotteen, jossa suojattu sisältö on” (konsolin) käyttöjä.

15 — Ks. edellä 21 kohta.

*Direktiivin 2009/24 merkitys*

31. Ennakkoratkaisupyynnöstä käy selvästi ilmi, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on tehnyt joitakin tosiseikkoja koskevia toteamuksia Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien luonteesta ja päätellyt vastoin PC Boxin esittämiä väitteitä, ettei pelejä voida pitää direktiivissä 2009/24 tarkoitettuina tietokoneohjelmina vaan direktiivin 2001/29 soveltamisalaan kuuluvina monimutkaisina multimediateoksina.

32. Puolan hallitus ehdotti kirjallisissa huomautuksissaan, että näitä toteamuksia olisi vielä tutkittava, vaikka sen oma, joskaan ei täysin tyhjentävä, arviointi näytti johtavan samansuuntaiseen päätelmään. Unionin tuomioistuin pyysi siksi istuntoon osallistuneita osapuolia (Nintendoa, PC Boxia ja komissiota) tarkastelemaan direktiivin 2001/29 sovellettavuutta käsiteltävän asian kaltaisissa olosuhteissa. Nintendo ja komissio hyväksyivät ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen omaksuman lähestymistavan. PC Box sen sijaan väitti, että käsiteltävän asian olosuhteissa merkityksellinen on direktiivi 2009/24 eikä direktiivi 2001/29 ja että PC Boxin suorittama takaisinmallinnus koski ainoastaan niitä ohjelman osia, joiden takaisinmallinnus on aivan välttämätöntä, jotta voitiin varmistaa yhteensopivuus Nintendon konsolien ja niiden homebrew-pelien välillä, jotka eivät ole tekijänoikeuden tai lähioikeuksien vastaisia.

33. Näyttää siltä, ettei unionin tuomioistuimella ole perusteita eikä toimivaltaa arvioida uudelleen ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamia tosiseikkoja ja että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamustensa perusteella tästä seikasta tekemää päätelmää on vaikea kyseenalaistaa unionin oikeuden perusteella.

34. Direktiivi 2009/24 koskee ainoastaan tietokoneohjelmia, kun taas direktiivi 2001/29 koskee yleisesti tekijänoikeuden ja lähioikeuksien suojaamia teoksia. Viimeksi mainitulla direktiivillä ei puututa eikä sillä vaikuteta millään tavalla voimassa olevaan unionin lainsäädäntöön, joka koskee muun muassa tietokoneohjelmien oikeudellista suojaa. Unionin tuomioistuin on näin ollen todennut, että direktiivi 2009/24 merkitsee lex specialis -säädöstä direktiivin 2001/29 säännöksiin nähden.[16] Tämä toteamus on mielestäni ymmärrettävä siten, että direktiivin 2009/24 säännökset ovat ensisijaisia direktiivin 2001/29 säännöksiin nähden mutta ainoastaan silloin, kun suojattu aineisto kuuluu kokonaisuudessaan ensiksi mainitun direktiivin soveltamisalaan. Jos Nintendon omat ja Nintendon lisensoimat pelit olisivat pelkkiä tietokoneohjelmia, niihin sovellettaisiin siten direktiiviä 2009/24 direktiivin 2001/29 sijasta. Jos Nintendo suojaisi tietokoneohjelmia eri teknisillä toimenpiteillä kuin muuta aineistoa, tietokoneohjelmiin voitaisiin soveltaa direktiiviä 2009/24 ja muuhun aineistoon direktiiviä 2001/29.

35. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kuitenkin todennut, ettei Nintendon omia ja Nintendon lisensoimia pelejä voida pitää pelkästään tietokoneohjelmina. Ne sisältävät myös tekijänoikeuden suojaamia teoksia, jotka koostuvat sekä narratiivisesta että graafisesta sisällöstä ja joita ei voida erottaa varsinaisista ohjelmista. Nintendon toimenpiteet vaikuttavat pelien saatavuuteen ja niiden käyttöön kokonaisuudessaan eivätkä ainoastaan pelien tietokoneohjelmasta muodostuvaan osaan. Suoja, joka direktiivissä 2009/24 myönnetään tietokoneohjelmiin kohdistuvia luvattomia tekoja vastaan on (5 ja 6 artiklassa säädettyjen poikkeuksien ansiosta)[17] hieman suppeampi kuin suoja, joka direktiivissä 2001/29 myönnetään sellaisten teknisten toimenpiteiden kiertämistä vastaan, jotka on suunniteltu estämään tai rajoittamaan yleisesti tekijänoikeuden suojaamiin teoksiin kohdistuvia luvattomia tekoja. Vaikuttaa siltä, että kun tekijänoikeuden suojaamat teokset koostuvat sekä tietokoneohjelmista että muusta aineistosta – ja kun näitä kahta ei voida erottaa toisistaan –, niille annettavan suojan olisi oltava viimeksi mainittu laajempi suoja, ei ensiksi mainittu suppeampi suoja. Muussa tapauksessa oikeudenhaltijat eivät saisi tälle muulle aineistolle sentasoista suojaa, mihin niillä on direktiivin 2001/29 nojalla oikeus.

16 — Asia C-128/11, UsedSoft, tuomio 3.7.2012, 51 kohta.

17 — Ks. edellä 16 ja 17 kohta.

36. Joka tapauksessa näyttää siltä, etteivät PC Boxin laitteiden käytön mahdollistamat teot, joista on kyse käsiteltävässä asiassa, kuulu direktiivin 2009/24 5 ja 6 artiklassa säädettyihin poikkeuksiin, vaikka myös tämän selvittäminen kuuluu ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tosiseikkoja koskevaan arviointiin.

37. Lopuksi panen merkille, että Saksan Bundesgerichtshof (liittovaltion ylimmän oikeusasteen tuomioistuin) on esittänyt unionin tuomioistuimelle erillisen kysymyksen direktiivin 2009/24 sovellettavuudesta kyseessä olevien kaltaisiin videopeleihin. [18] On mielestäni parempi, että unionin tuomioistuin vastaa tähän kysymykseen kyseisessä asiassa sille esitettävien laajempien huomautusten perusteella ja keskittyy käsiteltävässä asiassa tekemässään arvioinnissa ainoastaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esille tuomiin erityisiin tulkintakysymyksiin.

38. Tarkastelen näin ollen kysymyksiä ainoastaan direktiivin 2001/29 perusteella.

*Ennakkoratkaisukysymykset*

39. Tribunale di Milano esittää kaksi kysymystä, jotka se on muotoillut epäselvemmin kuin lienee ollut tarkoitus. [19]

40. Ensimmäinen kysymys sisältää ymmärtääkseni kaksi osaa. Ensinnäkin kysytään, käsittävätkö direktiivin 2001/29 6 artiklassa tarkoitetut ”tekniset toimenpiteet” varsinaiseen tekijänoikeuden suojaamaan aineistoon fyysisesti liitettyjen toimenpiteiden (käsiteltävässä asiassa sisällytetty kasetteihin tai dvd-levyihin, joihin pelit tallennetaan) lisäksi myös toimenpiteet, jotka on liitetty fyysisesti laitteisiin (käsiteltävässä asiassa sisällytetty konsoleihin, joilla pelejä pelataan), jotka ovat välttämättömiä kyseisen aineiston käyttämiseksi tai siitä nauttimiseksi. Toiseksi kysytään, täyttävätkö nämä toimenpiteet kyseisessä säännöksessä säädetyn suojan saannin edellytykset, jos (tai vaikka) ne paitsi rajoittavat tekijänoikeuden suojaaman aineiston luvatonta valmistamista myös estävät tämän aineiston käytön muilla laitteilla tai muun aineiston käytön kyseisillä laitteilla.

41. Toinen kysymys näyttää koskevan lähinnä sitä, millä perusteella on direktiivin 2001/29 6 artiklan 2 kohdan mukaisesti arvioitava sellaisten PC Boxin laitteiden kaltaisten laitteiden tarkoitusta ja käyttöä, joilla kierretään tai voidaan kiertää suojan saannin edellytykset täyttävät tekniset toimenpiteet. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa tässä yhteydessä yhtäältä ”nimenomaiseen aiottuun käyttöön, jonka oikeudenhaltija on määrittänyt tuotteelle, jossa suojattu sisältö on” (käsiteltävässä asiassa Nintendon konsolit), ja toisaalta varsinaisen laitteen, tuotteen tai osan (käsiteltävässä asiassa PC Boxin laitteiden) käytön laajuuteen, luonteeseen ja merkitykseen.

42. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa nähdäkseni selvittää ensiksi, täyttävätkö Nintendon käyttöön ottamat tekniset toimenpiteet suojan saannin edellytykset, koska ne on suunniteltu estämään teot, joihin ei ole saatu lupaa oikeudenhaltijalta, tai rajoittamaan niitä, vaikka ne rajoittavat myös yhteentoimivuutta; toiseksi ja ensin mainitusta erillään – jos näin on – selvitetään, onko tämä suoja annettava PC Boxin kaupan pitämiä laitteita vastaan, koska ne mahdollistavat tällaiset luvattomat teot tai helpottavat niitä. Katson kuitenkin, ettei näitä kahta kysymystä voida täysin erottaa toisistaan ja että tekijät, jotka mainitaan niistä toisen yhteydessä, voivat olla merkityksillisiä myös toisen kysymyksen ratkaisemisessa.

18 — Asia C-458/13, Grund ja Nintendo.

19 — Nintendo on siteerannut kokenutta oikeustieteilijää, joka on todennut seuraavaa: ”Näiden monimutkaisten kysymysten merkitystä on vaikea selvittää. (Euroopan unionin tuomioistuin saattaa joutua palauttamaan kysymykset Milanon tuomioistuimelle, jotta se saisi niistä alustavan selityksen joko tuomioistuimelta tai lingvistikomitealta)”. Tämä on ehkä liioittelua, mutta kysymyksiä ei todellakaan ole muotoiltu selkeästi.

Ensimmäinen kysymys

43. Kysymyksen ensimmäistä osaa voidaan nähdäkseni tarkastella erillään, eikä siihen liity merkittäviä ongelmia. Mikään direktiivin 2001/29 6 artiklan sanamuodossa ei sulje pois kyseisen kaltaisia toimenpiteitä, jotka on sisällytetty osittain pelimediaan ja osittain konsoleihin ja jotka perustuvat näiden kahden väliseen vuorovaikutukseen. Direktiivin 6 artiklan 3 kohdan määritelmä – ”tekniikat, laitteet tai osat, jotka on suunniteltu normaalissa käyttötarkoituksessa estämään tai rajoittamaan teoksiin tai muuhun aineistoon kohdistuvia tekoja, joihin ei ole saatu lupaa laissa säädetyn tekijänoikeuden – – haltijalta” – on laaja ja käsittää ”pääsynvalvontatoimen tai suojauskeinon – –, – – joita ovat esimerkiksi teoksen tai muun aineiston salaus, muuntaminen tai muunlainen muuttaminen taikka kopioinnin valvontajärjestelmä”. Jos soveltamisalan ulkopuolelle jätettäisiin toimenpiteet, jotka on osittain sisällytetty muihin kuin varsinaista tekijänoikeudella suojattua aineistoa sisältäviin laitteisiin, suurelta joukolta teknisiä toimenpiteitä vietäisiin suoja, joka direktiivillä on tarkoitus varmistaa.

44. Kysymyksen toinen osa ei ole yhtä suoraviivainen.

45. Sekä Nintendo että komissio ovat aivan oikein huomauttaneet, että teknisen toimenpiteen on oltava tehokas, jotta se voi saada direktiivin 2001/29 6 artiklaan perustuvan oikeudellisen suojan. Direktiivin 6 artiklan 3 kohdan mukaisesti toimenpiteen on näin ollen oltava suunniteltu siten, että se normaalissa käyttötarkoituksessa estää luvattomat teot tai rajoittaa niitä, minkä lisäksi sen on mahdollistettava tekijänoikeuden haltijan valvoman aineiston käyttö. Komissio huomauttaa niin ikään perustellusti, että toimenpiteillä on estettävä ne teot tai rajoitettava niitä tekoja, jotka direktiivin mukaan edellyttävät oikeudenhaltijan lupaa – eli tekijänoikeuden haltijan teoksen kappaleen valmistamista (2 artikla), välittämistä tai saattamista yleisön saataville (3 artikla) taikka levitystä (4 artikla).

46. Komissio katsoo, että käsiteltävässä asiassa on kyse nimenomaan teoista, jotka koskevat ensisijaisesti Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien kappaleen valmistamista ja toissijaisesti (koska kappaleita voidaan myöhemmin levittää) niiden levitystä. Mielestäni ei ole syytä päätyä vastakkaiseen näkemykseen.

47. Kuten edellä on korostettu, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on tehdä tosiseikkoja koskevat toteamukset, mutta Nintendon tekniset toimenpiteet vaikuttavat olevan tehokkaita, jollei Nintendon omien tai Nintendon lisensoimien pelien luvattoman kappaleen valmistamisen estämisessä, ainakin sen rajoittamisessa. Pitää paikkansa, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on todennut, että toimenpiteiden vaikutukset ovat tältä osin lähinnä epäsuoria (niiden välittömänä vaikutuksena on luvattomien kopioiden käytön estäminen Nintendon konsoleissa), mutta direktiivin 2001/29 6 artiklaan ei mielestäni sisälly mitään edellytystä tai erottelua, joka perustuisi vaikutusten välittömyyteen. Jos luvattomat kopiot ovat käyttökelvottomia (ainakin Nintendon konsoleissa), sillä on todennäköisesti hyvin rajoittava vaikutus niiden valmistamiseen ja myöhempään levitykseen. Vaikuttaa myös todennäköiseltä, että toimenpiteillä on tällainen vaikutus niiden ”normaalissa käyttötarkoituksessa”. Oletan tämän pitävän paikkansa myös jäljempänä.

48. Jos kyseisillä teknisillä toimenpiteillä olisi ainoastaan edellä mainitut vaikutukset, ne kuuluisivat selvästi direktiivin 2001/29 6 artiklan soveltamisalaan ja niille voitaisiin antaa vaadittu oikeudellinen suoja.

49. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksen taustalla on kuitenkin olettama siitä, että kyseisillä toimenpiteillä myös estetään ne teot ja rajoitetaan niitä tekoja, jotka direktiivin 2001/29 mukaan eivät edellytä oikeudenhaltijan lupaa – kuten Nintendon konsolien käyttöä muiden kuin Nintendon omien tai Nintendon lisensoimien pelien tai niistä tehtyjen kopioiden pelaamiseen taikka Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien pelaamista muilla kuin Nintendon valmistamilla konsoleilla.

50. Siltä osin kuin teknisillä toimenpiteillä on tällaisia muita vaikutuksia, direktiivissä 2001/29 ei edellytetä, että niille annetaan oikeudellista suojaa. Jos suojaa nimittäin annettaisiin, sille ei nähtävästi olisi mitään perusteita.

51. Ongelmalliseksi tilanteen tekee se, että samoilla toimenpiteillä estetään sekä teot, jotka edellyttävät lupaa, että teot, jotka eivät edellytä lupaa, tai rajoitetaan niitä.

52. Nintendon mukaan se seikka, että teknisillä toimenpiteillä estetään ne teot tai rajoitetaan niitä tekoja, jotka eivät edellytä lupaa, on epäolennainen, kunhan toimenpiteillä on tällaisia vaikutuksia ainoastaan tilapäisesti tai toissijaisesti, kun otetaan huomioon toimenpiteiden päätavoite ja vaikutukset eli sellaisten tekojen estäminen tai rajoittaminen, joihin vaaditaan lupa. PC Box sen sijaan korostaa direktiivin 2001/29 johdanto-osan 48 perustelukappaleessa vahvistetun suhteellisuusperiaatteen ja 54 perustelukappaleessa vahvistetun yhteentoimivuusperiaatteen merkitystä: suojaa ei pidä antaa teknisille toimenpiteille, joilla ylitetään se, mikä on tarpeen tekijänoikeudella suojatun aineiston suojelemiseksi, tai joilla estetään yhteentoimivuus. Komissio katsoo, että mikäli näillä toimenpiteillä estetään myös teot, jotka eivät edellytä lupaa, ne ovat suhteettomia eikä niille voida antaa suojaa, jos toimenpiteet olisi voitu suunnitella siten, ja että niillä olisi voitu estää ainoastaan teot, jotka edellyttävät lupaa; mikäli ei kuitenkaan voida välttää sitä, että toimenpiteillä estetään myös teot, jotka eivät edellytä lupaa, ne eivät välttämättä ole suhteettomia ja saattavat siten täyttää luvan saannin edellytykset; arvioinnissa on otettava huomioon tekniikan senhetkinen kehitysvaihe. Sekä Nintendo että Puolan hallitus väittävät, etteivät Nintendon konsolit ole yleisesti käytettäviä tietoteknisiä laitteita; ne suunnitellaan ja niitä pidetään kaupan ainoastaan siihen nimenomaiseen tarkoitukseen, että niillä voidaan pelata Nintendon omia ja Nintendon lisensoimia pelejä.

53. Huomatuksia esittäneet ovat siten itse asiassa laajasti yhtä mieltä siitä (kuten myös minä), että arvioinnissa on otettava huomioon direktiivin 2001/29 johdanto-osan 48 perustelukappaleessa mainittu suhteellisuusperiaate. Nintendo ja PC Box tarkastelevat suhteellisuusperiaatetta kuitenkin eri lähtökohdista ja perustelevat sillä vastakkaiset väitteensä.

54. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava, voidaanko oikeudenhaltijan lupaa vaativien tekojen estämistä tai rajoittamista koskeva haluttu vaikutus saavuttaa tekniikan nykyisessä kehitysvaiheessa myös ilman, että estetään ne teot tai rajoitetaan niitä tekoja, jotka eivät edellytä tällaista lupaa. Olisiko Nintendo toisin sanoen voinut suojata omia tai lisensoituja pelejään estämättä ”homebrew”-pelien pelaamisen omilla konsoleillaan tai rajoittamatta sitä?

55. Hyväksyn myös sen, että komissio ilmaisee kantansa varoen ja vivahteikkaasti. Oikeasuhteisuuden arviointia ei voida pelkistää pelkkään väitteeseen siitä, että lailliseen toimintaan puuttuminen on epäolennaista, jos niin tapahtuu ainoastaan satunnaisesti (Nintendo), tai että kaikki yhteentoimivuuden rajoitukset ovat väistämättä suhteettomia (PC Box).

56. Unionin tuomioistuimen tekemässä oikeasuhteisuuden arvioinnissa on perinteisesti määritetty, onko toimenpiteellä laillinen tavoite, voidaanko sillä saavuttaa tämä tavoite ja ylitetäänkö sillä se, mikä on tarpeen tavoitteen saavuttamiseksi.

57. Mitä tulee arvioinnin ensimmäiseen osaan, sellaisten tekojen estäminen tai rajoittaminen, joille ei ole oikeudenhaltijan lupaa, on osa tekijänoikeusjärjestelmää, ja direktiivin 2001/29 6 artiklassa vaadittu oikeudellinen suojelu nimenomaisesti kannustaa siihen.

58. Sikäli kuin Nintendon teknisillä toimenpiteillä on ainoastaan tämä laillinen tavoite, kysymys, joka koskee niiden soveltuvuutta tämän tavoitteen saavuttamiseen, liittyy toimenpiteiden tehokkuutta koskevaan kysymykseen, jota olen käsitellyt edellä 45–47 kohdassa. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on päätettävä sille esitetyn näytön perusteella, millä tällä hetkellä käytettävissä olevilla teknisillä toimenpiteillä voidaan tarjota tehokas suoja Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien

pelien luvatonta valmistamista vastaan. Käytettävissä ei välttämättä ole toimenpiteitä, joilla luvaton valmistaminen voitaisiin estää kokonaan. Erilaisilla toimenpiteillä voidaan kuitenkin rajoittaa sitä eriasteisesti. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on määritettävä, muodostaako kyseisellä teknisellä toimenpiteellä aikaansaatu rajoitus tehokkaan suojan luvattomia tekoja vastaan.

59. Jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toisaalta toteaa, että Nintendolla oli mainitun tavoitteen ohella jokin muu tavoite, joka ei ole perusteltu direktiivin nojalla, arvioitaessa sitä, ovatko tekniset toimenpiteet soveltuvia luvattomien tekojen estämistä tai rajoittamista koskevan laillisen tavoitteen saavuttamiseen, olisi otettava huomioon se, missä määrin kyseisten toimenpiteiden luonne määräytyy tämän muun tavoitteen perusteella.

60. Vielä on selvitettävä, ylitetäänkö toimenpiteillä se, mikä on tarpeen sen tavoitteen saavuttamiseksi, joka koskee Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien luvattoman kappaleen valmistamisen estämistä tai rajoittamista.

61. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tätä varten tutkittava, missä määrin toimenpiteillä rajoitetaan tekoja, jotka eivät edellytä oikeudenhaltijan lupaa. Millaisia tekoja tosiasiassa estetään tai rajoitetaan, kun kyseisiä teknisiä toimenpiteitä sovelletaan eikä niitä kierretä? Miten tärkeää on, ettei näitä tekoja estetä tai rajoiteta?

62. Riippumatta kyseisten teknisten toimenpiteiden vaikutusten laajuuden arvioinnista on tutkittava, olisiko oikeudenhaltijoiden oikeuksien vastaava suoja voitu saavuttaa muilla, vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä. Tässä yhteydessä saattaa olla asianmukaista ottaa huomioon erilaisten teknisten toimenpiteiden suhteelliset kustannukset sekä monet muut tekijät, jotka saattavat vaikuttaa toimenpiteiden valintaan tai määrittää sitä.

63. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on ratkaistava edellä esittämieni toteamusten (joiden en väitä olevan tyhjentäviä) perusteella, ovatko käsiteltävässä asiassa kyseessä olevat tekniset toimenpiteet oikeasuhteisia, kun otetaan huomioon niiden tavoite, joka on suojan antaminen luvattomia tekoja vastaan direktiivin 2001/29 6 artiklan mukaisesti, ja täyttävätkö ne siten kyseisessä artiklassa säädetyt oikeudellisen suojan saannin edellytykset vai ylitetäänkö niillä se, mikä on tarpeen kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi, jolloin ne eivät täytä suojan saannin edellytyksiä.

64. Arviointi ei voi kuitenkaan olla tyhjentävä ilman, että suojaa tarkastellaan myös sen kohteena olevien laitteiden, tuotteiden, osien tai palvelujen näkökulmasta, ja tätä asiaa tarkastellaankin toisessa kysymyksessä.

## Toinen ennakkoratkaisukysymys

65. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää neuvoa siitä, missä määrin on otettava huomioon ”nimenomainen aiottu käyttö, jonka oikeudenhaltija on määrittänyt tuotteelle, jossa suojattu sisältö on” (Nintendon konsolit), ja suojeltavien laitteiden (PC Boxin mod-piirien tai pelien kopiointilaitteiden) käyttötapojen laajuus, luonne ja merkitys.

66. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa ensimmäisen seikan osalta Italian rikostuomioistuinten oikeuskäytäntöön, jonka mukaan on ilmeisesti niin, että kun otetaan huomioon tapa, jolla konsolit esitetään yleisölle, ja se, että ne on suunniteltu videopelien pelaamista varten, voidaan päätellä, että mod-piirien käytön pääasiallisena tarkoituksena on kiertää käyttöön otetut tekniset toimenpiteet. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kuitenkin, onko tämä päätelmä asianmukainen erityisesti sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa. Nintendo ja komissio katsovat kummatkin huomautuksissaan, ettei konsolien käyttöä koskeva valmistajan aikomus ole

merkityksellinen peruste arvioitaessa mod-piirien tai pelien kopiointilaitteiden tarkoitusta. PC Box vaikuttaa epäsuorasti yhtyvän tähän näkemykseen tästä kysymyksestä hyvin lyhyesti esittämissään huomautuksissa, kun taas Puolan hallitus pitää aiottua käyttötarkoitusta tekijänä, joka voidaan ottaa arvioinnissa huomioon mutta joka ei ole ratkaiseva.

67. Olen samaa mieltä siitä, ettei Nintendon aikomus, joka koskee sen konsoleiden erityistä käyttöä, ole merkityksellinen arvioitaessa, onko suoja PC Boxin laitteita vastaan annettava. Merkityksellistä on se, kuuluvatko viimeksi mainitut laitteet direktiivin 2001/29 6 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan, ja tämän vuoksi on tarkasteltava kysymyksen toista osaa – PC Boxin laitteiden käyttötapojen laajuutta, luonnetta ja merkitystä.

68. Kuten komissio on huomauttanut, on niin, että jotta tekninen toimenpide täyttää direktiivin 2001/29 6 artiklan 2 kohdassa säädetyt suojan saannin edellytykset, suojasta on säädettävä sellaisten laitteiden valmistamista, maahantuontia, levitystä, myyntiä, vuokrausta, myyntiin tai vuokraukseen liittyvää mainostamista tai kaupallisessa tarkoituksessa tapahtuvaa hallussapitoa vastaan, joita a) markkinoidaan, mainostetaan tai pidetään kaupan kyseisen teknisen toimenpiteen kiertämiseksi tai b) joiden tarkoituksella tai käytöllä on tällaisen kiertämisen lisäksi vain vähäistä muuta kaupallista merkitystä tai c) jotka on pääasiallisesti suunniteltu, tuotettu tai mukautettu siten, että niiden tarkoituksena on mahdollistaa tehokkaiden teknisten toimenpiteiden kiertäminen tai helpottaa sitä. Jos mikään näistä edellytyksistä ei täyty, suojaa ei anneta kyseisten säännösten perusteella; suoja on kuitenkin annettava jo yhden edellytyksen täyttyessä.

69. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksessään ilmaisema huoli ei nähtävästi koske niinkään a ja c kohtaa, eli tarkoituksia, joissa laitteita pidetään kaupan tai joihin ne on suunniteltu, vaan pikemminkin b kohtaa eli kyseisten laitteiden käyttötapoja, joilla on kaupallista merkitystä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, millaisia perusteita – määrällisiä ja/tai laadullisia – olisi käytettävä arvioitaessa, onko PC Boxin mod-piirien tai pelin kopiointilaitteiden ”tarkoituksella tai käytöllä – – vain vähäistä muuta kaupallista merkitystä” kuin kiertää Nintendon käyttöön ottamat tekniset toimenpiteet?

70. Kysymykseen sisältyvä viittaus määrää koskevaan perusteeseen näyttää viittaavan siihen, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin aikoo tutkia näyttöä muun muassa sen perusteella, kuinka usein PC Boxin laitteiden avulla tosiasiassa käytetään Nintendon tai Nintendon lisensoimien pelien luvattomia kopioita ja kuinka usein laitteita käytetään sellaisten pelien pelaamiseen, jotka eivät riko Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien tekijänoikeuksia.

71. Tämä lähestymistapa perustuu Nintendon mukaan väärinymmärrykseen: merkityksellistä ei ole se, onko olemassa *muuta* kaupallisesti merkittävää tarkoitusta tai käyttöä *kuin teknisillä toimenpiteillä suojattujen yksinoikeuksien loukkaamisen helpottaminen*, vaan yksinkertaisesti se, onko olemassa *toimenpiteiden kiertämisen lisäksi* muuta kaupallista tarkoitusta tai käyttöä riippumatta siitä, millaisia tekoja tai toimintoja helpotetaan.

72. Komissio korosti kuitenkin istunnossa, ettei direktiivillä 2001/29 ole tarkoitus ottaa käyttöön muita kuin sen 2, 3 ja 4 artiklassa tarkoitetut oikeudet (ennen kaikkea oikeus myöntää tai evätä lupa suojatun teoksen kappaleen valmistamiseen, saattamiseen yleisön saataville tai levitykseen). Direktiivin 6 artiklassa säädetty oikeudellinen suoja on tarpeen ainoastaan sellaista kiertämistä vastaan, joka rikkoisi näitä nimenomaisia oikeuksia.[20] Tämän perusteella on asianmukaista tarkastella PC Boxin laitteiden perimmäistä tarkoitusta tai käyttötapoja eikä pelkästään kysymystä siitä, onko niillä Nintendon teknisten toimenpiteiden kiertämisen lisäksi muuta kaupallista merkitystä.

20 — Komissio huomautti täsmentäneensä direktiiviä 2001/29 koskevassa ehdotuksessaan ja muutetussa ehdotuksessaan direktiivin 6 artiklan 1 ja 2 kohdan osalta, että suoja on ”sellaisten laissa säädettyjen tehokkaiden teknisten toimenpiteiden luvatonta kiertämistä vastaan, joiden tarkoituksena on suojata tekijänoikeutta tai tekijänoikeuden lähioikeuksia”, ja että neuvosto poisti tämän täsmennyksen ainoastaan ”sanamuodon yksinkertaistamiseksi” (ks. yhteinen kanta (EY) N:o 48/2000; EYVL C 344, s. 1).

73. Olen tästä samaa mieltä komission kanssa ja lisään vielä, että nämä samat tekijät ovat merkityksellisiä myös Nintendon varsinaisten teknisten toimenpiteiden arvioinnissa.

74. On kiistatonta, että Nintendon teknisillä toimenpiteillä estetään sekä luvattomat teot (Nintendon omien ja Nintendon lisensoimien pelien luvattomien kopioiden käyttö) että teot, jotka eivät edellytä lupaa (muiden pelien käyttö), ja että PC Boxin laitteilla kierretään toimenpiteisiin perustuva esto molemmissa tapauksissa. Estämisellä ja kiertämisellä on näin ollen sama ulottuvuus; ne ovat saman kolikon kaksi puolta.

75. Se, missä määrin PC Boxin laitteita voidaan tosiasiassa käyttää muihin kuin yksinoikeuksien loukkaamisen mahdollistaviin tarkoituksiin, on näin ollen otettava huomioon ratkaistaessa paitsi se, kuuluvatko kyseiset laitteet direktiivin 2001/29 6 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan, myös se, ovatko Nintendon tekniset toimenpiteet oikeasuhteisia. Jos voidaan todeta, että kyseisiä laitteita käytetään ensisijaisesti tällaisiin muihin tarkoituksiin (ja tämän toteaminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä), niitä ensinnäkin käytetään tavoilla, jotka eivät loukkaa direktiivissä 2001/29 taattuja yksinoikeuksia, ja toiseksi on olemassa vahvoja viitteitä siitä, etteivät tekniset toimenpiteet ole oikeasuhteisia. Jos sitä vastoin voidaan todeta, että laitteita käytetään ensisijaisesti yksinoikeuksien loukkaamisen mahdollistavana välineenä, on olemassa vahvoja viitteitä siitä, että toimenpiteet ovat oikeasuhteisia. Jos on mahdollista tehdä määrällinen arviointi, joka koskee laitteiden avulla tehdyn teknisten toimenpiteiden kiertämisen perimmäisiä tarkoituksia, sillä on siten merkitystä määritettäessä, täyttävätkö Nintendon tekniset toimenpiteet yleisesti oikeudellisen suojan saannin edellytykset ja onko niille annettava suoja PC Boxin laitteiden kaupan pitämistä vastaan.

76. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esiin tuomaa laadullista perustetta koskevaa kysymystä on käsitelty niukasti unionin tuomioistuimelle esitetyissä huomautuksissa. Ennakkoratkaisupyynnön perusteella vaikuttaa, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomoistuimen mielestä sillä, että Nintendon konsoleita voitiin käyttää tarkoituksiin, jotka eivät loukkaa yksinoikeuksia, saattaisi olla suurempi merkitys kuin luvattomien tekojen estämisellä tai rajoittamisella.

77. Edellä on todettu,[21] että näillä seikoilla voi olla merkitystä arvioitaessa Nintendon teknisten toimenpiteiden oikeasuhteisuutta. Niillä saattaa olla merkitystä myös arvioitaessa sitä, onko toimenpiteille annettava suoja PC Boxin laitteiden kaupan pitämistä vastaan.

78. Olen samaa mieltä siitä, että joissakin tapauksissa voi olla tärkeää (kun taas toisissa ei niinkään) se, ettei yksinoikeuksia suojaavien teknisten toimenpiteiden toteuttamisessa puututa käyttäjien oikeuksiin tehdä tekoja, jotka eivät edellytä lupaa. Kuitenkin sikäli kun viimeksi mainitut oikeudet eivät ole perusoikeuksia, myös tekijänoikeuksien ja lähioikeuksien suojelun merkitys on otettava asianmukaisesti huomioon. Tällaisten laadullisten perusteiden tarkastelussa on joka tapauksessa otettava huomioon edellä tarkastellut määrälliset perusteet, nimittäin yksinoikeuksia loukkaavien ja niitä loukkaamattomien käyttöjen suhteellinen laajuus ja yleisyys.

## Ratkaisuehdotus

79. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Tribunale di Milanon esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

1) Tekijänoikeuden ja lähioikeuksien tiettyjen piirteiden yhdenmukaistamisesta tietoyhteiskunnassa 22.5.2001 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2001/29/EY on tulkittava siten, että sen 6 artiklassa tarkoitetut ”tekniset toimenpiteet” voivat käsittää paitsi toimenpiteitä, jotka sisältyvät suojattuihin teoksiin, myös toimenpiteitä, jotka sisältyvät laitteisiin, joilla on tarkoitus mahdollistaa pääsy näihin teoksiin.

21 — Edellä 61 kohta.

2) Määritettäessä, voidaanko tällaisille toimenpiteille antaa direktiivin 2001/29/EY 6 artiklassa tarkoitettu suoja, kun niillä estetään paitsi teot, jotka edellyttävät saman direktiivin mukaisesti oikeudenhaltijan lupaa, myös teot, jotka eivät edellytä lupaa, tai rajoitetaan niitä, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on tutkittava, onko toimenpiteiden soveltaminen suhteellisuusperiaatteen mukaista, ja arvioitava erityisesti, voitaisiinko ensin mainittu vaikutus saavuttaa tekniikan kehityksen nykyvaiheessa ilman viimeksi mainittua vaikutusta tai siten, että viimeksi mainittu vaikutus olisi lievempi.

3) Määritettäessä, onko suoja annettava direktiivin 2001/29 6 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen laitteiden, tuotteiden, osien tai palvelujen tarjoamista vastaan, ei ole tarpeen tarkastella sitä, mihin nimenomaiseen käyttöön oikeudenhaltija on aikonut laitteen, jolla on tarkoitus mahdollistaa pääsy suojattuihin teoksiin. Merkityksellistä on sitä vastoin se, missä määrin laitteita, tuotteita, osia tai palveluja, joita vastaan suojaa haetaan, käytetään tai voidaan käyttää muihin laillisiin tarkoituksiin kuin siihen, että ne mahdollistavat teot, jotka edellyttävät oikeudenhaltijan lupaa.