

**Věc C-159/23**

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1  
jednacího řádu Soudního dvora**

**Datum doručení:**

15. března 2023

**Předkládající soud:**

Bundesgerichtshof (Německo)

**Datum předkládacího rozhodnutí:**

23. února 2023

**Žalobkyně a navrhovatelka v řízení o opravném prostředku „Revision“:**

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

**Žalovaní a odpůrci v řízení o opravném prostředku „Revision“:**

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

---

**Předmět původního řízení**

Duševní vlastnictví – Směrnice 2009/24/ES – Právní ochrana počítačových programů – Rozsah – Rozšíření základního vybavení herních konzolí – Pojem „změna“ – Software, který mění obsah proměnných, které jsou používány při fungování chráněného počítačového programu

**Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce**

Výklad unijního práva, článek 267 SFEU

## Předběžné otázky

1. Zasahuje se v případě, že nedojde ke změně strojového ani zdrojového kódu počítačového programu nebo jeho rozmnoženiny, avšak jiný program fungující současně s chráněným počítačovým programem změní obsah proměnných, které chráněný počítačový program uložil do operační paměti a které používá při fungování programu, do oblasti působnosti ochrany počítačových programů podle čl. 1 odst. 1 až 3 směrnice 2009/24/ES?

2. Jedná se v případě, že nedojde ke změně strojového ani zdrojového kódu počítačového programu nebo jeho rozmnoženiny, avšak jiný program fungující současně s chráněným počítačovým programem změní obsah proměnných, které chráněný počítačový program uložil do operační paměti a které používá při fungování programu, o změnu ve smyslu čl. 4 odst. 1 písm. b) směrnice 2009/24/ES?

## Uváděná ustanovení unijního práva

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/24/ES ze dne 23. dubna 2009 o právní ochraně počítačových programů, zejména čl. 1 odst. 1 až 3, čl. 4 [odst. 1] písm. b)

## Uváděná ustanovení vnitrostátního práva

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (zákon o autorském právu a právech s ním souvisejících, dále jen „UrhG“), zejména § 69a a § 69c

## Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Žalobkyně jakožto držitelka výhradní licence pro Evropu prodává herní konzole *PlayStation*, zejména konzoli *PlayStation Portable* (dále jen „PSP“) prodávanou do roku 2014, jakož i hry určené pro tyto konzole (dále jen „hry žalobkyně“, „software žalobkyně“ nebo „počítačový program žalobkyně“), mimo jiné hru „*MotorStorm: Arctic Edge*“. Společnosti *Datel Design and Development Ltd.* (dále jen „první žalovaná“) a *Datel Direct Ltd.* (dále jen „druhá žalovaná“) jsou součástí skupiny společností *Datel Holdings Group*, která vyvíjí, vytváří a prodává software, zejména doplňky k herním konzolím žalobkyně, mimo jiné software „*Action Replay PSP*“ a doplňkové vstupní zařízení pro herní konzoli PSP nazvané „*Tilt FX*“ se softwarem. Zařízení „*Tilt FX*“ umožňuje ovládání herní konzole pomocí pohybu v prostoru. První žalovaná vyvinula software „*Action Replay PSP*“ a „*Tilt FX*“. Druhá žalovaná tento software prodávala. Pan JS (dále jen „třetí žalovaný“) je „*director*“ druhé žalované.
- 2 Softwarové produkty žalovaných fungují výlučně s originálními hrami žalobkyně. Konzole PSP se za tímto účelem připojí k osobnímu počítači a vloží se do ní

paměťová karta, na níž je zapsán software žalované. Po restartování konzole PSP může uživatel na herní konzoli zobrazit další položku nabídky označenou jako „*Action Replay*“, jejímž prostřednictvím lze provádět změny v jednotlivých hrách žalobkyně. V případě hry „*MotorStorm: Arctic Edge*“ jsou to například možnosti nastavení „*Infinite Turbo*“ a „*All Drivers Available*“, které vedou k tomu, že se zruší omezení při použití „turba“ („*booster*“) nebo je k dispozici část řídičů, která by jinak byla zpřístupněna až při dosažení určitého počtu bodů.

- 3 Spolu se softwarem „*Tilt FX*“ objednatel obdrží čidlo, které se připojí do konektoru konzole PSP pro náhlavní soupravu a umožňuje ovládání PSP prostřednictvím pohybů herní konzole v prostoru. Za účelem použití pohybového čidla je rovněž třeba vložit do konzole PSP paměťovou kartu, čímž se zpřístupní další položka nabídky „*Tilt FX*“ se seznamem služící k výběru hry. I v tomto případě uvedený software umožňuje zobrazit během hry pomocí určité kombinace kláves další nabídku, která v originální hře není stanovena. Pokud se v této nabídce zvolí možnost „*FX*“, zruší se určitá omezení. Například při hře „*MotorStorm: Arctic Edge*“ tak lze neomezeně používat „turbo“.
- 4 Žalobkyně tvrdí, že uživatelé za pomoci sporných softwarových produktů žalovaných provádějí změny softwaru, na kterém jsou založeny její hry, a to způsobem, který je z hlediska autorského práva nepřipustný. Odpovědnost za to podle ní nesou žalované. Žalobkyně podpůrně uplatňuje nároky založené na právu hospodářské soutěže a dále se opírá o deliktní právo z důvodu zásahu do jejího práva na založení a provozování podniku.
- 5 Žalobkyně se v prvoinstančním řízení naposledy domáhala toho, aby soud
  - I. žalovaným pod hrozbou pořádkových opatření uložil povinnost zdržet se ve Spolkové republice Německo
    - a) nabízení, prodeje, šíření nebo umožnění nabízení, prodeje či šíření softwaru *Action Replay PSP*, který je způsobilý k použití na variantách hardwaru PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 a PSP Go a s jehož pomocí může uživatel provést zásah do her provozovaných na herní konzoli PSP, který prostřednictvím úpravy herního softwaru umožňuje nebo usnadňuje pozměnění daných her,
    - b) nabízení, prodeje, šíření nebo umožnění nabízení, prodeje či šíření softwaru „*Tilt FX*“ tvořícího příslušenství pohybového čidla, který je způsobilý k použití na variantách hardwaru PSP 1000, PSP 2000 a PSP 3000 a s jehož pomocí může uživatel provést zásah do her provozovaných na herní konzoli PSP, který prostřednictvím úpravy herního softwaru umožňuje nebo usnadňuje pozměnění daných her,
    - c) jakož i nabízení takového softwaru, jako je software popsáný pod písmeny a) a b), nebo licencí či aktualizací takového softwaru ke stažení;

- II. žalovaným uložil povinnost poskytnout žalobkyni chronologicky uspořádaný seznam obsahující informace o původu a distribučních kanálech výrobků uvedených v bodě I, distribuovaných do Německa, a uvádějící údaje o jméně a adrese výrobců, dodavatelů a jiných předchozích držitelů, velkoobchodních odběratelů a objednatelů, jakož i o množství a cenách vyrobeného, dodaného, přijatého a objednaného zboží, a to od ledna 2008 a za současného předložení příslušných dokladů (nabídek, faktur, dodacích listů a celních dokladů);
- III. určil, že žalovaní jsou společně a nerozdílně povinni nahradit žalobkyni veškerou škodu, která jí vznikla nebo ještě vznikne v důsledku toho, že se žalované dopouštějí a již dopustily jednání popsanych v bodě I.
- 6 Podpůrně žalobkyně ve vztahu k první žalované navrhla, aby jí byl uložen zákaz podporovat jednání uvedená v hlavním návrhovém žádání pod bodem I. Dále by měla být žalovaným uložena povinnost zdržet se umožňování nebo usnadňování obcházení opatření, která herní konzoli chrání před kopírováním.
- 7 V řízení v prvním stupni [rozsudek (Landgericht) Hamburg (zemský soud v Hamburku, Německo) ze dne 24. ledna 2012 – 310 0 199/10, citováno dle databáze juris] byly druhé žalované a třetímu žalovanému uloženy povinnosti uvedené v hlavních návrhových žádáních, první žalované pouze povinnost zdržet se jednání podle prvního podpůrného návrhového žádání a ve zbývajících částech byla žaloba zamítnuta.
- 8 Účastníci řízení proti rozsudku podali odvolání. V odvolacím řízení žalobkyně ve vztahu ke druhé žalované a třetímu žalovanému setrvala na svých žalobních návrzích uvedených v bodech I. a III. a dále navrhla, aby soud
- I. první žalované pod hrozbou pořádkových opatření uložil povinnost zdržet se ve Spolkové republice Německo
- nabízení, prodeje nebo šíření softwaru „*Action Replay PSP*“, který je způsobilý k použití na variantách hardwaru PSP 1000, 2000, 3000 a PSP GO, jakož i softwaru „*Tilt FX*“ tvořícího příslušenství senzoru pohybu, s jejichž pomocí může uživatel provést zásah do her provozovaných na herní konzoli PSP, který prostřednictvím úpravy herního softwaru umožňuje nebo usnadňuje pozměnění daných her, nebo nabízení aktualizací takového softwaru ke stažení;
- II. první žalované, druhé žalované a třetímu žalovanému uložil povinnost poskytnout žalobkyni informace o tom, v jakém rozsahu se dopustili jednání uvedených v bodě I, a to na základě předložení seznamu, z něhož budou vyplývat:
- a) jména a adresy výrobců, dodavatelů a jiných předchozích držitelů,

- b) dodaná množství, typová označení, výrobní čísla, dodací lhůty a dodací ceny,
  - c) výrobní náklady včetně všech faktorů ovlivňujících cenu, jakož i dosažený zisk,
  - d) jednotlivé nabídky s uvedením nabízeného množství, typových označení, výrobních čísel, dob předložení nabídek a nabídkových cen,
  - e) druh a objem realizované reklamy, a to s členěním podle reklamních médií, údajů o výši nákladu, doby zveřejnění a oblasti šíření, jakož i
  - f) jména a adresy velkoobchodních odběratelů a velkoobchodních adresátů nabídek;
- III. určil, že první žalovaná je společně a nerozdílně s druhou žalovanou a třetím žalovaným povinna nahradit žalobkyni veškerou škodu, která jí vznikla nebo ještě vznikne v důsledku toho, že se první žalovaná dopouští a již dopustila jednání uvedeného v bodě I.
- 9 Odvolací soud [(Oberlandgesericht) Hamburg (vrchní zemský soud v Hamburku, Německo), GRUR 2022, s. 483] odvolání žalobkyně zamítl a na základě odvolání žalovaných změnil rozsudek soudu prvního stupně a žalobu v plném rozsahu zamítl.
- 10 Odvolací soud shledal žalobu vycházející z porušení autorského práva přípustnou, ale neopodstatněnou. Měl za to, že žalobkyni nepřísluší nároky na zdržení se jednání uvedené v § 97 odst. 1 první větě a § 69c bodě 2 UrhG. Používání softwaru žalovaných podle něj nevede ke změně počítačových programů, na kterých jsou založeny originální hry žalobkyně. Je sice pravda, že hry žalované splňují podmínky, které jsou podle § 69a UrhG nezbytné k tomu, aby se jednalo o počítačový program. Předmětem autorskoprávní ochrany počítačového programu podle § 69a a § 69c UrhG jsou však pouze programová data strojového a zdrojového kódu, jakož i vnitřní struktura a uspořádání počítačového programu, nikoli však jeho zamýšlené fungování. Software žalovaných neprovádí ani změnu samotných programů, ani kopií tohoto programu nahraných do operační paměti konzole PSP. Její souběžné příkazy mění pouze variabilní data uložená počítačovou hrou do operační paměti a vedou tak pouze ke změně výsledku hry. Funkční přístup zastávaný žalobkyní, který spočívá v tom, že bez ohledu na to, zda došlo k zásahu do kódu programu nebo jeho rozmnožení v pozměněné podobě, je třeba mít za to, že se o změnu jedná i v případě, že se do fungování programu zasáhne jiným způsobem, není slučitelný s předmětem ochrany počítačového programu podle § 69a UrhG. Výlučné právo na změnu programu podle § 69c bodu 2 UrhG nezahrnuje zamýšlený chod počítačového programu. Autor počítačového programu nemá žádný nárok, který lze dovodit z § 69a a § 69c UrhG a který zaručuje, že jeho program bude užíván pouze tak, jak to původně stanovil v časové posloupnosti, pokud hra – jako v projednávané věci – i

v případě zásahu třetích osob funguje tak, jak bylo zamýšleno, a jednotlivé herní situace stanoví samotný herní software.

- 11 Svým opravným prostředkem „Revision“, který byl odvolacím soudem prohlášen za přípustný a jehož zamítnutí navrhuje žalovaní, se žalobkyně nadále domáhá, aby bylo vyhověno jejím žalobním návrhům předloženým v odvolacím řízení.

### **Stručné shrnutí odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžných otázkách**

- 12 Pokud jde o hlavní návrhová žádání žalobkyně, závisí úspěch opravného prostředku „Revision“ na tom, zda používání softwaru žalovaných porušuje výlučné právo na provádění změn počítačového programu podle § 69c bodu 2 UrhG, kterého se dovolává žalobkyně. Při uplatňování tohoto ustanovení vyvstávají otázky týkající se výkladu čl. 1 odst. 1 až 3 a čl. 4 odst. 1 písm. b) směrnice 2009/24/ES.
- 13 Žalobkyně namítá porušení výlučného práva na provádění změn počítačového programu podle § 69c bodě 2 UrhG, kterého se dovolává.
- 14 K první otázce: Je sporné, zda čl. 1 odst. 1 a 2 směrnice 2009/24/ES musí být vykládán v tom smyslu, že se v případě, že nedojde ke změně strojového ani zdrojového kódu počítačového programu nebo jeho rozmnoženiny, avšak jiný program fungující současně s chráněným počítačovým programem změni obsah proměnných, které chráněný počítačový program uložil do operační paměti a které používá při fungování programu, zasahuje do oblasti působnosti ochrany počítačových programů podle čl. 1 odst. 1 až 3 směrnice 2009/24/ES.
- 15 Podle zjištění odvolacího soudu, která nebyla zpochybněna opravným prostředkem „Revision“, fungují softwarové produkty žalovaných tak, že se nikterak nedotýkají zavedení programu do operační paměti, ale ovlivňují chod programů pomocí změny proměnných, které jsou dané hře v zásadě známy. Nedochozí ke změně samotných příkazů uložených v operační paměti, nýbrž pouze ke změně (variabilních) dat, která herní software při jejich provádění ukládá do operační paměti. Programové příkazy herního softwaru rovněž zůstávají aktivní a jejich vnitřní struktura je nedotčena. Dochází pouze ke změně dat v operační paměti, která jsou generována probíhající hrou. V důsledku toho jsou příkazy hry prováděny na základě jiných hodnot, než jsou hodnoty, které by v daném okamžiku vznikly při obvyklém fungování hry. I při použití softwaru žalovaných hry vždy probíhají tak, jak to bylo naprogramováno. Softwarové produkty žalovaných však určitá data vytvořená v rámci hry (např. spotřeba „turba“) v operační paměti nahrazují hodnotami, které zná i samotná hra a může je interpretovat. Programu je tak předestřena situace, která sice může v rámci obvyklého fungování hry nastat a je danému programu vlastní, avšak za daného stavu hry by nenastala. Software žalovaných například do hry nevkládá příkaz, který má za následek „náráz do mantinelů“; ovlivňuje pouze načasování a četnost, s jakou hra tento příkaz, který byl v programu obsažen i původně, provádí.

- 16 V projednávané věci je tedy rozhodující, zda obsah proměnných, které počítačový program ukládá do operační paměti herní konzole a které využívá, ještě náleží do oblasti působnosti ochrany poskytované právu k počítačovému programu. V této souvislosti je třeba vzít v potaz, že jednotlivé kategorie proměnných jsou bezesporu nastaveny herním softwarem žalobkyně a díky zásahu softwaru žalovaných se během hry mění pouze obsah daných proměnných, v důsledku čehož se například změni načasování nebo četnost provádění příkazu, které závisí na hodnotě dané proměnné. Je sporné, zda pouze na základě takového ovlivnění variabilních dat generovaných během hry a uložených v operační paměti dochází k zásahu do počítačového programu ve smyslu autorského práva.
- 17 Podle čl. 1 odst. 1 první věty směrnice 2009/24/ES (viz § 69a odst. 4 UrhG) chrání členské státy počítačové programy autorskými právy stejně jako literární díla ve smyslu Bernské úmluvy o ochraně literárních a uměleckých děl (dále jen „RBÚ“). Podle čl. 1 odst. 1 druhé věty směrnice 2009/24/ES a § 69a odst. 1 UrhG se „počítačovým programem“ rozumí i přípravný koncepční materiál. Poskytovaná ochrana se podle čl. 1 odst. 2 první věty směrnice 2009/24/ES a § 69a odst. 2 první věty UrhG vztahuje na vyjádření počítačového programu v jakékoliv formě. Podle čl. 1 odst. 2 druhé věty směrnice 2009/24/ES a § 69a odst. 2 druhé věty UrhG nejsou myšlenky a zásady, na kterých jsou založeny prvky počítačového programu včetně myšlenek a zásad, na kterých je založeno jeho rozhraní, chráněny autorským právem. Podle čl. 1 odst. 3 první věty směrnice 2009/24/ES a § 69a odst. 3 první věty UrhG je počítačový program chráněn, pokud je původním dílem, které je vlastním duševním výtvořem autora. Pro stanovení způsobilosti k ochraně není podle čl. 1 odst. 3 druhé věty směrnice 2009/24/ES a § 69a odst. 3 druhé věty UrhG uplatňováno žádné jiné kritérium.
- 18 Znění pravidel stanovených směrnicí 2009/24/ES i [jejich] normativní kontext a geneze by mohly hovořit ve prospěch výkladu pojmu „počítačový program“, který se zaměřuje na zdrojový kód a strojový kód jakožto formu vyjádření osobního díla vytvořeného programátorem (autorem), a nevztahuje se tedy na pouhé ovlivnění variabilních dat generovaných během hry v operační paměti počítače.
- 19 Podle znění čl. 1 odst. 1 první věty směrnice 2009/24/ES je třeba počítačové programy chránit autorskými právy stejně jako literární díla ve smyslu RBÚ. Počítačový program je původně vyhotoven ve formě „zdrojového kódu“ v člověku srozumitelném programovacím jazyce a poté je přepsán ve formě proveditelné počítačem, to znamená ve „strojovém kódu“, a to prostřednictvím kompilace pomocí speciálního programu označovaného jako „kompilátor“ (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 6. října 2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, bod 35). Článek 10 odst. 1 dohody TRIPS stanoví, že počítačové programy, ať již ve zdrojovém nebo strojovém kódu, budou chráněny jako literární díla podle RBÚ. Zdrojový a strojový kód počítačového programu jsou tedy formami jeho vyjádření, a proto se na ně vztahuje autorskoprávní ochrana počítačových programů. Předmětem ochrany přiznané směrnicí 2009/24/ES je jakákoliv forma vyjádření počítačového programu, která umožňuje

program rozmnožit v různých počítačových kódech, jako jsou zdrojový a strojový kód (rozsudky Soudního dvora ze dne 22. prosince 2010, Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, EU:C:2010:816, body 33 až 35, jakož i ze dne 6. října 2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, bod 36). Nasvědčuje tomu i bod 15 odůvodnění směrnice 2009/24/ES, podle něhož je neoprávněné rozmnožování, překlad, zpracování nebo změna „formy kódu“, ve které byla rozmnoženina počítačového programu poskytnuta, porušením práv autora.

- 20 Zdá se, že o pojetí zaměřeném na zaznamenání výsledku programování svědčí rovněž geneze ustanovení unijního práva týkajících se autorskoprávní ochrany počítačových programů. Evropská komise tak při přípravných pracích na směrnici 91/250/EHS, která byla nahrazena směrnicí 2009/24/ES, měla za to, že „počítačovým programem“ se má rozumět soubor příkazů, jejichž účelem je splnění určité funkce nebo úkolu [návrh směrnice o právní ochraně počítačových programů předložený Komisí, COM (88) 816 final, Úř. věst. 1989, C 91/4, s. 5 a 9; viz též rozhodnutí Evropské komise ze dne 24. března 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft, C(2004)900 final, bod 21]. Tento výklad je v souladu s § 1 bod i) vzorových ustanovení Světové organizace duševního vlastnictví (WIPO) k ochraně počítačových programů [*Model Provisions on the Protection of Computer Software*] (německé znění GRUR Int. 1978, s. 286). Podle tohoto ustanovení se počítačovým programem rozumí soubor příkazů, které, jsou-li zadány do strojem čitelného nosiče, jsou způsobilé přimět stroj schopný zpracovávat informace k tomu, aby plnil určitou funkci, provedl určitý úkol nebo dospěl k určitému výsledku.
- 21 Vychází-li se z těchto zásad, nedošlo v projednávané věci k zásahu do oblasti působnosti ochrany poskytované článkem 1 směrnice 2009/24/ES. Odvolací soud tak, aniž proti tomu účastníci řízení měli námítky, konstatoval, že software, který žalobkyně používá v konzoli PSP, splňuje podmínky, které jsou nezbytné pro to, aby se jednalo o počítačový program, avšak že software žalovaných nemění ani programová data strojového a zdrojového kódu, ani vnitřní strukturu a uspořádání herního softwaru nebo software operačního systému her, které žalobkyně prodává.
- 22 Naproti tomu žalobkyně v opravném prostředku „Revision“ zastává názor, že znění i geneze směrnice 2009/24/ES hovoří ve prospěch zahrnutí obsahů dotčených proměnných zavedených do operační paměti do oblasti působnosti ochrany poskytované počítačovému programu ve smyslu článku 1 směrnice 2009/24/ES. Tvrdí, že z definice stanovené v § 1 odst. 1 vzorových ustanovení WIPO, ve které je počítačový program vymezen jako soubor příkazů, které, jsou-li zadány do strojem čitelného nosiče, jsou způsobilé přimět stroj schopný zpracovávat informace k tomu, aby plnil určitou funkci, provedl určitý úkol nebo dospěl k určitému výsledku, vyplývá, že rozhodující je účelové určení řídicích struktur programu. Proto pojem „počítačový program“ zahrnuje i veškeré části posloupnosti příkazů, které přispívají k dosažení plánovaných výsledků nebo umožnění určitých funkcí. Úkolem počítačových her, které jsou předmětem sporu, je dosáhnout pomocí dynamického průběhu hry zábavného a podnětného herního zážitku. Podle žalobkyně je dynamický průběh hry výsledkem vzájemného

působení programových příkazů a variabilních dat, která ovlivňují programové příkazy. Průběh her závisí na variabilních datech uložených v operační paměti, které software her neustále mění v závislosti na průběhu hry. Průběh programu tedy závisí na tom, že během hry jsou generovány určité parametry, které jsou později opět využity tak, jak bylo zamýšleno. Aby bylo dosaženo konkrétního výsledku stanoveného autorem, například vyčerpání možnosti použít „booster“, jakožto produktu tohoto dynamického chodu programu, je nezbytně nutné využít proměnných, které byly právě pro účely tohoto procesu z vůle autora uloženy do operační paměti. Hodnoty uchovávané v operační paměti tedy nejsou pouze náhodnými, technicky nevyhnutelnými produkty fungování hry. Dosažení cíle daného programu, tj. určitého herního zážitku, je podmíněno tím, že z operační paměti lze vyvolat určitá variabilní data. Pokud tam jsou v rozporu s pravidly hry do dalšího průběhu programu vložena jiná data, herní zážitek se změní. Není dosaženo cíle, který daný program sleduje.

- 23 Podle názoru předkládajícího soudu je sporné, zda lze při určení oblasti působnosti ochrany počítačového programu zohlednit vůli programátora založit programové příkazy pouze na variabilních datech vznikajících v průběhu hry odpovídajícím pravidlům hry, která je ovlivněna snahou o dosažení cíle spočívajícího ve vytvoření hry, která má zábavný průběh. Podle čl. 1 odst. 2 směrnice 2009/24/ES se ochrana podle této směrnice vztahuje na vyjádření počítačového programu v jakékoliv formě (první věta); myšlenky a zásady, na kterých je založen kterýkoliv z prvků počítačového programu včetně myšlenek a zásad, na kterých je založeno jeho rozhraní, nejsou chráněny autorským právem podle této směrnice (druhá věta; viz rovněž bod 11 odůvodnění směrnice 2009/24/ES). V mezinárodním právu článek 2 smlouvy WIPO o právu autorském i čl. 9 odst. 2 dohody TRIPS stanoví, že se ochrana autorského práva vztahuje na vyjádření, nikoli však na myšlenky, postupy, způsoby fungování nebo matematické pojmy jako takové. Ani funkce počítačového programu ani programovací jazyk či formát datových souborů užívaných počítačovým programem za účelem využití některých z jeho funkcí nepředstavují formu vyjádření tohoto programu ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice 91/250/EHS. Připustit, že by funkce počítačového programu mohla požívat autorskoprávní ochrany, by znamenalo umožnit monopolizaci myšlenek na úkor technického pokroku a průmyslového rozvoje (rozsudek ze dne 2. května 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, body 35 až 40). Z toho vyplývá, že ochrana počítačového programu se nemůže vztahovat na výsledek použití počítačového programu za jeho chodu.
- 24 Žalobkyně v opravném prostředku „Revision“ namítá, že podle čl. 1 odst. 1 první věty směrnice 2009/24/ES chrání členské státy počítačové programy autorskými právy stejně jako literární díla ve smyslu RBÚ. Způsobitelné k ochraně autorskými právy jsou podle ní nejen konkrétní znění textu, a tedy přímá formulace myšlenky, ale i jedinečné složky a formotvorné prvky díla, které mohou spočívat například v průběhu děje a ztvárnění scén. Pro počítačové programy z uvedeného vyplývá, že vedle strojově čitelného kódu je způsobitelná k ochraně také koncepce programu jakožto jedinečná složka programu, tedy rovněž variabilní data uložená v operační paměti.

- 25 Tento názor zřejmě nelze přijmout. Průběh děje a ztvárnění scén lze vyjádřit v programových datech strojového a zdrojového kódu. Totéž by mohlo platit i pro proměnné, které programátor stanovil jako kategorie a které spoluurčují průběh děje. Podle zjištění odvolacího soudu však software žalovaných do těchto prvků programu, které vytvořil programátor a které určují děj, nezasahuje, nýbrž pouze mění obsah proměnných generovaný při hře uživatele. Tyto obsahy však samy o sobě nejsou vyjádřením osobního výtvoru autora, nýbrž se týkají konkrétního fungování programu, který závisí na chování uživatele. Software žalovaných totiž nemění průběh děje nebo ztvárnění scén, nýbrž pouze pořadí nebo četnost přehrání sekvencí dějů nebo scén. Autorskoprávní ochrana průběhu děje a ztvárnění scén, jíž se žalobkyně dovolává ve svém oprávněném prostředku „Revision“, tedy opět směřuje k ochraně myšlenky, na níž je program založen, chodu programu a funkčnosti programu, kterou směrnice 2009/24/ES nestanoví.
- 26 Ke druhé otázce: Mimoto je třeba objasnit, zda se v případě, že nedojde ke změně strojového ani zdrojového kódu počítačového programu nebo jeho rozmnoženiny, avšak jiný program fungující současně s chráněným počítačovým programem změni obsah proměnných, které chráněný počítačový program uložil do operační paměti a které používá při fungování programu, jedná o změnu ve smyslu čl. 4 odst. 1 písm. b) směrnice 2009/24/ES.
- 27 Odvolací soud měl – na základě svého závěru, že software žalovaných v projednávané věci nezasahuje do předmětu ochrany počítačového programu podle § 69a UrhG, protože nedošlo k pozměnění strojového nebo zdrojového kódu ani vnitřní struktury počítačového programu žalobkyně – za to, že se nejedná o změnu ve smyslu § 69c bodu 2 UrhG. Funkční přístup, na jehož základě lze mít bez ohledu na to, zda došlo k zásahu do kódu programu nebo bez ohledu na to, zda došlo k rozmnožení kódu programu v pozměněné podobě, za to, že se o změnu jedná i v případě, že se do fungování programu zasáhne jiným způsobem, není slučitelný s předmětem ochrany § 69a UrhG. Zamýšlené fungování totiž není součástí předmětu ochrany počítačového programu, a výlučná práva uvedená v § 69c UrhG ho tedy nechrání před vnějšími vlivy. Funkčnost programu nepoživá ochrany počítačového programu a pouhé užití díla – na rozdíl od užívacích práv technické povahy – nepatří mezi formy užití předvídané autorským právem. Autor počítačového programu tedy nemá žádný nárok, který lze dovodit z § 69a a § 69c UrhG a který zaručuje, že jeho program bude užíván pouze způsobem, který stanovil, pokud hra i v případě zásahu třetí osoby funguje tak, jak bylo zamýšleno, a jednotlivé herní situace stanoví samotný herní software.
- 28 Oproti tomu žalobkyně má v oprávněném prostředku „Revision“ za to, že změna nevyžaduje, aby došlo k zásahu do podstaty programu. V tomto ohledu je rozhodující, že fungování programu v určité herní situaci předpokládá uložení a následné načtení zcela konkrétního obsahu proměnných a že jiné obsahy proměnných mají být uloženy pouze za jiných podmínek. Podle ní je zásahem již použití nesprávného obsahu proměnných.

- 29 Je sporné, zda je pro závěr o tom že se jedná o změnu ve smyslu čl. 4 odst. 1 písm. b) směrnice 2009/24/ES a § 69c bodu 2 UrhG, nezbytné, aby došlo ke změně podstaty počítačového programu představované zdrojovým nebo strojovým kódem. Podle jednoho názoru je pro závěr o změně postačující, pokud se bez zásahu do podstaty programu zasáhne do chodu počítačového programu [(Oberlandesgericht) Hamburg (vrchní zemský soud v Hamburku, Německo), GRUR-RR 2013, s. 13 (dle databáze juris bod 62)]. Podle jiného názoru změna vždy vyžaduje zásah do zdrojového nebo strojového kódu a v tomto smyslu do podstaty počítačového programu [(Landgericht) München I (zemský soud v Mnichově I, Německo), MMR 2015, s. 660 (dle databáze juris bod 288 a násl.); (Landgericht) Hamburg (zemský soud v Hamburku, Německo, dále jen „LG Hamburg“), CR 2016, s. 782 (dle databáze juris bod 28); usnesení LG Hamburg ze dne 22. července 2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, s. 137325 (dle databáze juris bod 11); LG Hamburg, GRUR-RR 2022, s. 253 (dle databáze juris bod 52)]. Předkládající soud se přiklání k posledně uvedenému názoru. Již výraz „změna“ [uvedený v čl. 4 odst. 1 písm. b) směrnice 2009/24/ES] – stejně jako pojem „*alteration*“ použitý v anglickém jazykovém znění – svědčí o tom, že je vyžadován zásah do zdrojového nebo strojového kódu a nepostačuje pouhé ovlivnění variabilních funkčních výsledků generovaných během fungování programu. Ovšem v případě, že Soudní dvůr bude s ohledem na první otázku takové funkční výsledky považovat za součást autorskoprávní ochrany počítačového programu, by tomu mohlo být jinak. V takovém případě by v důsledku ovlivnění obsahu proměnných, které jsou dotčeny v projednávané věci, došlo i k zásahu do počítačového programu vedoucímu k jeho pozměnění.