

Mål C-159/23

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

15 mars 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

23 februari 2023

Klagande:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Motpart:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Saken i det nationella målet

Immaterialrätt – Direktiv 2009/24/EG – Rättsligt skydd för datorprogram –
Omfattning – Tillhör till den grundläggande utrustningen hos spelkonsoler –
Begreppet ändring – Programvara som ändrar innehållet i variabler som används
vid körning av ett skyddat datorprogram

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av unionsrätten, artikel 267 FEUF

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1. Kan det utgöra ett ingrepp i skyddet av datorprogram enligt artikel 1.1–3 i direktiv 2009/24/EG trots att det inte är fråga om en ändring i ett datorprograms objektкод eller källkod eller dess återgivning, utan om att ett annat program som körs samtidigt som det skyddade datorprogrammet ändrar innehållet i variabler som det skyddade datorprogrammet har lagrat i minnet och använder när programmet körs?
2. Föreligger det en ändring i den mening som avses i artikel 4.1 b i direktiv 2009/24/EG trots att det inte är fråga om en ändring i ett datorprograms objektкод eller källkod eller dess återgivning, utan om att ett annat program som körs samtidigt som det skyddade datorprogrammet ändrar innehållet i variabler som det skyddade datorprogrammet har lagrat i minnet och använder när programmet körs?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram, i synnerhet artiklarna 1.1–3 och 4 b

Anförda nationella bestämmelser

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter), i synnerhet 69a och 69c §§

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Klaganden, Sony Computer Entertainment Europe Ltd. (nedan kallat Sony Computer Entertainment Europe), distribuerar i egenskap av exklusiv licensinnehavare för Europa PlayStation-spelkonsoler, och i synnerhet PlayStationPortable (PSP) som såldes fram till år 2014, samt spel för dessa konsoler (nedan kallade Sony Computer Entertainment Europes spel, programvara eller datorprogram), däribland spelet ”MotorStorm: Arctic Edge”. Datel Design and Development Ltd. (nedan kallad den första motparten) och Datel Direct Ltd. (nedan kallad den andra motparten) ingår i koncernen Datel Holdings Group som utvecklar, tillverkar och distribuerar programvara, i synnerhet tillbehör till Sony Computer Entertainment Europes spelkonsoler, däribland programvaran ”Action Replay PSP” och tillbehöret ”Tilt FX”, som är en inmatningsanordning för spelkonsolen PSP, samt tillhörande programvara. Enheten ”Tilt FX” gör det möjligt att styra spelkonsolen med hjälp av rörelser i rummet. Den första motparten har utvecklat programvaran ”Action Replay PSP” och ”Tilt FX”. Den andra motparten har distribuerat nämnda programvara. Den tredje motparten, JS, är ”Director” för den andra motparten.

- 2 Motparternas programvaruprodukter fungerar endast med Sony Computer Entertainment Europes originalspele. Det sker genom att ansluta PSP-enheten till en PC och sätta in en Memory Stick i PSP:n, varpå motparternas programvara överförs till minnesstickan. Efter en omstart av PSP:n finns ett nytt menyalternativ som användaren kan välja, "Action Replay", som gör det möjligt att göra förändringar i vissa av Sony Computer Entertainment Europes spel. För spelet "MotorStorm: Arctic Edge" finns till exempel alternativen "Infinite Turbo" och "All Drivers Available" som gör att begränsningarna för att använda "Turbo" ("Booster") tas bort eller att samtliga förare som egentligen behöver låsas upp genom att nå ett visst antal poäng blir tillgängliga.
- 3 Användaren erhåller en sensor tillsammans med programvaran "Tilt FX" som ansluts till headset-anslutningen på PSP-enheten och gör det möjligt att styra PSP:n genom att röra spelkonsolen i rummet. Installationen av rörelsesensorn kräver också att en Memory Stick sätts in i PSP:n, vilket gör att det nya menyalternativet "Tilt FX", som innehåller en lista över spel, blir tillgängligt. Även i detta fall gör nämnda programvara att det blir möjligt att öppna en ytterligare meny som inte finns i originalspelet genom att trycka på en knappkombination under spelets gång. Genom att välja menyalternativet "FX" tas vissa begränsningar bort. I spelet "MotorStorm: Arctic Edge" kan exempelvis "Turbo"-funktionen användas obegränsat.
- 4 Sony Computer Entertainment Europe har gjort gällande att användarna med hjälp av de omtvistade programvaruprodukterna från motparterna gör ändringar i programvaran för Sony Computer Entertainment Europes spel på ett sätt som strider mot upphovsrätten. Motparterna är ansvariga för detta. I andra hand har Sony Computer Entertainment Europe yrkat ersättning till följd av en överträdelse av konkurrensrätten och i tredje hand yrkat skadestånd för ingreppet i den näringsverksamhet som bolaget upprättat och driver.
- 5 I första instans har Sony Computer Entertainment Europe efter justering yrkat
 - I. att motparterna, vid äventyr av vite, ska förpliktas att upphöra att i Förbundsrepubliken Tyskland
 - a. erbjuda, sälja, distribuera, och/eller ge i uppdrag att erbjuda, sälja eller distribuera programvaran Action Replay PSP som är avsedd för att användas på hårdvarumodellerna PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 och PSP Go och med hjälp av vilken användaren kan göra ingrepp i spel som körs på spelkonsolen PSP i syfte att göra det möjligt eller underlätta att spelen ändras på ett sätt som utgör en ändring av spelprogramvaran,
 - b. erbjuda, sälja, distribuera, och/eller ge i uppdrag att erbjuda, sälja eller distribuera programvaran "Tilt FX" som hör samman med en rörelsesensor och som är avsedd för att användas på hårdvarumodellerna PSP 1000, PSP 2000 och PSP 3000 och med hjälp

av vilken användaren kan göra ingrepp i spel som körs på spelkonsolen PSP i syfte att göra det möjligt eller underlätta att spelen ändras på ett sätt som utgör en ändring av spelprogramvaran,

- c. samt beskriva en programvara som avses i punkterna a. och b. och/eller erbjuda licenser och/eller tillhandahålla uppdateringar för en sådan programvara för nedladdning.
- II. motparterna ska förpliktas att tillhandahålla Sony Computer Entertainment Europe upplysningar om ursprunget och distributionskedjan för de produkter som avses i punkt I och som sålts i Tyskland genom att tillhandahålla namn och adress på de tillverkare, leverantörer och andra som tidigare har innehaft varorna samt på grossister och inköpare, och uppgifter om mängder och priser avseende tillverkade, levererade, mottagna och beställda varor samt uppvisa motsvarande styrkande handlingar (anbud, fakturor, leveransintyg och tulldokument); dessa upplysningar ska lämnas för tiden från januari 2008,
 - III. att domstolen ska fastställa att motparterna är solidariskt ansvariga för att ersätta all skada som uppkommit och fortfarande uppkommer för Sony Computer Entertainment Europe genom att motparterna vidtar och har vidtagit de handlingar som avses i punkt I.
- 6 I andra hand har Sony Computer Entertainment Europe yrkat att domstolen ska förplikta den första motparten att upphöra att stödja de handlingar som avses i punkt I förstahandsyrkandet. I tredje hand har Sony Computer Entertainment Europe yrkat att motparterna ska förpliktas upphöra att möjliggöra eller underlätta kringgående av spelkonsolens kopieringsskydd.
 - 7 Domstolen i första instans (Landgericht Hamburg, dom av den 24 januari 2012 – 310 0 199/10, *juris*) biföll förstahandsyrkandena såvitt avsåg den andra och tredje motparten, medan den endast förpliktade den första motparten att underlåta de handlingar som avsågs i yrkandet i andra hand, och ogillade talan i övrigt.
 - 8 Parterna överklagade domen. I sitt överklagande har Sony Computer Entertainment Europe vidhållit sina yrkanden i punkterna I och III med avseende på den andra och tredje motparten, och dessutom yrkat
 - I. att den första motparten, vid äventyr av vite, ska förpliktas att upphöra att i Förbundsrepubliken Tyskland

erbjuda, sälja, eller distribuera programvaran ”Action Replay PSP” som är avsedd för att användas på hårdvarumodellerna PSP 1000, 2000, 3000 och PSP GO, samt programvaran ”Tilt FX” som hör samman med en rörelsesensor, och med hjälp av vilka användaren kan göra ingrepp i spel som körs på spelkonsolen PSP på ett sätt som möjliggör eller underlättar att spelen ändras på ett sätt som utgör en ändring av spelprogramvaran, eller tillhandahålla uppdateringar för sådan programvara för nedladdning,

- II. att den första, andra och tredje motparten ska förpliktas tillhandahålla upplysningar till Sony Computer Entertainment Europe om i vilken omfattning de har begått de handlingar som avses i punkt I, vilket ska ske genom att uppvisa en förteckning som innehåller följande uppgifter:
- a) namn och adress på tillverkare, leverantörer och andra som tidigare innehaft varorna,
 - b) levererade kvantiteter, typbeteckningar, artikelnummer, leveranstider och leveranspriser,
 - c) produktionskostnader, inbegripet alla kostnadsfaktorer och den vinst som erhållits,
 - d) enskilda anbud med angivelse av erbjudna kvantiteter, typbeteckningar, artikelnummer, anbudens pris och tiden som anbudet varit giltiga
 - e) omfattningen och beskaffenheten av den marknadsföring som gjorts uppdelat på reklammedium, upplaga, utbredningsområde och perioden för publicering, och
 - f) namn och adress på grossister och näringsidkare som mottagit anbud,
- III. att domstolen ska fastställa att den första motparten tillsammans med den andra och tredje motparten är solidariskt ansvariga för att ersätta all skada som uppkommit och fortfarande uppkommer för Sony Computer Entertainment Europe genom att den första motparten vidtar och har vidtagit de handlingar som avses i punkt I.
- 9 Appellationsdomstolen (Oberlandesgericht Hamburg, *GRUR* 2022, 483) ogillade Sony Computer Entertainment Europes överklagande, ändrade domen i första instans och biföll motparternas yrkanden och ogillade den ursprungliga talan i sin helhet.
- 10 Appellationsdomstolen ansåg att den aktuella talan om brott mot upphovsrätten visserligen kan tas upp till sakprövning, men att den är ogrundad. Sony Computer Entertainment Europe har inte rätt att utverka ett sådant förbud som yrkats enligt 97 § punkt 1 första meningen jämförd med 69c § led 2 UrhG. Användningen av motparternas programvara innebär inte en ändring av datorprogrammen som ligger bakom Sony Computer Entertainment Europes originalspel. Klagandebolagets spel uppfyller visserligen villkoren för ett datorprogram enligt 69a § UrhG. Det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram omfattar enligt 69a och 69c §§ UrhG emellertid programmets objektкод och källkod samt datorprogrammets inre struktur och organisation, däremot inte att programmet körs i enlighet med programkommandona. Motparternas programvara gör varken några ändringar i själva programmen eller i de kopior av programmen som lagras i PSP-enhetens minne. De parallella kommandon som härrör från motparternas

programvara förändrar endast de värden som lagras i variabler i minnet och ändrar därigenom spelresultatet. Sony Computer Entertainment Europes funktionella synsätt, det vill säga att det ska anses utgöra en ändring oavsett om programkoden eller återgivningen av programmet påverkats om det skett ett ingrepp i körningen av programmet på något annat sätt, är inte förenligt med omfattningen av skyddet för datorprogram enligt 69a § UrhG. Ensamrätten att göra ändringar enligt 69c § led 2 UrhG omfattar inte att ett datorprogram körs i enlighet med programkommandona. 69a och 69c §§ UrhG innebär dock inte att upphovsmannen till ett datorprogram har rätt att kräva att dennes program endast används på ett sådant sätt att programkommandona utförs i den kronologiska ordning som ursprungligen avsetts så länge spelet – såsom i förevarande mål – körs i enlighet med programmets interna struktur trots påverkan från utomstående, och de enskilda spelsituationerna finns fastlagda i själva spelprogramvaran.

- 11 Appellationsdomstolen har beviljat prövningstillstånd i högsta instans, där Sony Computer Entertainment Europe har vidhållit sina tidigare yrkanden. Motparterna har yrkat att överklagandet ska ogillas.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 12 Utgången i målet såvitt avser Sony Computer Entertainment Europes förstahandsyrkanden beror på huruvida användningen av motparternas programvara utgör en överträdelse av ensamrätten att göra ändringar i ett datorprogram enligt 69c § led 2 UrhG såsom klagandebolaget har gjort gällande. Vid tillämpningen av denna bestämmelse uppkommer frågor som rör tolkningen av artiklarna 1.1–3 och 4.1 b i direktiv 2009/24/EG.
- 13 Klagandebolaget har gjort gällande att det skett ett intrång i dess ensamrätt att göra ändringar av datorprogrammet enligt 69c § led 2 UrhG.
- 14 Fråga 1: Det är oklart huruvida artikel 1.1 och 1.2 i direktiv 2009/24/EG ska tolkas på så sätt att det utgör ett ingrepp i skyddet för datorprogram enligt artikel 1.1–3 i direktiv 2009/24/EG trots att det inte är fråga om en ändring i ett datorprograms objektкод eller källkod eller dess återgivning, utan om att ett annat program som körs samtidigt som det skyddade datorprogrammet ändrar innehållet i variabler som det skyddade datorprogrammet har lagrat i minnet och använder när programmet körs.
- 15 Enligt appellationsdomstolens konstateranden, vilka inte bestridits av Sony Computer Entertainment i överklagandet, fungerar motparternas programvaruprodukter utan att påverka hur programmet laddas i minnet. De påverkar i stället hur programmet exekveras genom att ändra variabler som har definierats internt i spelet. Det är alltså inte kommandona i minnet som ändras utan endast (variabla) data som spelprogramvaran lagrar i minnet när programmet körs. Programkommandona i Sony Computer Entertainments spelprogramvara är fortfarande aktiva och deras inre struktur påverkas inte. Det är endast data som genereras under ett pågående spel och lagras i minnet som ändras. Det får till följd

att programkommandona i spelet utförs på grundval av andra värden än de värden som skulle ha uppstått vid den aktuella tidpunkten om spelet körts på normalt sätt. Spelen följer alltid programmeringen även när motparternas programvara används. Genom motparternas programvaruprodukter ersätts vissa värden (till exempel för användningen av "Turbo") som genereras av spelet och lagras i minnet med andra värden som spelet kan läsa och tolka. Programmet försätts därigenom i ett programtillstånd som visserligen kan uppstå vid normalt spel och är inneboende i programmet, men som däremot inte skulle uppkomma i den specifika situationen i spelet. Exempelvis lägger motparternas programvara inte till ett kommando i spelet som innehåller funktionen "kollision med en linje", utan påverkar endast när och hur ofta spelet utför detta kommando som redan finns inbyggt i spelet från början.

- 16 I förevarande mål är det därför avgörande huruvida innehållet i variabler som datorprogrammet lagrar i spelkonsolens minne och använder omfattas av upphovsrättsskyddet för datorprogram. I detta sammanhang ska det beaktas att varje kategori av variabler redan tillhandahålls av Sony Computer Entertainment Europes spelprogramvara och att det endast är innehållet i variablerna som förändras genom ett ingrepp från motparternas programvara under spelets gång. Därigenom ändras till exempel när eller hur ofta ett visst programkommando som är beroende av variablernas värde utförs. Det är oklart huruvida det är tillräckligt att enbart på detta sätt påverka variabla värden som genereras i minnet under spelets gång för att det ska anses utgöra ett ingrepp i ett datorprogram i den mening som avses i upphovsrättslagstiftningen.
- 17 Enligt artikel 1.1 första meningen i direktiv 2009/24/EG (jämför 69a § punkt 4 UrhG) ska medlemsstaterna ge datorprogram upphovsrättsligt skydd som litterära verk enligt Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (nedan kallad Bernkonventionen). Enligt artikel 1.1 andra meningen i direktiv 2009/24/EG och 69a § punkt 1 UrhG omfattar termen datorprogram även dessas förberedande designmaterial. Enligt artikel 1.2 första meningen i direktiv 2009/24/EG och 69a § punkt 2 första meningen UrhG gäller skyddet ett datorprogram alla uttrycksformer. Enligt artikel 1.2 andra meningen i direktiv 2009/24/EG och 69a § punkt 2 andra meningen UrhG är de idéer och principer som ligger bakom de olika detaljerna i ett datorprogram, även de som ligger bakom dess gränssnitt, inte upphovsrättsligt skyddade. Enligt artikel 1.3 första meningen i direktiv 2009/24/EG och 69a § punkt 3 första meningen UrhG ska ett datorprogram skyddas om det är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Enligt artikel 1.3 andra meningen i direktiv 2009/24/EG och 69a § punkt 3 andra meningen UrhG ska inga andra bedömningsgrunder tillämpas vid fastställandet av om det ska komma i åtnjutande av skydd.
- 18 Såväl lydelsen av de bestämmelser som antagits genom direktiv 2009/24/EG som den kontext i vilken de återfinns och förarbetena förefaller tala för en tolkning av begreppet datorprogram där källkoden och objekt-koden betraktas som en uttrycksform för programutvecklarens (upphovsmannens) egen intellektuella

skapelse och att det således inte omfattar en situation där det endast är de variabla värden som genereras i datorns minne under ett pågående spel som påverkas.

- 19 Enligt lydelsen av artikel 1.1 första meningen i direktiv 2009/24/EG ska datorprogram ges upphovsrättsligt skydd som litterära verk enligt Bernkonventionen. Ett datorprogram är ursprungligen utformat i form av en ”källkod” i ett begripligt programspråk och omvandlas sedan genom kompilering till exekverbar form av en dator, det vill säga i form av en ”objektkod”, med hjälp av ett program som kallas kompilator (se EU-domstolens dom av den 6 oktober 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, punkt 35). Artikel 10.1 i Trips-avtalet föreskriver att datorprogram i form av källkod eller objektkod ska åtnjuta skydd som litterärt verk enligt Bernkonventionen. Följaktligen utgör ett datorprograms källkod och objektkod uttrycksformer för ett datorprogram, vilka således ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd för datorprogram. Skyddsobjektet enligt direktiv 2009/24/EG är således ett datorprograms alla uttrycksformer som möjliggör att det kan mångfaldigas i olika datorspråk, såsom källkod och objektkod (EU-domstolen, dom av den 22 december 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, punkterna 33–35, och dom av den 6 oktober 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, punkt 36). För detta talar även skäl 15 i direktiv 2009/24/EG som föreskriver att o tillåten återgivning, översättning, anpassning eller förändring av den ”kodform” i vilken en kopia av ett datorprogram har gjorts tillgänglig utgör intrång i upphovsmannens ensamrätt.
- 20 Förarbetena till de unionsrättsliga bestämmelserna om upphovsrättsskyddet för datorprogram tycks också tala för en tolkning vars utgångspunkt är de resultat som produceras av programmeringen. Europeiska kommissionen ansåg i förarbetena till direktiv 91/250/EEG, som senare ersattes av direktiv 2009/24/EG, att ett datorprogram betecknar en samling instruktioner som har till syfte att möjliggöra för en dator att fullgöra en uppgift eller en särskild funktion (kommissionens förslag till direktiv om rättsligt skydd för datorprogram, KOM(88) 816 slutlig, EGT C 91, 1989, s. 4, se särskilt s. 5 och 9; se även europeiska kommissionens beslut av den 24 maj 2004 – COMP/C-3/37.792 – C(2004) 900 slutlig, punkt 21 – Microsoft). Detta överensstämmer även med artikel 1.1 i Världsorganisationen för den intellektuella äganderättens (WIPO) standardföreskrifter om skydd för datorprogram (*GRUR Int.* 1978, 286). Enligt nämnda bestämmelse är ett datorprogram en rad kommandon som, när de överförs till ett maskinläsbart medium, kan medföra att en dator som har möjlighet att behandla dessa kan visa, utföra eller verkställa en funktion, en uppgift eller ett bestämt resultat.
- 21 Med utgångspunkt i dessa principer har det inte skett något intrång i skyddet enligt artikel 1 i direktiv 2009/24/EG. Då detta inte bestridits av parterna slog appellationsdomstolen fast att programvaran som Sony Computer Entertainment Europe installerat på PSP-enheterna visserligen uppfyller villkoren för ett datorprogram, men att motparternas programvara varken ändrar programmets objektkod eller källkod, spelprogramvarans inre struktur eller organisation, eller operativsystemet för de [spelkonsoler] som Sony Computer Entertainment Europe säljer.

- 22 I sitt överklagande har Sony Computer Entertainment Europe däremot gjort gällande att både lydelsen av och förarbetena till direktiv 2009/24/EG talar för att innehållet som lagrats i de aktuella variablerna i minnet omfattas av skyddet för datorprogram i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 2009/24/EG. Klagandebolaget har gjort gällande att det följer av definitionen av begreppet datorprogram i artikel 1.1 i WIPO:s standardföreskrifter som en rad kommandon som när de överförs till ett maskinläsbart medium, kan medföra att en dator som har möjlighet att behandla dessa kan visa, utföra eller verkställa en funktion, en uppgift eller ett bestämt resultat, att det avgörande är ändamålet med de styrande programstrukturerna. Därför omfattar begreppet datorprogram även samtliga delar av exekveringen av kommandon som bidrar till att de avsedda resultaten erhålls eller att användningen av vissa funktioner möjliggörs. De omtvistade datorspelens uppgift är att uppnå en underhållande och utmanande spelupplevelse genom dynamiska spelscenarier. De dynamiska spelscenarierna är resultatet av samverkan mellan programkommandon och variabla data som påverkar programkommandona. Hur spelet fortlöper beror på de värden som lagras i variablerna i minnet och som kontinuerligt ändras av spelens programvara beroende på hur det går i spelet. Följaktligen är programmets körning beroende av att vissa parametrar genereras under spelets gång som programmet läser av igen i enlighet med programkoden. För att denna dynamiska körning av programmet ska uppnå ett visst konkret resultat som upphovsmannen avsett (exempelvis att möjligheten att använda "Booster" tar slut) är det absolut nödvändigt att variablerna som lagras i minnet för en specifik process har just de värden som upphovsmannen avsett. Härav följer att de värden som lagras i minnet inte endast är oavsiktliga och tekniskt oundvikliga följder av att spelprogramvaran körs. En förutsättning för att uppnå syftet med programmet – en specifik spelupplevelse – är att vissa variabla värden som lagrats i minnet kan avläsas. Om andra värden som strider mot spelets regler matas in under tiden som programmet körs förändras spelupplevelsen. Då uppnås inte målet som eftersträvas med programmet.
- 23 Den hänskjutande domstolen anser att det är osäkert huruvida målsättningen att utforma ett underhållande spel, som ligger bakom programutvecklarens avsikt att endast tillåta att de variabler som lagras när programmet körs i överensstämmelse med spelreglerna påverkar programkommandonas exekvering, kan beaktas när omfattningen av skyddet för datorprogram ska fastställas. Enligt artikel 1.2 i direktiv 2009/24/EG ska skyddet enligt detta direktiv gälla ett datorprogramms alla uttrycksformer (första meningen), medan idéer och principer som ligger bakom de olika detaljerna i ett datorprogram, även de som ligger bakom dess gränssnitt, inte är upphovsrättsligt skyddade enligt detta direktiv (andra meningen, se även skäl 11 i direktiv 2009/24/EG). Vad gäller den internationella rätten anges såväl i artikel 2 i WIPO:s fördrag om upphovsrätt som i artikel 9.2 i Trips-avtalet att det upphovsrättsliga skyddet omfattar uttryck men inte idéer, förfaranden, tillvägagångssätt eller matematiska begrepp som sådana. Varken ett programs funktion eller det programspråk och det filformat som används i ett datorprogram för att utnyttja vissa av programmets funktioner utgör en uttrycksform för detta program, i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 91/250/EEG. Om ett

datorprograms funktion i sig kunde skyddas vore detta nämligen detsamma som att ge möjlighet att monopolisera idéer, till nackdel för den tekniska och industriella utvecklingen (EU-domstolen, dom av den 2 maj 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, punkterna 35–40). Utifrån dessa överväganden bör resultatet av användningen av ett datorprogram när det körs inte omfattas av skyddet för datorprogram.

- 24 I sitt överklagande har Sony Computer Entertainment Europe vidare gjort gällande att artikel 1.1 första meningen i direktiv 2009/24/EG föreskriver att medlemsstaterna ska ge datorprogram upphovsrättsligt skydd som litterära verk enligt Bernkonventionen. Det är inte endast den konkreta textversionen och därmed den direkta utformningen av tanken som åtnjuter upphovsrättsligt skydd, utan även formgivande delar av verket som är upphovsmannens egna intellektuella skapelse, vilket till exempel kan komma till uttryck i handlingens förlopp och gestaltningen av scener. För datorprogram följer härav att det inte bara är den maskinläsbara koden som är skyddad i egenskap av en sådan del av programmet som är upphovsmannens egna intellektuella skapelse, utan även programkonceptet som sådant, det vill säga även de värden som lagras i variabler i minnet.
- 25 Detta argument förefaller inte vara godtagbart. Handlingens förlopp och gestaltningen av scener kommer snarare till uttryck i programmets objektкод och källkod. Detta torde även vara fallet för de kategorier av utvecklarens variabler som har ett inflytande på handlingens förlopp. Enligt appellationsdomstolens konstateranden påverkar motparternas programvara emellertid inte just de delar av programmet som utvecklaren skapat för att avgöra handlingens förlopp, utan förändrar endast värdena som genereras och lagras i variablerna i samband med att användaren spelar spelet. Dessa värden är i sig själva emellertid inte ett uttryck för upphovsmannens egna intellektuella skapande, utan är hänförliga till hur programmet exekveras i det specifika fallet beroende på användarens beteende. Motparternas programvara ändrar inte handlingens förlopp eller gestaltningen av scener, utan endast i vilken ordning vissa handlingar inträffar eller scener återges, eller med vilken frekvens det sker. Det upphovsrättsliga skydd för handlingens förlopp eller gestaltningen av scener som klagandebolaget har gjort gällande i överklagandet skulle således även innefatta ett skydd för programmets idéer, övergripande struktur och funktionalitet, vilka emellertid inte omfattas av skyddsföremålet för direktiv 2009/24/EG.
- 26 Fråga 2: Det behöver dessutom klargöras huruvida det föreligger en ändring i den mening som avses i artikel 4.1 b i direktiv 2009/24/EG trots att det inte är fråga om en ändring i ett datorprograms objektкод eller källkod eller dess återgivning, utan om att ett annat program som körs samtidigt som det skyddade datorprogrammet ändrar innehållet i variabler som det skyddade datorprogrammet har lagrat i minnet och använder när programmet körs.
- 27 Appellationsdomstolen ansåg – med utgångspunkt i sin bedömning att motparternas programvara under de aktuella omständigheterna inte utgör ett

intrång i skyddet för datorprogram enligt 69a § UrhG, då det inte skett någon förändring av Sony Computer Entertainment Europes objektкод eller källkod eller av den inre strukturen i bolagets datorprogram – att det inte förelåg en ändring i den mening som avses i 69c led 2 UrhG. Ett funktionellt synsätt, det vill säga att det kan vara fråga om en ändring oavsett om programkoden påverkats eller återgivningen av programmet påverkats när det skett någon annan form av ingrepp i körningen av programmet, är inte förenligt med skyddet för datorprogram enligt 69a § UrhG. Att programmet exekveras exakt i enlighet med programkommandona omfattas inte av skyddet för ett datorprogram och ensamrätten enligt 69c § UrhG utgör således inte heller ett skydd mot extern påverkan. Skyddet för datorprogram omfattar inte ett programs funktion och den blotta användningen av ett verk anses – i motsats till vad som gäller för tekniska nyttjanderätter – inte som en relevant användning i upphovsrättslig mening. 69a och 69c §§ UrhG ger således inte upphovsmannen till ett datorprogram rätt att kräva att det endast används på det sätt som upphovsmannen avsett, under förutsättning spelet körs i enlighet med programmets inre struktur trots påverkan från tredje part, och de enskilda spelsituationerna finns fastlagda i själva spelet.

- 28 Argumentationen i överklagandet utgår däremot från att det inte krävs ett ingrepp i programmets substans för att det ska vara fråga om en ändring. Sony Computer Entertainment Europe anser att det i stället är avgörande att programkommandona i en viss spelsituation föreskriver att specifika värden ska lagras i variabler och därefter läsas, och att andra värden endast ska lagras om andra villkor är uppfyllda. Enligt detta resonemang räcker det att använda felaktiga värden för variabler för att det ska vara fråga om ett ingrepp.
- 29 Det är omtvistat huruvida det krävs att det sker en ändring i datorprogrammets substans i form av dess källkod eller objektкод för att det ska vara fråga om en ändring i den mening som avses i artikel 4.1 b i direktiv 2009/24/EG och 69c § led 2 UrhG. Ett synsätt är att det är tillräckligt att det sker ett ingrepp under körningen av datorprogrammet utan någon påverkan på programmets substans för att det ska föreligga en ändring (Oberlandesgericht Hamburg, *GRUR-RR* 2013, 13 [*juris* punkt 62]). En annan uppfattning är att det alltid krävs att källkoden eller objektkoden – det vill säga datorprogrammets substans – påverkas för att det ska vara fråga om en ändring (Landgericht München I, *MMR* 2015, 660 [*juris* punkt 288 och följande punkt]; Landgericht Hamburg, *CR* 2016, 782 [*juris* punkt 28]; Landgericht Hamburg, beslut av den 22 juli 2016 – 308 O 244/16, *BeckRS* 2016, 137325 [*juris* punkt 11]; Landgericht Hamburg, *GRUR-RR* 2022, 253 [*juris* punkt 52]). Den hänskjutande domstolen lutar åt sistnämnda synsätt. Redan själva lydelsen ”ändring” talar – vilket även stöds av begreppet ”alteration” som används i den engelska språkversionen – för att det krävs påverkan av källkoden eller objektkoden och att det inte är tillräckligt med att det enbart är variabla resultat av funktioner som genereras när programmet körs som påverkas. Det förhåller sig dock annorlunda om EU-domstolen i samband med den första tolkningsfrågan anser att sådana resultat av funktioner omfattas av det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram. I sådana fall skulle den i förevarande mål omtvistade påverkan

på innehållet i variabler också utgöra ett sådant ingrepp i datorprogrammet som ska anses som en ändring.

ARBETSDOKUMENT