



Datum van  
inontvangstneming

:

24/09/2013

**Zaak C-458/13**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

19 augustus 2013

**Verwijzende rechter:**

Bundesgerichtshof (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

6 februari 2013

**Verwerende partijen en verzoekers tot „Revision”:**

Andreas Grund als curator in de insolventieprocedure ten aanzien van het vermogen van SR-Tronic GmbH

Jürgen Reiser

Dirk Seidler

**Verzoekende partijen en verweersters in „Revision”:**

Nintendo Co. Ltd.

Nintendo of America Inc.

---

**BUNDESGERICHTSHOF**  
**BESLISSING**

[omissis]

uitgesproken op:

6 februari 2013

[omissis]

in de zaak

1. Rechtsanwalt Andreas Grund, [omissis] Dortmund, als curator in de insolventieprocedure ten aanzien van het vermogen van SR-Tronic GmbH, [omissis] Dortmund,
2. Jürgen Reiser, [omissis] Dortmund,
3. Dirk Seidler, [omissis] Dortmund,

verweerders en verzoekers tot „Revision”,

[omissis]

tegen

1. Nintendo Co. Ltd., [omissis] Kyoto, Japan,
2. Nintendo of America Inc., [omissis] Redmond, WA, Verenigde Staten van Amerika,

verzoeksters en verweersters in „Revision”,

[omissis]

**[Or. 2]**

De I. Zivilsenat (Eerste civiele kamer) van het Bundesgerichtshof heeft ter pleitzitting van 6 februari 2013 [omissis]

beschikt als volgt:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag met betrekking tot de uitlegging van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG van het

Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167 van 22 juni 2001, blz. 10):

Staat artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG in de weg aan de toepassing van een bepaling ter omzetting van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG in het nationale recht [in casu § 95a, lid 3, UrhG (Urheberrechtsgesetz – Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte; wet op het auteursrecht en de naburige rechten)], wanneer de betrokken technische voorziening tegelijk zowel werken en ander materiaal als computerprogramma's beschermt?

#### Motivering:

- 1 I. Beide verzoeksters ontwikkelen, vervaardigen en verkopen videospelletjes en videospelconsoles, waaronder de console „Nintendo DS” en een groot aantal daarvoor geschikte spelletjes. Verzoekster sub 1 is houdster van de door het auteursrecht beschermde rechten op de computerprogramma's, taalgebonden werken, muziekwerken, fotografische werken **[Or. 3]**, cinematografische werken en bewegende beelden die deel uitmaken van de videospelletjes. Verzoekster sub 2 is een dochteronderneming van verzoekster sub 1.
- 2 De videospelletjes worden uitsluitend te koop aangeboden op speciale opslagmedia die enkel geschikt zijn voor de Nintendo-DS-console, „Slot-1-kaarten”, die in de kaartlezer van de console, de „Slot-1”, moeten worden gestoken. De kaarten zijn uitgerust met een ingebouwd geheugen waarop de software en de grafiek- en audiobestanden van de spelletjes zijn opgeslagen. Op de retailmarkt zijn geen toestellen te verkrijgen waarmee de kaarten kunnen worden gelezen of beschreven. Op de console kunnen slechts spelletjes worden geladen en afgespeeld wanneer er een kaart in de „Slot-1” steekt. Verzoeksters hebben de „Slot-1-kaarten” speciaal voor de Nintendo-DS-console ontwikkeld om te beletten dat de gewone consument de spelletjes zou kopiëren.
- 3 De voormalige verweerster sub 1, waarvan verweerders sub 2 en 3 de zaakvoerders waren (hierna: „verweerders”) en ten aanzien van wier vermogen tijdens de procedure in „Revision” een insolventieprocedure is ingeleid waarbij de huidige verweerder sub 1 als curator is aangesteld, bood in 2008 op het internet adapters voor de Nintendo-DS-console te koop aan. Die adapters zijn, wat vorm en grootte betreft, een perfecte kopie van de „Slot-1-kaarten”, zodat zij in de „Slot-1” van de console passen. Zij zijn uitgerust met een gleuf voor een micro-SD-kaart of met een ingebouwde geheugenmodule („flash-geheugen”). Consolegebruikers kunnen met behulp van die adapters op de console gebruikmaken van op het internet te koop aangeboden kopieën van spelletjes van verzoeksters, die derden hebben vervaardigd door de oorspronkelijke geheugenkaarten in te lezen, waarbij zij de ter voorkoming van kopiëren genomen beschermingsmaatregelen hebben omzeild. Daartoe downloaden de

consolegebruikers dergelijke kopieën van het internet, die zij hetzij overdragen op een micro-SD-kaart die vervolgens in een adapter wordt gestoken, hetzij onmiddellijk overdragen op de ingebouwde [Or. 4]geheugenmodule van de adapter. Door de adapter kan de Nintendo-DS-console ook worden gebruikt voor een groot aantal spelletjes van andere verkopers.

- 4 Volgens verzoekster sub 1 levert de verkoop van de adapters schending op van § 95a, lid 3, UrhG tot bescherming van doeltreffende technische voorzieningen (beschermingsmaatregelen), die van hun kant strekken tot bescherming van werken of prestaties die onder het auteursrecht vallen. Daarom heeft zij gevorderd verweerders op straffe van dwangmaatregelen te verbieden,

in de kaartlezer van de Nintendo-DS-spelconsole passende zogenaamde „Slot-1-kaarten”, die uitgerust zijn met een intern herschrijfbaar geheugen of met een voor het gebruik van een micro-SD-kaart bestemde inrichting en die geschikt zijn om op het internet beschikbare kopieën van Nintendo-DS-spelletjes van verzoeksters op een Nintendo-DS-console af te spelen, in het bijzonder de [nader beschreven] „Slot-1-kaarten”, voor commerciële doeleinden in te voeren, te verdelen, te verkopen, reclame te maken voor de verkoop ervan of te bezitten.

- 5 Tevens heeft zij verzocht om verweerders te veroordelen tot het verstrekken van informatie, het overleggen van boekhoudkundige stukken en het vernietigen van de kaarten, alsook om vast te stellen dat zij gehouden waren tot betaling van schadevergoeding. Voorts hebben verzoeksters sub 1 en sub 2 vorderingen tegen verweerders ingesteld die respectievelijk op het merkenrecht en op het concurrentierecht zijn gebaseerd, maar deze vorderingen zijn niet van belang voor het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing.
- 6 Bij tussenvonnis heeft het Landgericht de op schending van § 95a, lid 3, UrhG gebaseerde vorderingen toegewezen [omissis].
- 7 Tegen deze uitspraak hebben verweerders hoger beroep ingesteld. Tijdens de behandeling in hoger beroep waren partijen het erover eens dat de vordering tot vaststelling van de verplichting tot schadevergoeding deels zonder voorwerp was geraakt, gelet op het feit dat verzoekster sub 1 haar schadevordering gedeeltelijk had becijferd en zij het Landgericht ondertussen had verzocht om verweerders te veroordelen tot betaling van 1 miljoen EUR. De rechter in hoger beroep heeft het door verweerders ingestelde hoger beroep verworpen [Or. 5] en heeft de uitspraak van het Landgericht met betrekking tot de vaststelling van de verplichting tot schadevergoeding gewijzigd door te oordelen dat verweerders verzoekster sub 1 dienen te vergoeden voor schade boven 1 miljoen EUR.
- 8 Met het door de verwijzende rechter toegestane beroep in „Revision”, dat volgens verzoeksters moet worden verworpen, handhaven verweerders hun verzoek tot verwerping van het door verzoeksters ingestelde beroep. Nadat de

insolventieprocedure ten aanzien van het vermogen van de voormalige verweerster sub 1 was ingeleid, heeft de huidige verweerder sub 1 de procedure als curator voortgezet.

- 9 II. De uitspraak op het beroep in „Revision” hangt af van de uitlegging van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167 van 22 juni 2001, blz. 10; hierna: „richtlijn 2001/29/EG”). Om het beroep in „Revision” te kunnen afdoen, moet de behandeling van de zaak dan ook worden geschorst en moet het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, sub b, en derde alinea, VWEU om een prejudiciële beslissing worden verzocht.
- 10 1. De rechter in hoger beroep heeft de door verzoekster sub 1 ingestelde vorderingen die gebaseerd zijn op schending van § 95a, lid 3, UrhG, met als opschrift „Schutz technischer Massnahmen” (bescherming van technische voorzieningen), gegrond verklaard. Bij deze bepaling is artikel 6, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG haast letterlijk in het Duitse recht omgezet.
- 11 2. De rechter in hoger beroep heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat § 95a, lid 3, UrhG een wettelijke bepaling ter bescherming van een derde in de zin van § 823, lid 2, eerste volzin, BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) betreft, die ten goede komt aan de houder van rechten op door het auteursrecht beschermde werken of ander onder het auteursrecht vallend materiaal [omissis] **[Or. 6]** [omissis]. Verzoekster sub 1 heeft als houdster van de auteursrechten en de naburige rechten op de in de videospelletjes vervatte taalgebonden werken, muziekwerken, fotografische werken, cinematografische werken en bewegende beelden dus het recht om vorderingen tot staking (§ 1004, lid 1, en § 823, lid 2, eerste volzin, BGB), tot het verstrekken van informatie en het overleggen van boekhoudkundige stukken (§§ 242 en 259, lid 1, BGB) in te stellen. Voorts kan zij verzoeken om vaststelling van de verplichting tot schadevergoeding (§ 823, lid 2, eerste volzin, BGB). De vraag of een inbreuk op § 95a, lid 3, UrhG een „ander krachtens deze wet beschermd recht” in de zin van § 97, lid 1, eerste volzin, UrhG aantast [omissis] en of verzoekster daardoor ook gerechtigd is om een vordering tot vernietiging van de kaarten (§ 98, lid 1, eerste volzin, UrhG) in te stellen, hoeft in de huidige stand van de procedure niet te worden beantwoord.
- 12 3. Voorts heeft de rechter in hoger beroep terecht geoordeeld dat aan de voorwaarden van § 95a, lid 3, punt 3, UrhG (artikel 6, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29/EG) is voldaan.
- 13 a) Volgens § 95a, lid 3, punt 3, UrhG (artikel 6, lid 2, sub c, van richtlijn 2001/29/EG) geldt een verbod op onder andere vervaardiging, invoer, distributie, verkoop en reclame voor verkoop of het bezit voor commerciële doeleinden van

inrichtingen, producten of onderdelen die in het bijzonder ontworpen of geproduceerd zijn met het doel de omzeiling van doeltreffende technische voorzieningen mogelijk of gemakkelijker te maken. Onder „technische voorzieningen” wordt onder andere verstaan inrichtingen en onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen van handelingen ten aanzien van beschermde werken of ander onder het auteursrecht vallend materiaal, die niet zijn toegestaan door de rechthebbende (§ 95a, lid 2, eerste volzin, UrhG; artikel 6, lid 3, eerste volzin, van richtlijn 2001/29/EG). Van doeltreffende technische voorzieningen is onder andere sprake indien de rechthebbende [**Or. 7**] het gebruik van een beschermd werk of ander onder het UrhG vallend materiaal met behulp van die voorzieningen controleert door een procedé toe te passen dat de beoogde bescherming bereikt (§95a, lid 2, tweede volzin, UrhG; artikel 6, lid 3, tweede volzin, van richtlijn 2001/29/EG).

- 14 b) Volgens de rechter in hoger beroep vormt de concrete inrichting van de door verzoeksters vervaardigde kaarten en consoles een doeltreffende technische beschermingsvoorziening, omdat enkel de „Slot-1-kaarten”, wegens hun afmetingen, compatibel zijn met de „Slot-1-gleuf” van de consoles, zodat alleen de op de oorspronkelijke „Slot-1-kaarten” te koop aangeboden spelletjes van verzoekster sub 1 op de Nintendo-DS-console kunnen worden opgeslagen en afgespeeld. De adapterkaarten die verweerdere verkopen, zijn in het bijzonder ontworpen en geproduceerd met het doel die beschermingsmaatregelen te omzeilen. De omstandigheid dat via die adapterkaarten ook nog eens ongeveer 2 000 door derden ontwikkelde spelletjes kunnen worden afgespeeld, doet geen afbreuk aan deze vaststelling. Verweerdere richten hun reclame voor de adapterkaarten doelbewust enkel en alleen op de economisch lucratieve mogelijkheid om illegaal vervaardigde kopieën af te spelen; de legale gebruiksmogelijkheden van de adapterkaarten worden daarentegen duidelijk op het achterplan gelaten.
- 15 c) Volgens de verwijzende rechter falen de argumenten die verweerdere in het kader van hun beroep in „Revision” tegen deze beoordeling aanvoeren.
- 16 4. Het valt evenwel te betwijfelen of § 95a, lid 3, UrhG (artikel 6, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG) wel van toepassing is op het geding.
- 17 a) Volgens § 69a, lid 5, UrhG zijn de §§ 95a tot en met 95d UrhG niet van toepassing op computerprogramma’s. De in § 69a, lid 5, UrhG bedoelde regeling strekt tot omzetting van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG en moet dus richtlijnconform worden uitgelegd.

**[Or. 8]**

- 18 Volgens artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG doet deze richtlijn, die volgens artikel 1, lid 1, ervan betrekking heeft op de rechtsbescherming van het auteursrecht en de naburige rechten, geen afbreuk aan en raakt zij op generlei

wijze aan de bestaande bepalingen van de Gemeenschap betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Volgens punt 50, tweede volzin, van de considerans van richtlijn 2001/29/EG geldt een overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2001/29/EG geharmoniseerde rechtsbescherming met name niet ten aanzien van de bescherming van technische voorzieningen in verband met computerprogramma's, die exclusief wordt geregeld in richtlijn 91/250/EEG, die ondertussen is gecodificeerd in richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB L 111 van 5 mei 2009, blz. 16; hierna: „richtlijn 2009/24/EG”).

- 19 Artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2009/24/EG legt de lidstaten de verplichting op om overeenkomstig hun nationale wetgeving te voorzien in passende sancties tegen het in het verkeer brengen en het bezit voor commerciële doeleinden van middelen die uitsluitend bestemd zijn om de ongeoorloofde verwijdering of ontwijking van enigerlei technische voorziening te vergemakkelijken die voor de bescherming van een programma getroffen mocht zijn. Volgens § 69f, lid 2, UrhG, dat is vastgesteld ter omzetting van artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2009/24/EG, kan de rechthebbende van de eigenaar of bezitter van middelen die uitsluitend bestemd zijn om de ongeoorloofde verwijdering of ontwijking van enigerlei technische voorziening te vergemakkelijken, verlangen dat hij die middelen vernietigt.
- 20 b) De videospelletjes die ten gunste van verzoekster sub 1 auteursrechtelijk beschermd zijn, bestaan niet alleen uit taalgebonden werken, muziekwerken, fotografische werken, cinematografische werken en bewegende beelden, maar zijn tevens en in hoofdzaak opgebouwd uit computerprogramma's. Bijgevolg rijst de vraag of artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn **[Or. 9]** 2001/29/EG in de weg staat aan de toepassing van een bepaling ter omzetting van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG in het nationale recht (in casu § 95a, lid 3, UrhG), wanneer de betrokken technische voorziening tegelijk zowel werken en ander materiaal als computerprogramma's beschermt. Deze vraag, die van belang is voor de beslechting van het geding, kan niet eensluidend worden beantwoord. In de rechtspraak en de rechtsleer lopen de meningen over het antwoord op deze vraag uiteen.
- 21 aa) Volgens een eerste stroming binnen de rechtspraak en de rechtsleer heeft de in artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2001/29/EG bedoelde voorrangregeling tot gevolg dat de bescherming van technische voorzieningen in verband met dergelijke hybride producten die tegelijk computerprogramma's en andere werken of ander onder het auteursrecht vallend materiaal bevatten, alleen onder de speciale regeling van artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2009/24/EG valt [omissis].
- 22 bb) Volgens een tweede stroming moet het toepasselijk recht in verband met hybride producten worden bepaald op basis van het zwaartepunt van de



bescherming. Volgens deze redenering is enkel artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2009/24/EG van toepassing wanneer de technische voorziening in hoofdzaak het computerprogramma beschermt; daarentegen dient enkel artikel 6 van richtlijn 2001/29/EG te worden toegepast wanneer de technische voorziening in de eerste plaats strekt tot bescherming van andere werken of ander onder het auteursrecht vallend materiaal [omissis].

- 23 Over de vraag waar het zwaartepunt van **[Or. 10]** de bescherming in verband met hybride producten ligt, in het bijzonder wat videospelletjes betreft, bestaan evenwel uiteenlopende standpunten. Volgens sommigen betreffen technische beschermingsvoorzieningen voor videospelletjes in de eerste plaats de computercode en niet de spelsequenties [omissis]. Volgens anderen is dat hoe dan ook het geval wanneer de voorstelling van werken rechtstreeks berust op het functioneren van dynamische software die interacties tussen de gebruikers en het spel mogelijk maakt [omissis]. Volgens nog een andere opvatting hebben de technische beschermingsvoorzieningen voor videospelletjes voornamelijk betrekking op de filmsequenties [omissis].
- 24 cc) Volgens een derde stroming, waartoe de verwijzende rechter behoort, is in beginsel zowel artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2009/24/EG als artikel 6 van richtlijn 2001/29/EG van toepassing op technische beschermingsvoorzieningen die strekken tot bescherming van gecombineerde producten [omissis]. Volgens deze stroming is het niet gerechtvaardigd om technische beschermingsvoorzieningen die ook andere werken en ander onder het auteursrecht vallend materiaal beogen te beschermen, te onttrekken aan de ruimere bescherming waarin artikel 6 van richtlijn 2001/29/EG voorziet en enkel te laten vallen onder de bescherming die artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2009/24/EG biedt, op de enkele grond dat zij tegelijk ook strekken tot de bescherming van computerprogramma's. Dat geldt ook wanneer de computerprogramma's het zwaartepunt van de bescherming vormen. Bovendien pleit tegen een afbakening op basis van het zwaartepunt van de bescherming – dat dikwijls niet eenduidig kan worden bepaald – dat daardoor de rechtsonzekerheid aanzienlijk zou toenemen. De omstandigheid dat de ruimere bescherming waarin artikel 6 van richtlijn 2001/29/EG voor hybride producten voorziet, in feite ook ten goede komt aan computerprogramma's, moet worden aanvaard, **[Or. 11]** zolang middelen voor het omzeilen van technische voorzieningen die nodig zijn om – zonder toelating of zonder toestemming van de rechthebbende toegestane – handelingen overeenkomstig de artikelen 5, lid 3, en 6 van richtlijn 2009/24/EG mogelijk te maken, mogen worden ontwikkeld of gebruikt (zie punt 50, derde volzin, van de considerans van richtlijn 2001/29/EG).

[omissis]