

Дело C-159/23**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

15 март 2023 г.

Запитваща юрисдикция:

Bundesgerichtshof (Германия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

23 февруари 2023 г.

**Ищец в първоинстанционното и жалбоподател в ревизионното
производство:**

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Ответници в първоинстанционното и в ревизионното производство:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Предмет на главното производство

Интелектуална собственост — Директива 2009/24/ЕО — Правна закрила на компютърните програми — Обхват — Разширяване на основното оборудване на конзолите за игри — Понятието „изменяне“ — Софтуер, който променя съдържанието на променливите, които се използват при изпълняването на защитената компютърна програма

Предмет и правно основание на преюдициалното запитване

Тълкуване на правото на Съюза, член 267 ДФЕС.

Прюдициални въпроси

- 1) Налице ли е намеса в обхвата на закрилата на компютърна програма съгласно член 1, параграфи 1, 2 и 3 от Директива 2009/24/ЕО, когато не се променят обектният или изходният код на една компютърна програма или нейното възпроизвеждане, а друга програма, която се изпълнява едновременно със защитената компютърна програма, променя съдържанието на променливите, които защитената компютърна програма е съхранила в оперативната памет и използва при изпълняването на програмата?
- 2) Налице ли е изменение по смисъла на член 4, параграф 1, буква б) от Директива 2009/24/ЕО, когато не се променят обектният или изходният код на една компютърна програма или нейното възпроизвеждане, а друга програма, която се изпълнява едновременно със защитената компютърна програма, променя съдържанието на променливите, които защитената компютърна програма е съхранила в оперативната памет и използва при изпълняването на програмата?

Цитирани разпоредби на правото на Съюза

Директива 2009/24/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 април 2009 година относно правната закрила на компютърните програми (ОВ L 111, 2009 г., стр. 16), в частност член 1, параграфи 1, 2 и 3, член 4, буква б).

Цитирани национални разпоредби

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Закон за авторското право и сродните му права, наричан по-нататък „UrhG“), в частност членове 69a и 69c.

Кратко изложение на обстоятелствата и на производството

- 1 В качеството си на изключителен лицензополучател за Европа ищецът разпространява конзолите за игра PlayStation, и по-специално разпространяваните до 2014 г. PlayStationPortable (PSP), както и игри за тези конзоли (наричани по-нататък „игри“, „софтуер“ или „компютърна програма“ на ищеца), сред които играта „MotorStorm: Arctic Edge“. Datel Design and Development Ltd. (наричан по-нататък „първи ответник“) и Datel Direct Ltd. (наричан по-нататък „втори ответник“) принадлежат към групата Datel Holdings Group, която разработва, произвежда и разпространява софтуер, в частност допълнителни продукти за конзолите за игри на ищеца, сред които софтуера „Action Replay PSP“, както и допълнително устройство за въвеждане на данни за конзолата за игра PSP под името „Tilt FX“ заедно със софтуера. Устройството „Tilt FX“ дава възможност конзолата за игра да се управлява чрез движение в затворено пространство. Първият ответник

разработва софтуера „Action Replay PSP“ и „Tilt FX“. Вторият ответник разпространява този софтуер. JS (наричан по-нататък „трети ответник“) е „Director“ на втория ответник.

- 2 Софтуерните продукти на ответниците работят изключително с оригиналните игри на ищеца. За тази цел PSP се свързва с настолен компютър и в PSP се поставя преносима памет, на която се записва софтуерът на ответниците. След повторното включване на PSP потребителят може да стартира допълнителен елемент от менюто на конзолата за игра, наречен „Action Replay“, чрез който могат да се правят промени в отделните игри на ищеца. При играта „MotorStorm: Arctic Edge“ например тези опции са „Infinite Turbo“ и „All Drivers Available“, които водят до отпадане на ограниченията при използването на „Turbo“ („Booster“) или дават достъп на играчите до част, която иначе се отключва при достигането на определен брой точки.
- 3 Заедно със софтуера „Tilt FX“ потребителят получава сензор, който се включва в извода за слушалки на PSP и дава възможност за управление на PSP чрез движение на конзолата за игра в затворено пространство. В PSP трябва да се постави преносима памет, за да се използва сензорът за движение, като по този начин се дава достъп до допълнителен елемент от менюто със списък за избор на игри, наречен „Tilt FX“. Въпросният софтуер дава възможност и тук чрез определена комбинация от клавиши да се стартира допълнително меню по време на играта, което не е предвидено в оригиналната игра. Ако оттам се избере опцията „FX“, отпадат определени ограничения. Така например при играта „MotorStorm: Arctic Edge“ може да се използва неограничено „Turbo“.
- 4 Ищецът изтъква, че потребителите изменяли по непозволен от авторското право начин софтуера, който е в основата на техните игри, посредством спорните софтуерни продукти на ответниците. За това ответниците носели отговорност. Ищецът предявява иск при условията на евентуалност, основан на конкурентното право, и по-нататък се основава, отново при условията на евентуалност, на деликтната отговорност при непозволено увреждане от гледна точка на посегателството върху създаденото и стопанисваното от него предприятие.
- 5 Пред първа инстанция ищецът иска,
 - I. под страх от налагане на имуществена санкция, ответниците да бъдат осъдени във Федерална република Германия да преустановят
 - a. предлагането, продажбата, разпространението и/или да преустановят да предоставят за предлагане, продажба и разпространение софтуера Action Replay PSP, който е пригоден да се използва върху хардуер вариантите PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 и PSP Go, с чиято помощ потребителят може да извърши

намеса в игрите, които се изпълняват на конзолата за игри PSP, което прави възможно или улеснява изменянето на игрите чрез промяна в софтуера на играта,

- б. предлагането, продажбата, разпространението и/или да преустановят да предоставят за предлагане, продажба и разпространение принадлежащия към сензора за движение софтуер „Tilt FX“, който е пригоден да се използва върху хардуер вариантите PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000, с чиято помощ потребителят може да извърши намеса в игрите, които се изпълняват на конзолата за игри PSP, което прави възможно или улеснява изменянето на игрите чрез промяна в софтуера на играта,
 - в. както и да преустановят да предлагат за изтегляне софтуер, както е описан в подточки а. и б., и/или лицензи и/или актуализации за такъв софтуер;
- II. да осъди ответниците да предоставят на ищеца сведения за произхода и дистрибуторските канали на продуктите, разпространени в Германия съгласно точка I., като посочат имената и адресите на производителите, доставчиците и другите предишни държатели, на предполагаемите търговци и възложители, както и количествата и цените на произведените, доставените, получените и поръчаните стоки и да представят съответните писмени доказателства (оферти, фактури, стокови разписки и митнически документи) в хронологично подреден списък от януари 2008 г. насам;
- III. да установи, че ответниците са солидарно задължени да възстановят на ищеца всички вреди, които са възникнали и все още възникват от действията, описани в точка I., които ответниците извършват и вече са извършили.
6. При условията на евентуалност ищецът иска да се забрани на първия ответник да подпомага действията, посочени в главното искане под точка I. По-нататък, при условията на евентуалност, ответниците да бъдат осъдени да не позволяват и улесняват преодоляването на механизмите срещу копиране на конзолата за игра.
 7. На първа инстанция (LG Hamburg (Областен съд Хамбург, Германия), решение от 24 януари 2012 г. — 310 0 199/10, juris) осъжда втория и третия ответник съгласно главните искания, първият ответник е осъден само да преустанови действията съгласно първото искане, отправено при условията на евентуалност, и отхвърля иска в останалата му част.
 8. Страните подават жалба срещу решението. В производството по обжалване жалбоподателят поддържа исканията си от точки I. и III. срещу втория и третия ответник и освен това иска,

- I. под страх от налагане на имуществена санкция, първият ответник да бъде осъден във Федерална република Германия да преустанови

предлагането, продажбата или разпространението на софтуера „Action Replay PSP“, който е пригоден да се използва върху хардуер вариантите PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 и PSP Go, както и принадлежащия към сензора за движение софтуер „Tilt FX“, с чиято помощ потребителят може да извърши намеса в игрите, които се изпълняват на конзолата за игри PSP, което прави възможно или улеснява изменянето на игрите чрез промяна в софтуера на играта, или да преустанови да предлага за изтегляне актуализации за такъв софтуер;

- II. да осъди първия, втория и третия ответник да предоставят сведение на ищеца в какъв обем са извършвали описаните в точка I. действия, като представят списък с:

- a) имената и адресите на производителите, доставчиците и другите предишни държатели,
- б) доставените количества, наименования на моделите, номера на артикулите, време и цени на доставките,
- в) себестойностите, включително всички разходи, както и реализираната печалба,
- г) отделните оферти с посочване на предлаганото количество, наименования на моделите, номера на артикулите, време и цени на офертите,
- д) вид и обхват на използваната реклама, подредена според носителя, тиража, време на издаване и област на разпространение, както и
- е) имена и адреси на предполагаемите търговци и адресати на офертите;

- III. да установи, че първият ответник е задължен солидарно с втория и третия да възстанови на ищеца всички вреди, които са възникнали и все още възникват от действията, описани в точка I., които първият ответник извършва и вече е извършил.

- 9 Въззивният съд (OLG Hamburg (Висш областен съд Хамбург, Германия), GRUR 2022 г., стр. 483) отхвърля жалбата на жалбоподателя, изменя първоинстанционното решение по жалбата на ответниците и отхвърля изцяло иска.

- 10 Въззивният съд счита иска за нарушаване на авторското право за допустим, но неоснователен. Жалбоподателят няма право да иска преустановяване на действията съгласно член 97, параграф 1, първо изречение и член 69с, точка 2 от UrhG. Използването на софтуера на ответниците не води до изменение на компютърната програма, която е в основата на оригиналните игри на жалбоподателя. Действително игрите на жалбоподателя отговарят на изискванията за компютърна програма съгласно член 69а от UrhG. Обект на закрила на авторското право върху компютърна програма съгласно членове 69а и 69с от UrhG са обаче програмните данни на обектния и изходния код, както и вътрешната структура и организация на компютърната програма, а не изпълняването на програмата. Софтуерът на ответниците не извършва промяна нито в самата програма, нито в копията на програмата, прехвърлени в оперативната памет на PSP. Неговите паралелни команди променят само променливите данни, съхранени от компютърната игра в оперативната памет, и по този начин предизвикват промяна в резултата на играта. Застъпваната от жалбоподателя функционална гледна точка, че независимо от въздействието върху програмния код или върху неговото изменено възпроизвеждане, за изменение трябва да се счита и намесата по друг начин в изпълняването на програмата, не се съгласува с обекта на закрила на компютърна програма съгласно член 69а от UrhG. Изпълняването на компютърната програма не се обхваща от изключителното право на изменение съгласно член 69с, точка 2 от UrhG. Носителят на авторското право на компютърна програма няма право да иска въз основа на членове 69а и 69с от UrhG програмата му да се използва само така, както е предвидил първоначално в хронологичното изпълняване, докато играта се изпълнява съобразно програмата също и под въздействие от трета страна и отделните игрови ситуации са предвидени от самия софтуер на играта, както е в настоящото дело.
- 11 В допуснатата от въззивния съд ревизионна жалба жалбоподателят поддържа поставените пред въззивната инстанция искания, а ответниците искат жалбата да бъде отхвърлена.

Кратко изложение на мотивите на преюдициалното запитване

- 12 С оглед на главните искания на жалбоподателя успехът на ревизионната жалба зависи от това дали използването на софтуера на ответниците нарушава изключителното право на жалбоподателя на изменение на компютърна програма съгласно член 69с, точка 2 от UrhG. При употребата на това понятие се поставят въпроси относно тълкуването на член 1, параграфи 1, 2 и 3, член 4, параграф 1, буква б) от Директива 2009/24/ЕО.
- 13 Жалбоподателят твърди, че е налице нарушение изключително му право на изменение на компютърна програма съгласно член 69с, точка 2 от UrhG.

- 14 По първия въпрос: налице е съмнение дали член 1, параграфи 1 и 2 от Директива 2009/24/ЕО следва да се тълкуват в смисъл, че се нарушава обхватът на закрилата на компютърна програма съгласно член 1, параграфи 1, 2 и 3 от Директива 2009/24/ЕО, когато не се променят обектният или изходният код на една компютърна програма или нейното възпроизвеждане, а друга програма, която се изпълнява едновременно със защитената компютърна програма, променя съдържанието на променливите, които защитената компютърна програма е съхранила в оперативната памет и използва при изпълняването на програмата.
- 15 Съгласно констатациите на въззивния съд, които не са оспорени в ревизионната жалба, софтуерните продукти на ответниците разгръщат действието си като не засягат зареждането на програмата в оперативната памет, но влияят на изпълняването на програмата чрез промяна на променливите, принципно познати на играта. Не се променят командите в оперативната памет, а само (променливите) данни, които софтуерът на играта съхранява в оперативната памет при изпълнението на командите. Програмните команди на софтуера на играта на жалбоподателя също остават активни и не се засяга тяхната вътрешна структура. Променят се само данните в оперативната памет, генерирани от изпълняваната игра. По този начин командите на играта се изпълняват въз основа на стойности, различни от тези, които биха възникнали към този момент при обикновеното изпълняване на играта. При използването на софтуера на ответниците игрите също се изпълняват винаги както са програмирани. Определени генерирани в играта данни (напр. употребата на „Turbo“) се прехвърлят обаче в оперативната памет чрез софтуерните продукти на ответниците със стойности, които самата игра също познава и може да разчете. На програмата се симулира такова състояние, което действително може да настъпи при обикновеното изпълняване на играта и е вътрешно присъщо на програмата, но при конкретното положение на играта не би могло да настъпи. Например софтуерът на ответниците не прибавя към играта команда, която да предизвиква „Kollision mit einer Bande“ („сблъсък със страничен ограничител“); тя влияе само на момента и честотата, с които играта изпълнява първоначално съдържащата се в програмата команда.
- 16 Решаващо в настоящото дело е дали съдържанието с променливите, които се създават и използват чрез компютърната програма в оперативната памет на конзолата за игри, попада в обхвата на закрилата на правото върху компютърна програма. Във връзка с това следва да се вземе под внимание, че съответната категория на променливите е напълно предвидена от софтуера на ответниците и само съдържанието на променливите се променя по време на играта чрез намеса от страна на софтуера на ответниците, като по този начин се променят евентуално моментът или честотата на изпълняването на командата, което зависи от стойността на променливите. Налице е съмнение дали авторското право върху компютърна програма се нарушава само от такова въздействие върху генерираните променливи данни в оперативната памет по време на играта.

- 17 Съгласно член 1, параграф 1, първо изречение от Директива 2009/24/ЕО (вж. член 69а, параграф 4 от UrhG) държавите членки закрилят с авторско право компютърните програми като литературни произведения по смисъла на Бернската конвенция за закрила на литературните и художествените произведения. Понятието „компютърна програма“ обхваща също и подготвителния материал за разработването ѝ съгласно член 1, параграф 1, второ изречение от Директива 2009/24/ЕО и член 69а, параграф 1 от UrhG. Закрилата се прилага по отношение на обективизираната в каквато и да е форма компютърна програма съгласно член 1, параграф 2, първо изречение от Директива 2009/24/ЕО и член 69а, параграф 2, първо изречение от UrhG. Съгласно член 1, параграф 2, второ изречение от Директива 2009/24/ЕО и член 69а, параграф 2, второ изречение от UrhG идеи и принципи, които са заложиени в който и да е елемент на компютърна програма, включително тези, които са заложиени в нейните интерфейси, не се закрилят с авторско право. Член 1, параграф 3, първо изречение от Директива 2009/24/ЕО и член 69а, параграф 3, първо изречение от UrhG гласят, че компютърна програма се закриля, ако е оригинална в смисъл, че е собствена интелектуална творба на автора. Не се прилагат никакви други критерии, за да се определи дали може да се ползва със закрила съгласно член 1, параграф 3, второ изречение от Директива 2009/24/ЕО и член 69а, параграф 3, второ изречение от UrhG.
- 18 Както текстът на разпоредбите на Директива 2009/24/ЕО, така и техният контекст и генезис застъпват такова тълкуване на понятието „компютърна програма“, което не обхваща променливите данни, ориентирани към изходния код и обектния код като обективизирана форма на личната, създадена от програмиста (автора) творба и генерирани при просто въздействие по време на играта в оперативната памет на компютъра.
- 19 Съгласно текста на член 1, параграф 1, първо изречение от Директива 2009/24/ЕО компютърните програми се закрилят с авторско право като литературни произведения по смисъла на Бернската конвенция за закрила на литературните и художествените произведения. Компютърната програма е съставена първоначално под формата на „изходен код“ на разбираем програмен език, преди да бъде транскрибирана чрез компилация посредством специална програма, наречена „компилятор“, във форма, която може да се изпълни от компютър, а именно в „обектен код“ (вж. решение от 6 октомври 2021 г., Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, т. 35). Член 10, параграф 1 от Споразумението ТРИПС гласи, че компютърните програми, независимо дали са изходни или обектни, са защитени като литературни произведения в рамките на Бернската конвенция. Следователно изходен код и обектен код на една компютърна програма са и нейните обективизирани форми, които също се закрилят с авторското право върху компютърните програми. Закрилата съгласно Директива 2009/24/ЕО се отнася до всички обективизирани форми, които позволяват компютърната програма да се възпроизвежда на различните езици на компютърната лингвистика, като изходния и обектния код (вж. решение от 22 декември 2010 г., Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, EU:C:2010:816, т. 33, 34 и 35, както и решение

от 6 октомври 2021 г., Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, т. 36). В този смисъл е и съображение 15 на Директива 2009/24/ЕО, според което неразрешеното възпроизвеждане, превеждане, адаптиране или преработване на формата на кода, в която копие от компютърна програма е било предоставено, представлява нарушение на изключителните права на автора.

- 20 Генезисът на разпоредбите на правото на Съюза относно закрилата на авторското право върху компютърни програми изглежда също застъпва разбирането за изражение на резултата от програмирането. Така Европейската комисия при подготовката на Директива 91/250/ЕИО, която е отменена с Директива 2009/24/ЕО, изхожда от това, че под компютърна програма трябва да се разбира поредица от команди, чиято цел е да изпълнят определена функция или задача (Предложение на Комисията за Директива относно закрилата на компютърните програми, КОМ (88) 816 final, ОВ ЕО С 91/4, стр. 5 и 9; вж. също решение на Европейската комисия от 24 март 2004 г., COMP/C-3/37.792 Microsoft — C(2004)900 final, т. 21). Това съответства на член 1, параграф 1 от Примерните правила на Световната организация за интелектуална собственост (СОИС/WIPO) за закрила на компютърен софтуер (GRUR Int., 1978 г., стр. 286). Съгласно тях компютърната програма представлява поредица от инструкции или команди, които се приемат от машинно четим носител и въздействат по такъв начин на машина, която може да обработва данни, че да покаже, изпълни или постигне определен резултат, функция или задача.
- 21 Ако се изхожда от тези принципи, в настоящото дело правата, закриляни от член 1 на Директива 2009/24/ЕО, не са накърнени. Въззивният съд констатира без да е налице възражение от страните, че поставеният в PSP от жалбоподателя софтуер отговаря на изискванията за компютърна програма, но софтуерът на ответниците не променя нито програмните данни на обектния и изходния код, нито вътрешната структура и организация на софтуера на играта или на софтуера на операционната система на разпространяваните от жалбоподателя игри.
- 22 Според ревизионната жалба както текстът, така и генезисът на Директива 2009/24/ЕО сочат, че съдържанието на въпросните променливи, заредено в оперативната памет, е включено в закрилата на компютърните програми по смисъла на член 1 от Директива 2009/24/ЕО. В ревизионната жалба се изтъква, че от определянето на компютърната програма в член 1, параграф 1 от Примерните правила на СОИС като поредица от инструкции или команди, които се приемат от машинно четим носител и въздействат по такъв начин на машина, която може да обработва данни, че да покаже, изпълни или постигне определен резултат, функция или задача, може да се изведе определение за управляващи програмни структури. Затова в понятието „компютърна програма“ били включени всички елементи на поредицата команди, които допринасят за получаването на желания резултат или осъществяването на определена функция. Задачата на процесните компютърни игри била да осигури развлекателно и провокативно

преживяване с помощта на динамична игра. Динамичната игра била резултат от взаимодействието между програмните команди и променливите данни, които се повлияват от програмните команди. Ходът на играта зависел от съхранените в оперативната памет променливи данни, които в зависимост от хода на играта подлежат на постоянна промяна чрез софтуера на играта. Следователно ходът на програмата зависел от генерираните по време на играта определени параметри, до които се приблягвало отново по-късно съобразно програмата. За да се постигне конкретният резултат, определен от автора (например изразходването на „Booster“) чрез динамичното изпълняване на програмата, било необходимо задължително да се прибегне до променливите, съхранени в оперативната памет точно за този процес, както е предвидил авторът. Затова и съхранените в оперативната памет стойности били не само случайни, технически неизбежни продукти на играта. Зададената на програмата цел, а именно определено преживяване по време на играта, изисквала дадени променливи данни да могат да бъдат извиквани от оперативната памет. В по-нататъшния ход на програмата, ако там се подавали други данни, които противоречат на правилата на играта, се променяло преживяването от играта. Целта на програмата не се постигала.

- 23 Според запитващата юрисдикция е налице съмнение дали волята на програмиста, формирана посредством целта на създаването на развлекателна игра, да сложи в основата на програмните команди само възникващите при изпълняването на програмата променливи данни, които отговарят на правилата на играта, може да се вземе под внимание при определянето на обхвата на закрилата на компютърната програма. Съгласно член 1, параграф 2 от Директива 2009/24/ЕО закрилата в съответствие с настоящата директива се прилага по отношение на обективизираната в каквато и да е форма компютърна програма (първо изречение); идеи и принципи, които са заложи в който и да е елемент на компютърна програма, включително тези, които са заложи в нейните интерфейси, не се закрилят с авторско право по настоящата директива (второ изречение; вж. също съображение 11 на Директива 2009/24/ЕО). В международното право член 2 от Договора за авторското право на СОИС и член 9, параграф 2 от Споразумението ТРИПС предвиждат, че закрилата на авторското право се простира върху обективизираните форми, но не и върху идеи, процедури, методи на действие или математически концепции сами по себе си. Нито функциите на една компютърна програма, нито програмният език или формата на файловете с данни, употребявани при работа с компютърната програма, за да се използват някои от функциите ѝ, са обективирана форма на тази програма по смисъла на член 1, параграф 2 от Директива 91/250/ЕИО. Да се приеме, че функциите на компютърната програма могат да бъдат защитени от авторското право, би означавало да се даде възможност за монополизиране на идеите в ущърб на техническия прогрес и индустриалното развитие (решение от 2 май 2012 г., SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, т. 35—40). Следователно закрилата не би трябвало да обхваща резултата от използването на компютърната програма в изпълнението на програмата.

- 24 В ревизионната жалба се изтъква, че съгласно член 1, параграф 1, първо изречение от Директива 2009/24/ЕО държавите членки закрилят с авторско право компютърните програми като литературни произведения по смисъла на Бернската конвенция. Авторското право закриляло не само конкретната версия на текста и непосредственото формулиране на мисълта, но също така и лично създадените съставни части и формиращи елементи на творбата, които например могат да стоят в процеса и изграждането на сцените. Следователно по отношение на компютърните програми, наред с машинно четимия код под закрилата попадала и програмната концепция като лично създаден елемент на програмата, т.е. съхранените в оперативната памет променливи данни.
- 25 Това становище не може да бъде споделено. Процесът и изграждането на сцените могат да намират израз в програмните данни на обектния и изходния код. Това би трябвало да важи и за променливите, които определят процеса, предвидени от програмиста като категория. Съгласно констатациите на въззивния съд софтуерът на ответниците обаче не се намесва пряко в създадените от програмиста елементи на програмата, които определят процеса, а променя само съдържанието на променливите, генерирано чрез играта на потребителя. Това съдържание само по себе си обаче не е израз на личното творчество на автора, а се отнася до конкретното изпълняване на програмата, което зависи от поведението на потребителя. Софтуерът на ответниците не променя процеса или изграждането на сцените, а само поредността или честотата на повтаряне на поредицата от действия или сцени. Претендираната в ревизионната жалба закрила на авторското право на процеса и изграждането на сцените визира закрила на програмната идея, изпълняването на програмата и нейните функции, които не се обхващат от Директива 2009/24/ЕО.
- 26 По втория въпрос: освен това следва да се изясни дали е налице изменение по смисъла на член 4, параграф 1, буква б) от Директива 2009/24/ЕО, когато не се променят обектният или изходният код на една компютърна програма или тяхното възпроизвеждане, а друга програма, която се изпълнява едновременно със защитената компютърна програма, променя съдържанието на променливите, които защитената компютърна програма е съхранила в оперативната памет и използва при изпълняването на програмата.
- 27 Въззивният съд приема, че не е налице изменение по смисъла на член 69с, точка 2 от UrhG, като изхожда от констатацията си, че в настоящото дело софтуерът на ответниците не се намесва в обекта на закрила на компютърната програма съгласно член 69а от UrhG, защото липсва промяна на обектния или изходния код или на вътрешната структура на компютърната програма. Функционалната гледна точка, според която независимо от въздействието върху програмния код или върху неговото изменено възпроизвеждане, трябвало също да се изхожда от изменение, когато има намеса по друг начин в изпълняването на програмата, не се съгласува с обекта на закрила в член 69а от UrhG. Това е така, защото

изпълняването съгласно програмата не е част от обектите на закрила на компютърната програма и следователно не се закриля срещу външни въздействия от изключителните права съгласно член 69с от UrhG. Функциите на една програма не са обхванати от закрилата на компютърната програма, нито самото използване на едно произведение е включено във формите на ползване съгласно авторското право, за разлика от техническото право на ползване. Следователно авторът на една компютърна програма няма право да иска съгласно членове 69а и 69с от UrhG програмата му да се използва само по предвидения от него начин, докато играта се изпълнява в съответствие с програмата също под въздействие от трета страна и отделните ситуации в играта се определят от самата игра.

- 28 От друга страна, в ревизионната жалба се изхожда от това, че изменянето не предполагало намеса в същността на програмата. В това отношение решаващо било, че изпълняването на програмата предвижда съхраняването и последващото извикване на точно определено съдържание на променливи в конкретната ситуация на играта и останалото съдържание на променливи трябва да се запамети само при други предпоставки. Използването на фалшиво съдържание на променливи било вече намеса.
- 29 Спорно е дали е необходимо същността на компютърната програма във формата на изходен и обектен код да се промени, за да се приеме, че е налице изменение по смисъла на член 4, параграф 1, буква б) от Директива 2009/24/ЕО и член 69с, точка 2 от UrhG. Според едно от тълкуванията, за да е налице изменение е достатъчно да има намеса в изпълняването на компютърната програма, без да има намеса в същността на програмата (вж. OLG Hamburg (Висш областен съд Хамбург), GRUR-RR, 2013 г., стр. 13 [juris т. 62]). Съгласно друг възглед, за да има изменение е необходимо винаги да е налице въздействие върху изходния и обектния код и в този смисъл и върху същността на компютърната програма (LG München I (Областен съд Мюнхен, Германия), MMR 2015 г., стр. 660 [juris т. 288 f.]; LG Hamburg (Областен съд Хамбург), CR 2016 г., стр. 782 [juris т. 28]; LG Hamburg (Областен съд Хамбург), определение от 22 юли 2016 г. — 308 O 244/16, BeckRS 2016 г., 137325 [juris т. 11]; LG Hamburg (Областен съд Хамбург), GRUR-RR 2022 г., стр. 253 [juris т. 52]). Запитващата юрисдикция клони към последното. Самият термин „изменяне“, както и използваното английско съответствие на термина „alteration“, са показателни, че не е достатъчно да има въздействие върху изходния и обектния код и върху променливите резултати от функциите, които се генерират по време на изпълняването на програмата. Това няма да е така, ако Съдът счете по отношение на първия преюдициален въпрос, че такива резултати от функциите са обект на закрила от авторското право на компютърните програми. В този случай ще е налице видоизменяща намеса в компютърната програма, осъществена чрез въпросното въздействие върху съдържанието на променливите.