

Processo C-159/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

15 de março de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

23 de fevereiro de 2023

Demandante e recorrente em «Revision»:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Demandados e recorridos em «Revision»:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Objeto do processo principal

Propriedade intelectual – Diretiva 2009/24/CE – Proteção jurídica dos programas de computador – Âmbito – Extensões relativas ao equipamento de base das consolas de jogos – Conceito de «modificação» – *Software* que altera o conteúdo das variáveis utilizadas na execução de um programa de computador protegido

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. O âmbito de proteção de um programa de computador decorrente do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 2009/24/CE é violado quando o código objeto ou o código fonte de um programa de computador, ou a sua reprodução, não são modificados, mas outro programa em execução ao mesmo tempo que o programa de computador protegido modifica o conteúdo de variáveis que o programa de computador protegido criou na memória de interna e utiliza na execução do programa?

2. Ocorre uma transformação, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2009/24/CE, quando o código objeto ou o código fonte de um programa de computador, ou a sua reprodução, não são modificados, mas outro programa em execução ao mesmo tempo que o programa de computador protegido modifica o conteúdo de variáveis que o programa de computador protegido criou na memória de interna e utiliza na execução do programa?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, em especial artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, e artigo 4.º, alínea b)

Disposições de direito nacional invocadas

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Lei dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, a seguir «UrhG»), em especial §§ 69a e 69c

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A demandante comercializa, enquanto única titular de licença na Europa, consolas de jogos Playstation, em especial a PlayStation Portable (PSP) comercializada até 2014, bem como jogos para essas consolas (a seguir «jogos, *software* ou programa de computador da demandante»), incluindo o jogo «MotorStorm: Arctic Edge». A Datel Design and Development Ltd. (a seguir «primeira demandada») e a Datel Direct Ltd. (a seguir «segunda demandada») pertencem ao grupo Datel Holdings Group, que desenvolve, produz e comercializa *software*, em especial produtos complementares para as consolas de jogo da demandante, incluindo o *software* «Action Replay PSP» e, sob o nome «Tilt FX», um dispositivo adicional de entrada para a consola de jogos PSP juntamente com o *software*. O dispositivo «Tilt FX» permite que a consola de jogos seja controlada por movimento no espaço. A primeira demandada desenvolveu o *software* «Action Replay PSP» e «Tilt FX». A segunda demandada comercializou esse *software*. JS (a seguir «terceiro demandado») é «Diretor» da segunda demandada.

- 2 Os produtos de *software* dos demandados funcionam exclusivamente com os jogos originais da demandante. Para o efeito, a PSP é ligada a um PC e é introduzido um Memory Stick na PSP, que é carregado com o *software* dos demandados. Após reiniciar a PSP, o utilizador pode carregar um item adicional do menu «Action Replay» para a consola de jogos, através do qual podem ser feitas alterações a jogos individuais da demandante. No jogo «MotorStorm: Arctic Edge» trata-se, por exemplo, das opções «Infinite Turbo» e «All Drivers Available», que conduzem à eliminação de restrições à utilização do «Turbo» («Booster») ou à disponibilização da parte dos condutores que, de outra forma, só seria disponibilizada quando determinadas pontuações fossem atingidas.
- 3 Com o *software* «Tilt FX», o comprador recebe um sensor que está ligado ao conector de auscultadores da PSP e permite que a PSP seja controlada por movimentos da consola de jogos no espaço. A utilização do sensor de movimento também requer a inserção de um Memory Stick na PSP, que disponibiliza um item adicional de menu «Tilt FX» com uma lista de seleção de jogos. Mais uma vez, o referido *software* permite que, durante o jogo, uma combinação de teclas possibilite o acesso a um menu adicional que não está previsto no jogo original. Se for escolhida a opção «FX», não se aplicam certas restrições. Por exemplo, no jogo «MotorStorm: Arctic Edge», o «Turbo» pode ser utilizado sem limitações.
- 4 A demandante alega que, através dos produtos de *software* controvertidos dos demandados, os utilizadores alteram o *software* subjacente aos seus jogos de uma forma inadmissível ao abrigo da Lei de Direitos de Autor, sendo os demandados responsáveis por isso. A demandante alega, a título subsidiário, direitos baseados no direito da concorrência e, a título ainda mais subsidiário, baseia-se nas normas da responsabilidade civil na perspetiva da violação do livre exercício da sua atividade económica.
- 5 A demandante conclui pedindo, por último, em primeira instância que o Tribunal se digne:
 - I. Proibir os demandados, sob pena de sanção pecuniária compulsória, de, na República Federal da Alemanha:
 - a. oferecer, vender, distribuir e/ou oferecer, vender ou distribuir através de terceiros o *software* Action Replay PSP, que pode ser utilizado nas variantes de hardware PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 e PSP Go, através do qual o utilizador pode fazer uma intervenção em jogos em execução na consola de jogos PSP, que permite ou facilita a alteração dos jogos através da modificação do *software* do jogo;
 - b. oferecer, vender, distribuir e/ou oferecer, vender ou distribuir através de terceiros o *software* «Tilt FX» associado a um sensor de movimento, que pode ser utilizado nas variantes de hardware PSP 1000, PSP 2000 e PSP 3000 e que permite ao utilizador fazer uma intervenção em jogos em execução na consola de jogos PSP, que

permite ou facilita a alteração dos jogos através da modificação do *software* do jogo;

- c. bem como oferecer um *software* conforme descrito nas alíneas a) e b) e/ou licenças e/ou atualizações desse *software* para descarregar;
- II. Condenar os demandados a fornecerem à demandante informações sobre a origem e o canal de distribuição dos produtos distribuídos na Alemanha, conforme estabelecido no ponto I., a partir de janeiro de 2008, indicando o nome e o endereço dos fabricantes, fornecedores e outros detentores anteriores, bem como sobre a quantidade e o preço dos produtos fabricados, entregues, recebidos e encomendados, e apresentando os documentos justificativos correspondentes (propostas, faturas, notas de entrega e documentos aduaneiros) numa lista cronologicamente ordenada;
 - III. Declarar que os demandados são solidariamente responsáveis por indemnizar a demandante por qualquer dano que tenha sofrido e que continue e sofrer em consequência de os demandados cometerem e já terem cometido os atos descritos no ponto I.
- 6 A título subsidiário, a demandante pediu ao Tribunal de Primeira Instância que a primeira demandada fosse proibida de apoiar os atos referidos no pedido principal relativo a I. A título ainda mais subsidiário, os demandados devem ser condenados a cessar de permitir ou de facilitar a evasão às medidas de proteção contra a cópia da consola de jogos.
- 7 Em primeira instância [LG Hamburg (Tribunal Regional de Hamburgo, Alemanha), Sentença de 24 de janeiro de 2012 – 310 0 199/10, juris], as segunda e terceira demandadas foram condenadas de acordo com os pedidos principais, a primeira demandada só foi condenada a cessar de acordo com o primeiro pedido subsidiário e a ação foi julgada improcedente quanto ao restante.
- 8 As partes interpuseram recurso dessa sentença. Em sede de recurso, a demandante prosseguiu os seus pedidos relativos a I. e a III. no que respeita às segunda e terceira demandadas e concluiu, além disso, pedindo que o Tribunal se digno:
- I. Proibir a primeira demandada, sob pena de sanção pecuniária compulsória, de, na República Federal da Alemanha:
oferecer, vender ou distribuir o *software* «Action Replay PSP», que pode ser utilizado nas variantes de hardware PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 e PSP Go, bem como o *software* «Tilt FX» associado a um sensor de movimento, através dos quais o utilizador pode fazer uma intervenção em jogos em execução na consola de jogos PSP, que permite ou facilita a alteração dos jogos através da modificação do *software* do jogo, ou oferecer atualizações desse *software* para descarregar;

- II. Condenar as primeira, segunda e terceira demandadas, a fornecer à demandante informações sobre a medida em que cometeram os atos referidos no ponto I, apresentando uma lista indicando:
- a) O nome e o endereço dos fabricantes, fornecedores e outros detentores anteriores;
 - b) As quantidades de entrega, designações de tipo, números de artigos, prazos de entrega e preços de entrega;
 - c) Os custos de produção, incluindo todos os fatores de custo, bem como o lucro obtido;
 - d) As propostas individuais, especificando as quantidades propostas, as designações de tipo, os números de artigos, as datas das propostas e os preços das propostas;
 - e) A natureza e a extensão da publicidade efetuada, discriminada por suporte publicitário, número de cópias, tempo de aparição e área de difusão; bem como
 - f) Os nomes e endereços dos utilizadores profissionais e dos destinatários profissionais das propostas;
- III. Declarar que a primeira, segunda e terceira demandadas são solidariamente responsáveis por indemnizar a demandante por qualquer dano que tenha sofrido e que continue e sofrer em consequência de a primeira demandada cometer e já ter cometido os atos descritos no ponto I.
- 9 O tribunal de recurso [OLG Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo, Alemanha), GRUR 2022, 483] negou provimento ao recurso da demandante e, em sede de recurso dos demandados, revogou a sentença proferida na primeira instância e negou provimento ao recurso na íntegra.
- 10 O órgão jurisdicional de recurso considerou que a ação baseada na violação dos direitos de autor era admissível, mas improcedente. A demandante não tem direito a intentar as ações inibitórias invocadas ao abrigo do § 97, n.º 1, primeira frase, e do § 69c, n.º 2, da UrhG. A utilização do *software* dos demandados não implicou uma alteração dos programas informáticos subjacentes aos jogos originais da demandante. É certo que os jogos da demandante preenchem os requisitos de um programa de computador, previstos no § 69a da UrhG. Contudo, o objeto da proteção conferida pelos direitos de autor a um programa de computador ao abrigo dos §§ 69a e 69c da UrhG consiste nos dados do programa do código objeto e código fonte, bem como a estrutura e a organização internas do programa de computador, mas não a sua execução de acordo com o programa. O *software* dos demandados não alterou os programas em si nem as cópias de programa carregadas na memória interna da PSP. As suas instruções paralelas apenas alteraram os dados variáveis armazenados pelo jogo informático na memória

interna, provocando assim uma alteração ao resultado do jogo. A abordagem funcional defendida pela demandante, segundo a qual, independentemente do impacto no código do programa ou da sua reprodução alterada, há a considerar que também há modificação quando a execução do programa for afetada de outra forma, é incompatível com o objeto da proteção de um programa de computador ao abrigo do § 69a da UrhG. A execução de um programa de computador em conformidade com o programa não está abrangida pelo direito exclusivo de modificação previsto no § 69c, n.º 2, da UrhG. O autor de um programa de computador não dispõe de qualquer direito decorrente dos §§ 69a e 69c da UrhG a que o seu programa só seja utilizado tal como tinha inicialmente previsto no processo cronológico, desde que, como no caso em apreço, o jogo decorra em conformidade com o programa, incluindo em caso de intervenção por terceiros, e desde que as diferentes situações de jogo estejam previstas no próprio *software* de jogo.

- 11 No seu recurso de «Revision» admitido pelo órgão jurisdicional de recurso, ao qual os demandados pedem que seja negado provimento, a demandante mantém os pedidos que apresentou em sede de recurso.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 12 O sucesso do recurso de «Revision» depende, no que respeita aos pedidos principais da demandante, da questão de saber se a utilização do *software* dos demandados viola o direito exclusivo de modificação de um programa de computador, na aceção do § 69c, n.º 2, da UrhG, invocado pela demandante. A aplicação desta disposição suscita questões de interpretação do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, e do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2009/24/CE.
- 13 A demandante invoca uma violação do direito exclusivo de modificação do programa de computador ao abrigo do § 69c, n.º 2, da UrhG.
- 14 Quanto à primeira questão: É duvidoso que o artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2009/24/CE deva ser interpretado no sentido de que o âmbito de proteção de um programa de computador, na aceção do artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 2009/24/CE, é violado quando não há alteração do código objeto ou do código fonte de um programa de computador ou da sua reprodução, mas um outro programa que corre ao mesmo tempo que o programa de computador protegido altera o conteúdo de variáveis que o programa de computador protegido criou na memória interna e utiliza na sua execução.
- 15 De acordo com as conclusões do órgão jurisdicional de recurso, que não foram impugnadas no recurso de «Revision», os produtos de *software* dos demandados produzem os seus efeitos deixando intacto o carregamento do programa na memória interna, mas influenciando a execução dos programas através da alteração de variáveis – as quais são, em princípio, conhecidas do jogo. Não são as próprias instruções constantes da memória interna que são alteradas, mas apenas os dados (variáveis) que o *software* do jogo armazena na memória interna durante

a sua execução. As instruções do programa do *software* de jogo da demandante também permanecem ativas e a sua estrutura interna intocada. Só são alterados os dados gerados pelo jogo em execução na memória interna. Os comandos do jogo são, assim, executados com base em valores diferentes dos que teriam sido obtidos em caso de execução regular do jogo nesse momento. Mesmo utilizando o *software* dos demandados, os jogos são sempre executados conforme programado. Contudo, certos dados gerados no jogo (por exemplo, a utilização do «Turbo») são sobrescritos na memória interna pelos produtos de *software* dos demandados com valores que o próprio jogo também conhece e pode interpretar. Desta forma, é apresentado ao programa um estado que pode ocorrer no funcionamento regular do jogo e é inerente ao programa, mas que não ocorreria no estado específico do jogo. Por exemplo, o *software* dos demandados não acrescenta um comando ao jogo que provoque um «conflito com uma banda», afetando apenas o momento e a frequência com que o jogo executa esse comando, que também foi originalmente incluído no programa.

- 16 No caso em litígio, é, portanto, decisivo saber se o conteúdo das variáveis criadas e utilizadas pelo programa de computador na memória interna da consola de jogos ainda se enquadra no âmbito de proteção do direito ao programa de computador. A este respeito, há que ter em conta que a respetiva categoria das variáveis está efetivamente prevista no programa de jogo da demandante e que só o conteúdo das variáveis é alterado pela intervenção do *software* dos demandados durante o jogo, o que altera, por exemplo, o momento ou a frequência da execução de um comando dependente do valor das variáveis. É duvidoso que essa influência sobre dados variáveis gerados na memória interna durante o jogo viole os direitos de autor relativamente a um programa de computador.
- 17 Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, primeira frase, da Diretiva 2009/24/CE (v. § 69a, n.º 4, da UrhG), os Estados-Membros estabelecem uma proteção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na aceção da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (a seguir «Convenção de Berna»). De acordo com o artigo 1.º, n.º 1, segunda frase, da Diretiva 2009/24/CE, e o § 69a, n.º 1, da UrhG, a expressão «programa de computador» inclui o material de conceção. Segundo o artigo 1.º, n.º 2, primeira frase, da Diretiva 2009/24/CE, e o § 69a, n.º 2, primeira frase, da UrhG, a proteção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador. De acordo com o artigo 1.º, n.º 2, segunda frase, da Diretiva 2009/24/CE, e o § 69a, n.º 2, segunda frase, da UrhG, as ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respetivas interfaces, não são protegidos pelos direitos de autor. De acordo com o artigo 1.º, n.º 3, primeira frase, da Diretiva 2009/24/CE, e o § 69a, n.º 3, primeira frase, da UrhG, um programa de computador é protegido se for original, no sentido em que é o resultado da criação intelectual do autor. De acordo com o artigo 1.º, n.º 3, segunda frase, da Diretiva 2009/24/CE, e o § 69a, n.º 3, segunda frase, da UrhG, não são considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua suscetibilidade de proteção.

- 18 Tanto a redação das disposições da Diretiva 2009/24/CE como o contexto e a génese são suscetíveis de apoiar uma interpretação do conceito de programa de computador que seja orientada para o código fonte e o código objeto como forma de expressão da obra pessoal criada pelo programador (autor) e que, por conseguinte, não abrange uma simples alteração dos dados variáveis gerados durante um jogo na memória interna do computador.
- 19 De acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 1, primeira frase, da Diretiva 2009/24/CE, os programas de computador são protegidos, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias na aceção da Convenção de Berna. Um programa de computador está inicialmente redigido sob a forma de um «código fonte» numa linguagem de programação inteligível, antes de ser transcrito sob uma forma executável por um computador, a saber, sob a forma de um «código objeto», através de um programa designado «compilador» (v., neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, n.º 35). O artigo 10.º, n.º 1, do Acórdão TRIPS, estabelece que os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objeto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna. O código fonte e o código objeto de um programa de computador são, portanto, formas de expressão deste e estão, por conseguinte, abrangidas pela proteção conferida pelo direito de autor aos programas de computador. O objeto da proteção criada pela Diretiva 2009/24/CE abrange todas as formas de expressão que permitem reproduzir o programa de computador nas diferentes linguagens informáticas, como o código fonte e o código objeto (Acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, n.ºs 33 a 35, bem como de 6 de outubro de 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, n.º 36). O considerando 15 da Diretiva 2009/24/CE, segundo o qual qualquer reprodução, tradução, adaptação ou transformação não autorizadas da «forma do código» em que uma cópia de um programa de computador foi criada constitui uma infração aos direitos exclusivos do autor, vai também neste sentido.
- 20 A génese das disposições de direito da União em matéria de proteção dos direitos de autor conferida a programas de computador parece também apoiar um entendimento orientado para a encarnação do resultado da programação. Assim, na preparação da Diretiva 91/250/CEE, que foi substituída pela Diretiva 2009/24/CE, a Comissão Europeia considerou que um programa de computador deve ser entendido como uma série de instruções cujo objetivo é executar uma determinada função ou tarefa [Proposta de Diretiva da Comissão relativa à proteção jurídica dos programas de computador, COM (88) 816 final, JO CE C 91/4, pp. 5 e 9; v. também a Decisão da Comissão Europeia de 24 de março de 2004 – COMP/C-3/37.792 – C(2004)900 final n.º 21 – Microsoft]. Isto corresponde ao § 1, n.º 1, das regras-tipo da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) para a Proteção do *Software* Informático (GRUR Int. 1978, 286). Segundo esta disposição, um programa de computador é uma série de instruções que, uma vez registadas num suporte legível por máquina, são capazes de fazer com que uma máquina dotada de capacidades de processamento de

informação mostre, execute ou alcance uma determinada função, tarefa ou resultado.

- 21 Com base nestes princípios, o âmbito de proteção do artigo 1.º da Diretiva 2009/24/CE não foi violado no presente litígio. Assim, o órgão jurisdicional de recurso concluiu, sem que as partes o contestassem, que o *software* utilizado pela demandante na PSP preenchia os requisitos de um programa de computador, mas que o *software* dos demandados não alterava os dados relativos ao programa do código objeto e do código fonte, nem a estrutura e a organização internas do *software* de jogos ou do *software* do sistema operativo dos jogos comercializados pela demandante.
- 22 Em contrapartida, resulta do recurso de «Revision» que tanto a redação como a génese da Diretiva 2009/24/CE defendem a inclusão dos conteúdos das variáveis em causa carregadas na memória interna no âmbito de proteção do programa de computador, na aceção do artigo 1.º da Diretiva 2009/24/CE. Argumentando que decorre da definição de programa de computador, à luz do § 1, n.º 1, das regras-tipo da OMPI, como uma série de instruções que, uma vez registadas num suporte legível por máquina, são capazes de fazer com que uma máquina dotada de capacidades de processamento de informação mostre, execute ou alcance uma determinada função, tarefa ou resultado, que o elemento determinante é a existência de uma finalidade das estruturas de controlo do programa. Assim, o conceito de «programa de computador» engloba igualmente todas as partes da série de instruções que contribuem para alcançar os resultados pretendidos ou permitir certas funções. O objetivo dos jogos de computador controvertidos consiste em proporcionar uma experiência de jogo divertida e desafiante, através de um desenvolvimento dinâmico do jogo. O desenvolvimento dinâmico do jogo é o resultado da interação entre as instruções do programa e dos dados variáveis que influenciam as instruções do programa. A execução dos jogos depende de dados variáveis armazenados na memória interna, que estão sujeitos a alterações constantes pelo *software* dos jogos, dependendo do desenvolvimento do jogo. Consequentemente, a execução do programa depende do facto de certos parâmetros serem gerados durante o jogo, os quais são posteriormente reutilizados de acordo com o programa. Para obter um resultado concretamente definido pelo autor (por exemplo, o esgotamento de uma entrada «Booster») enquanto produto desse processo dinâmico do programa, é imperativo recorrer às variáveis que, segundo a vontade do autor, se encontram precisamente armazenadas na memória interna para este processo. Por conseguinte, os valores armazenados na memória interna não são apenas produtos aleatórios e tecnicamente inevitáveis do desenvolvimento do jogo. O objetivo atribuído ao programa, a saber, uma determinada experiência de jogo, pressupõe que determinados dados variáveis possam ser recuperados da memória interna. Se fossem introduzidos outros dados no desenvolvimento do programa, em violação das regras do jogo, a experiência do jogo mudaria. O objetivo prosseguido pelo programa não seria alcançado.
- 23 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é duvidoso que a intenção do programador, marcada pelo objetivo prosseguido de conceber um

desenvolvimento do jogo divertido, de tornar apenas os dados variáveis gerados durante o desenvolvimento do programa em conformidade com as regras do jogo a base das instruções do programa, possa ser tida em conta na determinação do âmbito de proteção do programa de computador. De acordo com o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2009/24/CE, para efeitos da presente diretiva, a proteção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador (primeira frase). As ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respetivas interfaces, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente diretiva (segunda frase, v. também o considerando 11 da Diretiva 2009/24/CE). No direito internacional, tanto o artigo 2.º do Tratado da OMPI sobre os direitos de autor como o artigo 9.º, n.º 2, do Acordo TRIPS preveem que a proteção conferida em matéria de direitos de autor abrange as expressões e não as ideias, processos, métodos operacionais ou conceitos matemáticos enquanto tais. Nem a funcionalidade de um programa de computador nem a linguagem de programação ou o formato de ficheiro utilizado no âmbito de um programa de computador para fazer uso de certas funções do programa constituem uma forma de expressão desse programa na aceção do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 91/250/CEE. Admitir que a funcionalidade de um programa de computador seja protegida pelos direitos de autor abriria a possibilidade de monopolizar ideias em detrimento do progresso técnico e do desenvolvimento industrial (Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de maio de 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, n.ºs 35 a 40). Consequentemente, o resultado da utilização de um programa de computador durante a execução do programa não deve ser abrangido pela proteção do programa de computador.

- 24 O recurso de «Revision» argumenta que, de acordo com o artigo 1.º, n.º 1, primeira frase, da Diretiva 2009/24/CE, os Estados-Membros estabelecem uma proteção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na aceção da Convenção de Berna. Não só o texto concreto, e, portanto, a forma direta da ideia, são suscetíveis de ser protegidos pelo direito de autor, mas também as componentes e os elementos constitutivos da forma da obra com um carácter individual que se podem encontrar, por exemplo, no decurso da ação e da conceção de cenas. No que respeita a programas de computador, daí resulta que, além do código legível por máquina, também é suscetível de ser protegido o conceito do programa enquanto componente individual do programa, ou seja, também os dados variáveis armazenados na memória interna.
- 25 Este ponto de vista não pode ser acolhido. O curso da ação e a configuração das cenas podem ser expressos nos dados relativos ao programa do código objeto e do código fonte. O mesmo se deve aplicar às variáveis previstas pelo criador enquanto categoria que participam no curso da ação. Contudo, segundo as conclusões do órgão jurisdicional de recurso, o *software* dos demandados não interfere com estes elementos determinantes da ação concebidos pelo criador, mas apenas altera o conteúdo das variáveis geradas pelo utilizador durante o jogo. Ora, esses conteúdos, em si mesmos, não são a expressão de uma conceção pessoal do

autor, mas dizem respeito ao desenvolvimento concreto do programa em função do comportamento do utilizador. O *software* dos demandados não altera o curso da ação ou a conceção das cenas, mas apenas a ordem ou frequência da reprodução das sequências de ações ou cenas. A proteção em matéria de direitos de autor do curso da ação e da conceção de cenas, invocada no recurso de «Revision», visa, portanto, por sua vez, uma proteção não prevista pela Diretiva 2009/24/CE da ideia de programa, do desenvolvimento do programa e da funcionalidade do programa.

- 26 Quanto à segunda questão: Além disso, importa esclarecer se existe modificação, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2009/24/CE, quando o código objeto ou o código fonte de um programa de computador ou a sua reprodução não forem alterados, mas outro programa executado ao mesmo tempo que o programa de computador protegido altere o conteúdo de variáveis que o programa de computador protegido criou na memória interna e utiliza na execução do programa.
- 27 Partindo da sua apreciação segundo a qual, no presente litígio, o *software* dos demandados não prejudica o objeto da proteção do programa de computador na aceção do § 69a da UrhG devido à inexistência de alteração do código objeto ou do código fonte ou da estrutura interna do programa de computador da demandante, o órgão jurisdicional de recurso considerou que não existiu modificação na aceção do § 69c, n.º 2, da UrhG. Uma abordagem funcional segundo a qual, independentemente do impacto no código do programa ou independentemente da reprodução alterada do código do programa, se poderia considerar que existe modificação mesmo em caso de ingerência no desenvolvimento do programa de outra forma, seria incompatível com o objeto protegido do § 69a da UrhG. Com efeito, o desenvolvimento conforme com o programa não faz parte do objeto da proteção de um programa de computador e não está, portanto, protegido pelos direitos exclusivos previstos no § 69c da UrhG contra as influências externas. Nem a funcionalidade de um programa contribui para a proteção do programa de computador, nem a mera utilização de uma obra, contrariamente aos direitos de utilização técnica, são abrangidas como forma de utilização em matéria de proteção dos direitos de autor. O autor de um programa de computador não tem, portanto, um direito, decorrente dos §§ 69a e 69c da UrhG, a que o seu programa só seja utilizado da forma por ele prevista, desde que o jogo se desenvolva em conformidade com o programa, mesmo em caso de intervenção por terceiros e que as diferentes situações de jogo sejam previstas pelo próprio jogo.
- 28 Em contrapartida, o recurso de «Revision» parte do princípio de que uma modificação não pressupõe uma intervenção sobre a substância do programa. A este respeito, é decisivo que, numa determinada situação de jogo, a execução do programa preveja o armazenamento e a subsequente recuperação de conteúdos muito específicos de variáveis e que outros conteúdos de variáveis só devam ser armazenados noutras condições. Mesmo a utilização de conteúdos falsos de variáveis constitui uma intervenção.

- 29 A questão de saber se, para admitir a existência de uma modificação na aceção do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2009/24/CE, e do § 69c, n.º 2, da UrhG, é necessário que a substância do programa de computador seja alterada sob a forma de código fonte ou de código objeto é controvertida. De acordo com uma posição, para que se verifique uma modificação, é suficiente que haja intervenção na execução do programa de computador sem que haja intervenção na substância do programa [OLG Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo), GRUR-RR 2013, 13 (juris n.º 62)]. De acordo com outra perspectiva, uma modificação exige sempre uma intervenção sobre o código fonte ou o código objeto e, neste sentido, sobre a substância do programa de computador [G München I (Tribunal Superior de Hamburgo), MMR 2015, 660 (juris n.º 288 e s.); LG Hamburg, CR 2016, 782 (juris n.º 28); LG Hamburg, Sentença 22 de julho de 2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 (juris n.º 11); LG Hamburg, GRUR-RR 2022, 253 (juris n.º 52)]. O órgão jurisdicional de reenvio tende a partilhar deste último entendimento. Já a expressão «modificações» sugere, tal como o termo «alteration» utilizado na versão em língua inglesa, que é necessária uma intervenção no código fonte ou no código objeto e que não basta uma simples influência sobre os resultados funcionais variáveis gerados durante a execução do programa. Todavia, a situação será diferente se o Tribunal de Justiça considerar, à luz da primeira questão prejudicial, que esses resultados funcionais fazem parte da proteção do programa de computador conferida em matéria dos direitos de autor. Neste caso, a influência no conteúdo das variáveis em causa no presente litígio constitui igualmente uma intervenção modificativa no programa de computador.