

Sprawa C-159/23

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości

Data wpływu:

15 marca 2023 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Bundesgerichtshof (Niemcy)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

23 lutego 2023 r.

Strona powodowa i strona wnosząca skargę rewizyjną:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Strona pozwana i druga strona postępowania rewizyjnego:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Przedmiot postępowania głównego

Własność intelektualna – Dyrektywa 2009/24/WE – Ochrona prawna programów komputerowych – Zakres – Rozszerzenia wyposażenia podstawowego konsol gier – Pojęcie „modyfikacji” – Oprogramowanie, które zmienia treść zmiennych wykorzystywanych w trakcie działania chronionego programu komputerowego

Przedmiot i podstawa prawna odesłania prejudycjalnego

Wykładnia prawa Unii, art. 267 TFUE

Pytania prejudycjalne

1. Czy zakres ochrony programu komputerowego zgodnie z art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 2009/24/WE zostaje naruszony, jeżeli nie zmienia się ani kodu obiektowego, ani kodu źródłowego programu komputerowego lub jego powielenia, lecz inny program działający jednocześnie z chronionym programem komputerowym zmienia treść zmiennych, które chroniony program komputerowy zapisał w pamięci operacyjnej i z których korzysta w trakcie swojego działania?

2. Czy w sytuacji, w której nie zmienia się ani kodu obiektowego, ani kodu źródłowego programu komputerowego lub jego powielenia, lecz inny program działający jednocześnie z chronionym programem komputerowym zmienia treść zmiennych, które chroniony program komputerowy zapisał w pamięci operacyjnej i z których korzysta w trakcie swojego działania, dochodzi do modyfikacji w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2009/24/WE?

Przywołane przepisy prawa Unii

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, w szczególności art. 1 ust. 1–3, art. 4 lit. b)

Przywołane przepisy prawa krajowego

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Niemcy; zwana dalej „UrhG”), w szczególności § 69a, § 69c

Zwięzłe przedstawienie stanu faktycznego i przebiegu postępowania

- 1 Strona powodowa dystrybuuje jako wyłączny licencjobiorca na Europę konsole gier PlayStation, w szczególności dystrybuowaną do 2014 r. PlayStation Portable (zwaną dalej „PSP”), oraz gry na te konsole (zwane dalej „grami”, „oprogramowaniem” lub „programem komputerowym” strony powodowej), w tym grę „MotorStorm: Arctic Edge”. Spółka Dattel Design and Development Ltd. (zwaną dalej „pozwaną wymienioną w pkt 1”) i spółka Dattel Direct Ltd. (zwaną dalej „pozwaną wymienioną w pkt 2”) należą do grupy przedsiębiorstw Dattel Holdings Group, która opracowuje, produkuje i jest odpowiedzialna za dystrybucję oprogramowania, w szczególności produktów uzupełniających do konsol gier strony powodowej, w tym oprogramowanie „Action Replay PSP” oraz – pod nazwą „Tilt FX” – dodatkowe urządzenie wejściowe do konsoli gier PSP wraz z oprogramowaniem. Urządzenie „Tilt FX” umożliwia sterowanie konsolą gier poprzez ruch w przestrzeni. Pozwana wymieniona w pkt 1 opracowała oprogramowanie „Action Replay PSP” i „Tilt FX”. Pozwana wymieniona w pkt 2 była odpowiedzialna za dystrybucję tego oprogramowania. JS (zwany dalej

„pozwanym wymienionym w pkt 3”) zajmuje stanowisko „director” u pozwanej wymienionej w pkt 2.

- 2 Produkty strony pozwanej w zakresie oprogramowania działają wyłącznie z oryginalnymi grami strony powodowej. W tym celu PSP łączy się z komputerem osobistym, a do PSP wkłada kartę pamięci typu memory stick, na której zapisane jest oprogramowanie strony pozwanej. Po ponownym uruchomieniu PSP użytkownik może wywołać na konsoli gier dodatkowy punkt w menu „Action Replay”, poprzez który można wprowadzić zmiany w poszczególnych grach strony powodowej. W wypadku gry „MotorStorm: Arctic Edge” są to na przykład opcje „Infinite Turbo” i „All Drivers Available”, które skutkują usunięciem ograniczeń w wykorzystaniu funkcji „turbo” („booster”) lub dostępnością części kierowców, która w przeciwnym razie stawałaby się dostępna dopiero wraz z osiągnięciem określonych progów punktowych.
- 3 Wraz z oprogramowaniem „Tilt FX” zamawiający otrzymuje czujnik, który podłącza się do PSP poprzez wejście przeznaczone dla zestawów słuchawkowych i który umożliwia sterowanie PSP poprzez ruchy konsoli gier w przestrzeni. Aby korzystać z czujnika ruchu, również należy włożyć do PSP kartę pamięci typu memory stick, dzięki czemu udostępniony zostaje dodatkowy punkt w menu „Tilt FX” z listą gier do wyboru. Również w tym wypadku wskazane oprogramowanie umożliwia wywołanie podczas gry za pomocą określonej kombinacji klawiszy dodatkowego menu, które nie jest przewidziane w oryginalnej grze. Jeżeli wybierze się tam opcję „FX”, znikają pewne ograniczenia. Na przykład w wypadku gry „MotorStorm: Arctic Edge” można bez ograniczeń korzystać z funkcji „turbo”.
- 4 Strona powodowa podnosi, że użytkownicy za pomocą zakwestionowanych produktów strony pozwanej w zakresie oprogramowania modyfikują w sposób niedopuszczalny w świetle prawa autorskiego oprogramowanie, na którym oparte są jej gry. Odpowiedzialność za to ma ponosić strona pozwana. Tytułem ewentualnym strona powodowa podnosi roszczenia oparte na prawie konkurencji i powołuje się dodatkowo tytułem ewentualnym na prawo deliktowe z perspektywy naruszenia prawa do utworzenia i prowadzenia przedsiębiorstwa.
- 5 W pierwszej instancji strona powodowa wniosła ostatecznie o
 - I. nakazanie stronie pozwanej pod groźbą zastosowania kar porządkowych zaniechania w Republice Federalnej Niemiec
 - a. oferowania, sprzedawania, rozprzestrzeniania lub zlecenia oferowania, sprzedawania lub rozprzestrzeniania oprogramowania Action Replay PSP, którego można używać na urządzeniach typu PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 i PSP Go i za pomocą którego użytkownik może dokonać ingerencji w gry działające na konsoli gier PSP, która umożliwia lub ułatwia modyfikację gier przy zmianie ich oprogramowania,

- b. oferowania, sprzedawania, rozprzestrzeniania lub zlecenia oferowania, sprzedawania lub rozprzestrzeniania przynależącego do czujnika ruchu oprogramowania „Tilt FX”, którego można używać na urządzeniach typu PSP 1000, PSP 2000 i PSP 3000 i za pomocą którego użytkownik może dokonać ingerencji w gry działające na konsoli gier PSP, która umożliwia lub ułatwia modyfikację gier przy zmianie ich oprogramowania,
 - c. a także oferowania pobrania oprogramowania takiego jak to opisane pod lit. a) i b) lub licencji czy też aktualizacji dla takiego oprogramowania;
- II. nakazanie stronie pozwanej przedstawienia stronie powodowej informacji o pochodzeniu i sieci dystrybucji sprowadzonych do Niemiec produktów, o których mowa w pkt I – od stycznia 2008 r. – w tym podania nazwy i adresu producentów, dostawców i innych poprzednich posiadaczy, hurtowników i zleciodawców, a także ilości i cen wyprodukowanych, wysłanych, otrzymanych i zamówionych towarów oraz okazania odpowiednich dokumentów potwierdzających (ofert, faktur, dowodów dostawy i dokumentacji celnej) w ramach uporządkowanego chronologicznie wykazu;
- III. stwierdzenie, że pozwani ponoszą solidarną odpowiedzialność za wyrównanie stronie powodowej wszelkich szkód, które już powstały i nadal powstają w związku z tym, że pozwani dopuszczali się i nadal dopuszczają się czynów, o których mowa w pkt I.
- 6 Tytułem ewentualnym strona powodowa zażądała w odniesieniu do pozwanej wymienionej w pkt 1, aby nałożenie na nią zakazu wspierania czynów wymienionych w żądaniu głównym w pkt I. Ponadto tytułem ewentualnym wniosła o zobowiązanie pozwanych do zaniechania umożliwiania lub ułatwiania obchodzenia systemów zabezpieczających konsolę gier przed kopiowaniem.
- 7 W pierwszej instancji [Landgericht Hamburg (sąd krajowy w Hamburgu, Niemcy), wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r. – 310 0199/10, juris] wobec pozwanych wymienionych w pkt 2 i 3 uznano żądania główne strony powodowej, natomiast wobec pozwanej wymienionej w pkt 1 orzeczono jedynie zobowiązanie do zaniechania w myśl pierwszego żądania podniesionego tytułem ewentualnym, a w pozostałym zakresie powództwo oddalono.
- 8 Od tego wyroku strony wniosły środek odwoławczy. W postępowaniu odwoławczym strona powodowa podtrzymała swoje żądania podniesione w pkt I i pkt III w odniesieniu do pozwanych wymienionych w pkt 2 i 3, a ponadto wniosła o
- I. nakazanie pozwanej wymienionej w pkt 1 pod groźbą zastosowania kar porządkowych zaniechania w Republice Federalnej Niemiec

oferowania, sprzedawania lub rozprzestrzeniania oprogramowania „Action Replay PSP”, którego można używać na urządzeniach typu PSP 1000, 2000, 3000 i PSP Go, i przynależącego do czujnika ruchu oprogramowania „Tilt FX”, za pomocą których użytkownik może dokonać ingerencji w gry działające na konsoli gier PSP, która umożliwia lub ułatwia modyfikację gier przy zmianie ich oprogramowania, czy też oferowania pobrania aktualizacji dla takiego oprogramowania;

II. nakazanie pozwanym wymienionym w pkt 1, 2 i 3 przedstawienia stronie powodowej informacji o tym, w jakim zakresie dopuszczali się czynów określonych w pkt I, poprzez przedłożenie wykazu, z którego wynikają:

- a) nazwy i adresy producentów, dostawców i innych poprzednich posiadaczy,
- b) wielkości dostaw, określenia typów, numery artykułów, terminy dostaw i ich ceny,
- c) ponoszone koszty wraz z wszystkimi ich elementami oraz osiągnięty zysk,
- d) poszczególne oferty wraz ze wskazaniem ofertowanych ilości, określeń typów, numerów artykułów, okresów obowiązywania ofert i cen ofertowych,
- e) rodzaj i zakres prowadzonej reklamy, w rozbiciu na nośnik reklamy, nakład, okres widoczności i obszar rozprzestrzeniania, a także
- f) nazwy i adresy hurtowników oraz adresatów ofert prowadzących działalność gospodarczą;

III. stwierdzenie, że pozwana wymieniona w pkt 1 ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z pozwanymi wymienionymi w pkt 2 i 3 za wyrównanie stronie powodowej wszelkich szkód, które już powstały i jeszcze powstaną w związku z tym, że pozwana nr 1 dopuszczała się i nadal dopuszcza się czynów, o których mowa w pkt I.

- 9 Sąd rozpatrujący środek odwoławczy [Oberlandesgericht Hamburg (wyższy sąd krajowy w Hamburgu), GRUR 2022, 483] oddalił środek odwoławczy strony powodowej, a na podstawie środka odwoławczego strony pozwanej zmienił wyrok wydany w pierwszej instancji i oddalił powództwo w całości.
- 10 Sąd rozpatrujący środek odwoławczy uznał powództwo oparte na naruszeniu prawa autorskiego za dopuszczalne, ale bezzasadne. Stwierdził, że stronie powodowej nie przysługują podniesione przez nią roszczenia o zaniechanie w myśl § 97 ust. 1 zdanie pierwsze i § 69c pkt 2 UrhG. Użycie oprogramowania strony pozwanej ma nie prowadzić do modyfikacji programów komputerów, na których opierają się oryginalne gry strony powodowej. Gry strony powodowej

spełniają wprowadzić przesłanki uznania ich za program komputerowy zgodnie z § 69a UrhG. Przedmiotem ochrony programu komputerowego na podstawie prawa autorskiego zgodnie z § 69a i § 69c UrhG są jednak dane programowe kodu obiektowego i kodu źródłowego oraz wewnętrzna struktura i organizacja programu komputerowego, nie zaś przebieg jego działania zgodny z programem. Oprogramowanie strony pozwanej nie modyfikuje ani samych programów, ani kopii programów zapisanych w pamięci operacyjnej PSP. Jego równoległe komendy zmieniają jedynie zmienne dane zapisywane przez grę komputerową w pamięci operacyjnej, powodując w ten sposób zmianę wyniku gry. Opartego na perspektywie funkcjonalnej stanowiska strony powodowej, zgodnie z którym niezależnie od wpływu na kod programu czy też jego zmienionego powielenia należy przyjąć modyfikację również wtedy, kiedy ingerencji w przebieg działania programu dokonuje się w inny sposób, nie da się zdaniem Sądu pogodzić z przedmiotem ochrony programu komputerowego w świetle § 69a UrhG. Wyłączne prawo do modyfikacji w myśl § 69c pkt 2 UrhG nie obejmuje zgodnego z programem przebiegu działania programu komputerowego. Autorowi programu komputerowego nie przysługuje wynikające z § 69a i § 69c UrhG roszczenie o to, by jego program był używany wyłącznie w sposób, jaki pierwotnie przewidział w przebiegu chronologicznym, jeżeli gra – jak w niniejszej sprawie – działa zgodnie z programem również w wypadku ingerencji ze strony osób trzecich, a poszczególne sytuacje w grze są przewidziane przez samo jej oprogramowanie.

- 11 W ramach skargi rewizyjnej dopuszczonej przez sąd rozpatrujący środek odwoławczy, której oddalenia domaga się strona pozwana, strona powodowa podtrzymuje żądania podniesione w instancji odwoławczej.

Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia odesłania

- 12 Powodzenie skargi rewizyjnej w odniesieniu do żądań głównych strony powodowej zależy od tego, czy wykorzystanie oprogramowania strony pozwanej narusza wyłączne prawo do modyfikacji programu komputerowego w myśl § 69c pkt 2 UrhG, na które powołuje się strona powodowa. Przy stosowaniu tego przepisu nasuwają się pytania dotyczące wykładni art. 1 ust. 1–3 i art. 4 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2009/24/WE.
- 13 Strona powodowa podnosi naruszenie wyłącznego prawa do modyfikacji programu komputerowego w myśl § 69c pkt 2 UrhG, na które się powołuje.
- 14 W przedmiocie pytania pierwszego: Wątpliwości budzi to, czy wykładni art. 1 ust. 1 i 2 dyrektywy 2009/24/WE należy dokonywać w ten sposób, że naruszenie wskazanego w art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 2009/24/WE zakresu ochrony programu komputerowego ma miejsce, jeżeli nie zmienia się ani kodu obiektowego, ani kodu źródłowego programu komputerowego lub jego powielenia, lecz inny program działający jednocześnie z chronionym programem komputerowym

zmienia treść zmiennych, które chroniony program komputerowy zapisał w pamięci operacyjnej i z których korzysta w trakcie swojego działania.

- 15 W świetle ustaleń sądu rozpoznającego środek odwoławczy, które nie zostały zakwestionowane w skardze rewizyjnej, produkty strony pozwanej w zakresie oprogramowania działają w ten sposób, że nie ingerują w ładowanie programu w pamięci operacyjnej, ale wpływają na przebieg działania programów poprzez modyfikację – zasadniczo znanych grze – zmiennych. Przedmiotem modyfikacji nie są same komendy w pamięci operacyjnej, lecz jedynie (zmiennie) dane, które oprogramowanie gry zapisuje w trakcie swojego działania w pamięci operacyjnej. Również komendy oprogramowania gry strony powodowej pozostają aktywne, a ich struktura wewnętrzna – nienaruszona. Zmieniają się jedynie generowane z bieżącej gry dane w pamięci operacyjnej. W ten sposób komendy gry są wykonywane na podstawie innych wartości niż te, które powstałyby w tym czasie w wypadku zwykłego działania gry. Również przy użyciu oprogramowania strony pozwanej gry zawsze działają tak, jak zostały zaprogramowane. Produkty strony pozwanej w zakresie oprogramowania nadpisują jednak w pamięci operacyjnej określone dane wytwarzane podczas gry (np. zużycie „turbo”) wartościami, które zna i potrafi interpretować również sama gra. Przed programem pozoruje się w ten sposób sytuację, która może wprawdzie wystąpić podczas zwykłego działania gry i stanowi immanentną część programu, ale w tym konkretnym stanie gry by nie wystąpiła. Dla przykładu – oprogramowanie strony pozwanej nie dodaje grze komendy, która powoduje „kolizję z bandą”; wpływa jedynie na moment i częstotliwość, z którą gra wykonuje tę również pierwotnie objętą przez program komendę.
- 16 W niniejszej sprawie istotna jest zatem kwestia, czy treść zmiennych, które program komputerowy zapisuje w pamięci operacyjnej konsoli gier i których używa, wchodzi jeszcze w zakres ochrony prawa do programu komputerowego. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że dana kategoria zmiennych jest jak najbardziej przewidziana przez oprogramowanie gry strony powodowej, a ingerencja oprogramowania strony pozwanej modyfikuje w trakcie gry jedynie treść zmiennych, przez co zmienia się np. moment lub częstotliwość wykonania danej komendy, zależnego od wartości zmiennych. Wątpliwości budzi to, czy wyłącznie taki wpływ na generowane podczas gry zmienne dane w pamięci operacyjnej stanowi naruszenie programu komputerowego w rozumieniu prawa autorskiego.
- 17 W myśl art. 1 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/24/WE (por. § 69a ust. 4 UrhG) państwa członkowskie chronią prawem autorskim programy komputerowe w taki sposób, jak dzieła literackie w rozumieniu konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych (zwanej dalej „konwencją berneńską”). Zgodnie z art. 1 ust. 1 zdanie drugie dyrektywy 2009/24/WE oraz § 69a ust. 1 UrhG pojęcie „programy komputerowe” obejmuje ich przygotowawczy materiał projektowy. Według art. 1 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/24/WE i § 69a ust. 2 zdanie pierwsze UrhG ochronie podlega każda forma wyrażenia programu komputerowego. W myśl art. 1 ust. 2 zdanie

drugie dyrektywy 2009/24/WE i § 69a ust. 2 zdanie drugie UrhG koncepcje i zasady, na których opierają się wszystkie elementy programu komputerowego, włącznie z tymi, na których opierają się ich interfejsy, nie podlegają ochronie prawa autorskiego. Zgodnie z art. 1 ust. 3 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/24/WE i § 69a ust. 3 zdanie pierwsze UrhG program komputerowy podlega ochronie, jeżeli jest oryginalny w takim rozumieniu, że przedstawia własną intelektualną twórczość jego autora. Według art. 1 ust. 3 zdanie drugie dyrektywy 2009/24/WE i § 69a ust. 3 zdanie drugie UrhG przy dokonywaniu jego kwalifikacji do ochrony nie stosuje się żadnych innych kryteriów.

- 18 Zarówno brzmienie przepisów zawartych w dyrektywie 2009/24/WE, jak i jej kontekst regulacyjny i geneza aktu przemawiają prawdopodobnie za wykładnią pojęcia programu komputerowego, która jest oparta na kodzie źródłowym i kodzie obiektowym jako formie wyrażenia osobistego dzieła stworzonego przez twórcę programu (autora), a zatem nie obejmuje samego wpływu na generowane w trakcie gry zmienne dane w pamięci operacyjnej komputera.
- 19 W świetle brzmienia art. 1 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/24/WE programy komputerowe należy chronić prawem autorskim w taki sposób, jak dzieła literackie w rozumieniu konwencji berneńskiej. Program komputerowy jest pierwotnie zredagowany w formie „kodu źródłowego” w zrozumiałym dla człowieka języku programowania, a następnie zostaje zapisany w formie nadającej się do odczytu przez komputer, a mianowicie w postaci „kodu obiektowego”, za pomocą specjalnego programu nazywanego „kompilatorem” w drodze kompilacji [zob. wyrok Trybunału z dnia 6 października 2021 r., Top System (C-13/20, EU:C:2021:811, pkt 35)]. Artykuł 10 ust. 1 porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (zwanego dalej „porozumieniem TRIPS”) stanowi, że programy komputerowe, zarówno w kodzie źródłowym, jak i obiektowym, będą chronione jak dzieła literackie na podstawie konwencji berneńskiej. Kod źródłowy i kod obiektowy programu komputerowego są zatem formami jego wyrażenia, a w konsekwencji wchodzi w zakres ochrony programów komputerowych w świetle prawa autorskiego. Stąd przedmiot ochrony przyznanej w dyrektywie 2009/24/WE obejmuje wszystkie formy wyrażenia, które umożliwiają powielanie programu komputerowego w różnych językach informatycznych, takich jak kod źródłowy i kod obiektowy [wyroki Trybunału: z dnia 22 grudnia 2010 r., Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, pkt 33–35); z dnia 6 października 2021 r., Top System (C-13/20, EU:C:2021:811, pkt 36)]. Przemawia za tym również motyw 15 dyrektywy 2009/24/WE, zgodnie z którym niedozwolone powielanie, tłumaczenie, adaptacja lub przekształcanie „formy kodu”, w której kopia programu komputerowego została udostępniona, stanowi naruszenie praw autora.
- 20 Geneza przepisów Unii dotyczących ochrony programów komputerowych na podstawie prawa autorskiego również wydaje się przemawiać za rozumieniem opartym na zapisie rezultatu programowania. W ramach prac przygotowawczych poprzedzających powstanie dyrektywy 91/250/EWG, którą zastąpiła dyrektywa 2009/24/WE, Komisja Europejska wyszła z założenia, że pod pojęciem programu

komputerowego należy rozumieć szereg komend, których cel polega na wykonaniu określonej funkcji lub zadania (wniosek Komisji dotyczący dyrektywy w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, KOM (88) 816 final, Dz.U. WE C 91/4, s. 5–9; zob. także decyzję Komisji Europejskiej z dnia 24 marca 2004 r. – COMP/C-3/37.792 – C(2004)900 final, pkt 21 – Microsoft). Odpowiada temu § 1 ust. 1 wzorcowych przepisów Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO) o ochronie programów komputerowych (GRUR Int. 1978, 286). Zgodnie z nim program komputerowy stanowi szereg komend, które są właściwe, w przypadku umieszczenia ich na nośniku odczytywanym przez komputer, sprawić, że komputer wyposażony w zdolność ich przetwarzania wskaże, wykona lub osiągnie określone funkcję, zadanie lub rezultat.

- 21 W świetle tych zasad w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia zakresu ochrony, o którym mowa w art. 1 dyrektywy 2009/24/WE. Z niezakwestionowanych przez strony ustaleń sądu rozpoznającego środek odwoławczy wynika, że oprogramowanie stosowane przez stronę powodową w PSP spełnia przesłanki uznania go za program komputerowy, natomiast oprogramowanie strony pozwanej nie zmienia ani danych programowych kodu obiektowego i kodu źródłowego, ani wewnętrznej struktury i organizacji oprogramowania gry czy też oprogramowania systemu operacyjnego dystrybuowanych przez stronę powodową gier.
- 22 W skardze rewizyjnej zajęto natomiast stanowisko, zgodnie z którym zarówno treść, jak i geneza dyrektywy 2009/24/WE przemawiają za objęciem treści omawianych zmiennych, wprowadzanych do pamięci operacyjnej zakresem ochrony programu komputerowego w rozumieniu art. 1 dyrektywy 2009/24/WE. Podniesiono, że z definicji programu komputerowego zawartej w § 1 ust. 1 wzorcowych przepisów Światowej Organizacji Własności Intelektualnej (WIPO), w myśl której stanowi on szereg komend, które są właściwe, w przypadku umieszczenia ich na nośniku odczytywanym przez komputer, sprawić, że komputer wyposażony w zdolność ich przetwarzania wskaże, wykona lub osiągnie określone funkcję, zadanie lub rezultat, wynika, iż kluczowe znaczenie ma ostateczne przeznaczenie sterujących struktur programu. Dlatego w zakres pojęcia „programu komputerowego” mają wchodzić również wszystkie elementy szeregu komend, które przyczyniają się do osiągnięcia zaplanowanych rezultatów lub umożliwienia określonych funkcji. Zadaniem gier komputerowych będących przedmiotem sporu jest uzyskanie za pomocą dynamicznego przebiegu doświadczenia, które stanowi dla gracza rozrywkę i wyzwanie. Dynamiczny przebieg gry ma być wynikiem współdziałania komend programu i zmiennych danych, które wpływają na te komendy. Przebieg gier zależy od zmiennych danych zapisywanych w pamięci operacyjnej, które w zależności od przebiegu gry podlegają ciągłej modyfikacji przez oprogramowanie gier. Przebieg działania programu zależy zatem od generowania w trakcie gry określonych parametrów, które zgodnie z programem są później ponownie wykorzystywane. Aby osiągnąć rezultat określony konkretnie przez autora (na przykład wyczerpanie możliwości skorzystania z funkcji „booster”) wskutek tego dynamicznego przebiegu działania programu, bezwzględnie konieczne jest wykorzystywanie zmiennych

zapisywanych dokładnie dla celów tego procesu w pamięci operacyjnej zgodnie z wolą autora. W związku z tym wartości zapisywane w pamięci operacyjnej nie są jedynie przypadkowymi, nieuniknionymi pod względem technicznym produktami przebiegu gry. Wyznaczony cel programu – uzyskanie dla gracza określonego doświadczenia – wymaga możliwości pobrania z pamięci operacyjnej pewnych zmiennych danych. Jeżeli niezgodnie z zasadami gry wprowadza się tam inne dane wykorzystywane w dalszym przebiegu działania programu, doświadczenie gracza ulega zmianie. Cel programu ma wówczas nie zostać osiągnięty.

- 23 Zdaniem sądu odsyłającego wątpliwości wzbudza kwestia, czy przy określaniu zakresu ochrony programu komputerowego można uwzględnić kształtowaną poprzez założony cel uzyskania interesującego pod względem rozrywki przebiegu gry wolę twórcy programu, aby podstawę jego komend stanowiły wyłącznie zmienne dane powstające w trakcie jego działania zgodnie z zasadami gry. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy 2009/24/WE ochronie podlega każda forma wyrażenia programu komputerowego (zdanie pierwsze); koncepcje i zasady, na których opierają się wszystkie elementy programu komputerowego, włącznie z tymi, na których opierają się ich interfejsy, nie podlegają ochronie prawa autorskiego na podstawie niniejszej dyrektywy (zdanie drugie; zob. także motyw 11 dyrektywy 2009/24/WE). W prawie międzynarodowym zarówno art. 2 Traktatu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim, jak i art. 9 ust. 2 porozumienia TRIPS przewidują, że ochrona prawa autorskiego obejmuje formę wyrażania, a nie idee, procedury, metody działania czy też pojęcia matematyczne jako takie. Ani zbiór funkcji programu komputerowego, ani język programowania i format plików danych używanych w ramach programu komputerowego w celu korzystania z pewnych jego funkcji nie stanowią formy wyrażenia tego programu w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy 91/250/EWG. Przyjęcie, że zbiór funkcji programu komputerowego mógłby być chroniony prawem autorskim, oznaczałoby umożliwienie monopolizowania koncepcji kosztem postępu technicznego i rozwoju przemysłowego [wyrok Trybunału z dnia 2 maja 2012 r., SAS Institute (C-406/10, EU:C:2012:259, pkt 35–40)]. W związku z powyższym rezultat korzystania z programu komputerowego w trakcie jego działania nie jest prawdopodobnie objęty ochroną programu komputerowego.
- 24 W skardze rewizyjnej podniesiono, że zgodnie z art. 1 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy 2009/24/WE państwa członkowskie chronią prawem autorskim programy komputerowe w taki sposób, jak dzieła literackie w rozumieniu konwencji berneńskiej. Ochronie prawem autorskim mają podlegać nie tylko konkretna wersja tekstowa, a tym samym bezpośrednio uformowanie koncepcji, lecz również osobiście kształtowane części składowe i elementy formujące dzieła, które mogłyby obejmować na przykład przebieg akcji i ukształtowanie scen. W odniesieniu do programów komputerowych ma z tego wynikać, że oprócz kodu, który potrafi odczytywać komputer, ochronie może podlegać również koncepcja programu jako jego osobiście kształtowana część składowa, a więc również zmienne dane zapisywane w pamięci operacyjnej.

- 25 Stanowiska tego prawdopodobnie nie należy uznać za słuszne. Przebieg akcji i ukształtowanie scen mogą znaleźć wyraz w danych programu w kodzie obiektowym i w kodzie źródłowym. Dotyczy to prawdopodobnie również przewidzianych przez autora jako kategoria zmiennych, które wpływają na przebieg akcji. W świetle ustaleń sądu rozpoznającego środek odwoławczy oprogramowanie strony pozwanej nie ingeruje jednak właśnie w te stworzone przez autora elementy programu wpływające na akcję, lecz zmienia jedynie generowaną przez użytkownika w trakcie gry treść zmiennych. Treści te same w sobie nie stanowią jednak wyrazu osobistej twórczości autora, lecz dotyczą konkretnego przebiegu działania programu, zależnego od zachowania użytkownika. Oprogramowanie strony pozwanej nie zmienia przebiegu akcji ani ukształtowania scen, lecz jedynie kolejność lub częstotliwość odtwarzania elementów akcji lub sekwencji scen. Podniesiona w skardze rewizyjnej ochrona przebiegu akcji i ukształtowania scen w świetle prawa autorskiego zmierza z kolei do nieprzewidzianej w dyrektywie 2009/24/WE ochrony koncepcji programu, jego przebiegu i zbioru funkcji.
- 26 W przedmiocie pytania drugiego: Wyjaśnienia wymaga ponadto kwestia tego, czy w sytuacji, w której nie zmienia się ani kodu obiektowego, ani kodu źródłowego programu komputerowego lub jego powielenia, lecz inny program działający jednocześnie z chronionym programem komputerowym zmienia treść zmiennych, które chroniony program komputerowy zapisał w pamięci operacyjnej i z których korzysta w trakcie swojego działania, dochodzi do modyfikacji w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2009/24/WE.
- 27 Oceniając, że w niniejszej sprawie oprogramowanie strony pozwanej nie narusza przedmiotu ochrony programu komputerowego w myśl § 69a UrhG, ponieważ nie zmienia się ani kodu obiektowego, ani kodu źródłowego, ani struktury wewnętrznej programu komputerowego strony powodowej, sąd rozpatrujący środek odwoławczy założył, że nie dochodzi do modyfikacji w rozumieniu § 69c pkt 2 UrhG. Ujęcie funkcjonalne, zgodnie z którym niezależnie od ingerencji w kod programu czy też niezależnie od zmodyfikowanego powielenia kodu programu można by uznać, że należy przyjąć modyfikację również w sytuacji, w której ingeruje się w przebieg działania programu w inny sposób, nie daje się pogodzić z przedmiotem ochrony, o którym mowa w § 69a UrhG. Przebieg zgodny z programem ma bowiem nie stanowić części przedmiotu ochrony programu komputerowego, a tym samym nie podlegać ochronie przed zewnętrzną ingerencją na podstawie praw wyłącznych, o których mowa w § 69c UrhG. Ani zbiór funkcji programu nie jest objęty ochroną programu komputerowego, ani samo korzystanie z dzieła – w przeciwieństwie do technicznych praw do korzystania – nie stanowi formy korzystania chronionej prawem autorskim. Autorowi programu komputerowego nie przysługuje zatem wynikające z § 69a i § 69c UrhG prawo do tego, by z jego programu korzystano wyłącznie w przewidziany przez niego sposób, jeżeli również w wypadku ingerencji ze strony osób trzecich gra przebiega zgodnie z programem, a poszczególne sytuacje, do których dochodzi w grze, są przez nią samą przewidziane.

- 28 W skardze rewizyjnej założono natomiast, że modyfikacja nie wymaga ingerencji w substancję programu. Decydujące znaczenie ma mieć w tym zakresie to, że przebieg działania programu w określonej sytuacji, do której dochodzi w grze, przewiduje zapisanie, a następnie pobranie ściśle określonych treści zmiennych, podczas gdy inne treści zmiennych powinny być zapisywane wyłącznie przy spełnieniu innych warunków. Ingerencję ma stanowić już samo wykorzystanie nieprawidłowych treści zmiennych.
- 29 Kwestię sporną stanowi to, czy przyjęcie modyfikacji w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2009/24/WE i § 69c pkt 2 UrhG wymaga, aby doszło do zmiany substancji programu komputerowego w postaci kodu źródłowego lub kodu obiektowego. Zgodnie z jednym ze stanowisk dla przyjęcia modyfikacji wystarczy ingerencja w przebieg działania programu komputerowego, bez ingerencji w jego substancję [Oberlandesgericht Hamburg (wyższy sąd krajowy w Hamburgu, Niemcy), GRUR-RR 2013, 13 (juris, pkt 62)]. Zgodnie z innym poglądem modyfikacja zawsze wymaga ingerencji w kod źródłowy lub kod obiektowy i w tym sensie w substancję programu komputerowego [Landgericht München I (sąd krajowy w Monachium I, Niemcy), MMR 2015, 660 (juris, pkt 288 i nast.); Landgericht Hamburg (sąd krajowy w Hamburgu), CR 2016, 782 (juris, pkt 28); Landgericht Hamburg (sąd krajowy w Hamburgu), postanowienie z dnia 22 lipca 2016 r. – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 (juris, pkt 11); Landgericht Hamburg (sąd krajowy w Hamburgu), GRUR-RR 2022, 253 (juris, pkt 52)]. Sąd odsyłający skłania się do podzielenia drugiego z tych stanowisk. Już samo brzmienie słowa „modyfikacje” – podobnie jak użyte w angielskiej wersji językowej pojęcie „alteration” – przemawia za tym, że konieczna jest ingerencja w kod źródłowy lub kod obiektowy, a sam wpływ na zmienne rezultaty funkcjonalne, generowane w trakcie działania programu, nie jest wystarczający. Prawdopodobnie może być jednak inaczej, jeżeli Trybunał w odniesieniu do pierwszego pytania prejudycjalnego uzna takie rezultaty funkcjonalne za część zakresu ochrony programu komputerowego w świetle prawa autorskiego. W takim wypadku w związku z omawianym w niniejszej sprawie wpływem na treści zmiennych również dochodziłoby do modyfikującej ingerencji w program komputerowy.