

Sag C-159/23

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

15. marts 2023

Forelæggende ret:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Afgørelse af:

23. februar 2023

Sagsøger og revisionsappellant:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Sagsøgte og revisionsindstævnte:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Hovedsagens genstand

Intellektuel ejendomsret – direktiv 2009/24/EF – retlig beskyttelse af edb-programmer – rækkevidde – udvidelser af spillekonsollers basisudstyr – udtrykket »omformet gengivelse« – software, der ændrer indholdet af variabler, som anvendes under kørslen af et beskyttet edb-program

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. Foretages der et indgreb i et edb-programs beskyttede område i henhold til artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 2009/24/EF, såfremt et edb-programs objekt- eller kildekode eller reproduktion heraf ikke ændres, men et andet program, som kører samtidig med det beskyttede edb-program, ændrer indholdet af variabler, som det beskyttede edb-program har lagret i arbejdshukommelsen og anvender under kørslen af programmet?

2. Foreligger der en omformet gengivelse i henhold til art. 4, stk. 1, litra b), i direktiv 2009/24/EF, såfremt et edb-programs objekt- eller kildekode eller reproduktion heraf ikke ændres, men et andet program, som kører samtidig med det beskyttede edb-program, ændrer indholdet af variabler, som det beskyttede edb-program har lagret i arbejdshukommelsen og anvender under kørslen af programmet?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer, navnlig artikel 1, stk. 1-3 og artikel 4, litra b)

Anførte nationale forskrifter

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) (lov om ophavsret og dermed beslægtede rettigheder, herefter »UrhG«), navnlig §§ 69a og 69c

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Sagsøgeren markedsfører som licenstagere med eksklusiv licens for Europa PlayStation-spillekonsoller, navnlig PlayStationPortable (PSP), der blev markedsført indtil 2014, samt spil til disse konsoller (herefter: sagsøgerens spil, software eller edb-programmer), herunder spillet »MotorStorm: Arctic Edge«. Datel Design and Development Ltd. (herefter: sagsøgte 1) og Datel Direct Ltd. (herefter: sagsøgte 2) er en del af koncernen Datel Holdings Group, der udvikler, producerer og markedsfører software, navnlig komplementære produkter til sagsøgerens spillekonsoller, herunder softwaren »Action Replay PSP« samt, under betegnelsen »Tilt FX«, et supplerende input-apparat til PSP-spillekonsollen med software. Apparatet »Tilt FX« gør det muligt at styre spillekonsollen ved bevægelse i rummet. Sagsøgte 1 har udviklet softwaren »Action Replay PSP« og »Tilt FX«. Sagsøgte 2 har markedsført denne software. JS (herefter: sagsøgte 3) er »Director« i den anden sagsøgte.
- 2 De sagsøgtes softwareprodukter fungerer udelukkende sammen med sagsøgerens originale spil. Med henblik herpå forbindes PSP-konsollen til en PC, og der

indsættes en memory stick i PSP-konsollen, på hvilken de sagsøgte software indlæses. Efter at PSP-konsollen er genstartet, kan brugeren vælge et ekstra menupunkt »Action Replay« på spillekonsollen, der gør det muligt at foretage ændringer i sagsøgerens forskellige spil. I spillet »MotorStorm: Arctic Edge« findes f.eks. valgmulighederne »Infinite Turbo« og »All Drivers Available«, som medfører, at begrænsninger i forbindelse med brugen af »turbo« (»booster«) falder bort, eller den del af chaufførerne, der ellers først ville blive frigivet, når der er opnået et bestemt antal point, står til rådighed.

- 3 Med softwaren »Tilt FX« modtager ordregiveren en sensor, som tilsluttes PSP-konsollens headset-tilslutning og gør det muligt at styre PSP-konsollen ved bevægelser af spillekonsollen i rummet. For at kunne anvende bevægelsessensoren skal der ligeledes indsættes en memory stick i PSP-konsollen, hvormed der opnås adgang til et yderligere menupunkt »Tilt FX« med en liste med spil. Også her gør den nævnte software det muligt med en tastekombination under spillet at vælge en yderligere menu, der ikke indgår i det originale spil. Vælges muligheden »FX« der, bortfalder visse begrænsninger. Således kan »turbo« f.eks. indsættes ubegrænset i spillet »MotorStorm: Arctic Edge«.
- 4 Sagsøgeren har gjort gældende, at brugerne ved hjælp af sagsøgte omtvistede softwareprodukter foretager en omformet gengivelse af den software, der ligger til grund for dennes spil, på en måde, der ophavsretligt er ulovlig. De sagsøgte bærer ansvaret herfor. Sagsøgeren har subsidiært gjort krav gældende, der er baseret på konkurrenceretten, og har mere subsidiært påberåbt sig reglerne om erstatningsansvar uden for kontrakt ud fra det synspunkt, at der foreligger et indgreb i den erhvervsmæssige virksomhed, som sagsøgeren har oprettet og drevet.
- 5 Sagsøgeren har ved retten i første instans nedlagt påstand om,
 - I. at de sagsøgte under bødeansvar forbydes i Forbundsrepublikken Tyskland at
 - a. at tilbyde, sælge, distribuere og/eller via tredjemand at tilbyde, sælge eller distribuere softwaren Action Replay PSP, der kan installeres på hardwarevarianterne PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 og PSP Go, og med hvilken brugeren kan foretage et indgreb i spil, der kører på spillekonsollen PSP, og som gør det muligt eller lettere, at der ved ændring af spilsoftware kan frembringes en omformet gengivelse af spillene
 - b. at tilbyde, sælge, distribuere og/eller via tredjemand at tilbyde, sælge eller distribuere softwaren »Tilt FX«, der hører til en bevægelsessensor, og som kan installeres på hardwarevarianterne PSP 1000, PSP 2000 og PSP 3000, og med hvilken brugeren kan foretage et indgreb i spil, der kører på spillekonsollen PSP, og som gør det muligt

eller lettere, at der ved ændring af spillersoftwaren kan frembringes en omformet gengivelse af spillene

- c. samt at tilbyde software som beskrevet under a) og b) og/eller licenser og/eller opdateringer til en sådan software til downloading.
- II. at de sagsøgte tilpligtes at give sagsøgeren oplysning om oprindelsen af og distributionskæden for de produkter, der er markedsført i Tyskland i henhold til punkt I i perioden fra januar 2008 med angivelse af navn og adresse på producenterne, leverandørerne og andre tidligere indehavere, de erhvervsmæssige aftagere og ordregivere samt mængden af og priserne på de producerede, udleverede, modtagne og bestilte varer og under fremlæggelse af tilsvarende dokumentation (tilbud, fakturaer, følgesedler og toldpapirer) i en kronologisk ordnet fortegnelse
 - III. at det fastslås, at de sagsøgte hæfter solidarisk for erstatning til sagsøgeren for ethvert tab, denne har lidt og kommer til at lide som følge af, at de sagsøgte begår og allerede har begået de handlinger, der er beskrevet i punkt I.
- 6 Subsidiært har sagsøgeren for så vidt angår sagsøgte 1 nedlagt påstand om, at denne forbydes at støtte handlingerne jf. den principale påstand under punkt I. Mere subsidiært skal de sagsøgte forbydes at gøre det muligt eller lettere at omgå spillekonsollens foranstaltninger til beskyttelse mod kopiering.
 - 7 I den første instans ((LG Hamburg (den regionale ret i første instans i Hamborg), dom af 24.1.2012 – 310 0 199/10, juris) blev sagsøgte 2 og sagsøgte 3 dømt i henhold til de principale påstande, sagsøgte 1 alene til at afholde sig fra handlinger i henhold til den første subsidiære påstand, og herudover blev de sagsøgte frifundet.
 - 8 Parterne har iværksat appel til prøvelse af denne dom. Under appelsagen har sagsøgeren opretholdt sine påstande under punkt I. og III. for så vidt angår sagsøgte 2 og sagsøgte 3 og har derudover nedlagt påstand om,
 - I. at sagsøgte 1 under bødeansvar i Forbundsrepublikken Tyskland forbydes
 - a. at tilbyde, sælge eller distribuere softwaren »Action Replay PSP«, der kan installeres på hardwarevarianterne PSP 1000, 2000, 3000 og PSP GO, samt softwaren »Tilt FX«, der hører til en bevægelsessensor, og med hvilken brugeren kan foretage et indgreb i spil, der kører på spillekonsollen PSP, og som gør det muligt eller lettere, at spillene ved ændring af spillersoftwaren kan frembringes en omformet gengivelse af spillene, eller at tilbyde opdateringer til sådan software til downloading,
 - II. at sagsøgte 1, sagsøgte 2 og sagsøgte 3 tilpligtes at oplyse sagsøgeren om, i hvilket omfang de har begået de i punkt I nævnte handlinger, ved fremlæggelse af en fortegnelse med følgende oplysninger:

- a) navn og adresse på producenterne, leverandørerne og andre tidligere indehavere
 - b) leveringsmængder, typebetegnelser, artikelnumre, leveringsfrister og leveringspriser
 - c) kostpriserne, herunder alle omkostningsfaktorer og den opnåede fortjeneste
 - d) de individuelle tilbud med angivelse af de tilbudte mængder, typebetegnelser, artikelnumre, tilbudsdatoer og tilbudspriser
 - e) arten og omfanget af den iværksatte annoncering, opdelt efter reklamemedium, oplagstal, offentliggørelsesdato og udbredelsesområde samt
 - f) navn og adresse på de erhvervmæssige aftagere og de erhvervmæssige modtagere af tilbud.
- III. at det fastslås, at sagsøgte 1 hæfter solidarisk med sagsøgte 2 og sagsøgte 3 for erstatning til sagsøgeren for ethvert tab, sagsøgeren har lidt og kommer til at lide som følge af, at sagsøgte 1 begår og allerede har begået de handlinger, der er beskrevet i punkt I.
- 9 Appeldomstolen (OLG Hamburg (den regionale appeldomstol i Hamborg), GRUR 2022, 483) forkastede sagsøgerens appel og ændrede efter appel fra de sagsøgte førsteinstansens dom og frifandt i det hele de sagsøgte.
- 10 Appeldomstolen fandt, at søgsmålet, som lagde til grund, at ophavsretten var krænket, kunne antages til realitetsbehandling, men at det var ugrundet. Sagsøgeren havde ikke ret til at anlægge søgsmål med påstand om nedlæggelse af forbud i henhold til UrhG's § 97, stk.1, første punktum, og § 69c nr. 2. Brugen af de sagsøgtes software medfører ikke en omformet gengivelse af de edb-programmer, der ligger til grund af sagsøgerens originale spil. Sagsøgerens spil opfylder ganske vist betingelserne for at være et edb-program i henhold til UrhG's § 69a. Genstanden for et edb-programs ophavsretlige beskyttelse i henhold til UrhG's §§ 69a og 69c er imidlertid objekt- og kildekodens programdata samt edb-programmets interne struktur og organisation, men ikke dets kørsel som forudsat i programmet. De sagsøgtes software ændrer hverken selve programmerne eller de kopier af programmer, der er uploaded til PSP-konsollens arbejdshukommelse. Deres parallelle kommandoer ændrer kun de variable oplysninger, der af computerspillet lagres i arbejdshukommelsen og ændrer på den måde spillets resultater. Den funktionelle tilgang, som sagsøgeren har gjort gældende, hvorefter det, uanset påvirkningen af programkoden eller dennes ændrede reproduktion, må antages, at der også er tale om en omformet gengivelse, såfremt der på anden vis gribes ind i kørslen af programmet, er uforenelig med genstanden for beskyttelse af et edb-program ifølge UrhG's § 69a. Kørsel af et edb-program som forudsat i programmet er ikke omfattet af eneretten til omformet gengivelse i henhold til

UrhG's § 69c nr. 2. Ophavsmanden til et edb-program har ikke noget krav i henhold til UrhG's §§ 69a og 69c på, at hans program kun anvendes, således som denne oprindeligt havde bestemt i det kronologiske forløb, så længe spillet – som i det omhandlede tilfælde – også i tilfælde af tredjemands indvirkning køres som forudsat i programmet, og de forskellige spilsituationer er fastsat i selve spillersoftwaren.

- 11 Efter at have fået tilladelse af appeldomstolen til at iværksætte revisionsanke har sagsøgeren fastholdt de påstande, sagsøgeren havde nedlagt for appelinstanden. De sagsøgte har nedlagt påstand om, at revisionsanken forkastes.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 12 Udfaldet af revisionsanken afhænger med hensyn til sagsøgerens principale påstande af, om anvendelsen af de sagsøgtes software krænker den eneret i henhold til UrhG's § 69c, nr. 2, til at frembringe en omformet gengivelse af et edb-program, som sagsøgeren har gjort gældende. Anvendelsen af denne bestemmelse rejser spørgsmål om fortolkningen af artikel 1, stk. 1-3, og artikel 4, stk. 1, litra b), i direktiv 2009/24/EF.
- 13 Sagsøgeren har påberåbt sig, at der foreligger en krænkelse af den eneret i henhold til UrhG's § 69c, nr. 2, til at frembringe en omformet gengivelse af edb-programmet, som denne har gjort gældende.
- 14 Det første spørgsmål: Det er tvivlsomt, om artikel 1, stk. 1 og 2, i direktiv 2009/24/EF skal fortolkes således, at der foretages et indgreb i et edb-programs beskyttede område i henhold til artikel 1, stk. 1-3, i direktiv 2009/24/EF, såfremt et edb-programs objekt- eller kildekode eller reproduktion heraf ikke ændres, men et andet program, som kører samtidig med det beskyttede edb-program, ændrer indholdet af variabler, som det beskyttede edb-program har lagret i arbejdshukommelsen og anvender under kørslen af programmet.
- 15 Ifølge appeldomstolens konklusioner, som ikke er bestridt i revisionsanken, udfolder de sagsøgtes softwareprodukter deres virkning, idet de ikke påvirker indlæsningen af programmet i arbejdshukommelsen, men påvirker kørslen af programmerne ved at ændre variabler, som principielt kendes af spillet. Det er ikke kommandoerne i selve arbejdshukommelsen, der ændres, men kun de (variable) oplysninger, som spillersoftwaren lagrer i arbejdshukommelsen, når de udføres. Programkommandoerne i sagsøgerens spillersoftware forbliver ligeledes aktive og deres interne struktur ændres ikke. Kun oplysninger i arbejdshukommelsen, der genereres i det løbende spil, ændres. Derved udføres spillets kommandoer på grundlag af andre værdier end de værdier, som ville være genereret ved normal afvikling af spillet på det pågældende tidspunkt. Også når de sagsøgtes software anvendes, kører spillene altid som programmeret. Visse oplysninger, der genereres i spillet (f.eks. forbruget af »turbo«), overskrives dog i arbejdshukommelsen af de sagsøgtes softwareprodukter med værdier, som spillet også selv kender og kan fortolke. På den måde simuleres der i programmet en

tilstand, som ganske vist kan opstå i den normale spillesituation og er en uadskillelig del af programmet, men som dog ikke ville opstå i den konkrete stilling i spillet. Eksempelvis tilføjer de sagsøgte software ikke en kommando til spillet, som udløser en »kollision med en bande«, den påvirker blot det tidspunkt og den hyppighed, hvormed spillet udfører denne kommando, som også helt fra starten af har indgået i programmet.

- 16 Det afgørende i denne sag er derfor, om indholdet af variabler, som edb-programmet lagrer i spillekonsollens arbejdshukommelse og anvender, fortsat er omfattet af beskyttelsesområdet for retten til edb-programmet. I denne forbindelse skal der tages hensyn til den omstændighed, at den pågældende kategori af variabler netop er fastlagt i sagsøgerens spillesoftware, og at det kun er indholdet af variablerne, der ændres ved de sagsøgte softwares indgreb under spillet, hvorved f.eks. tidspunktet for eller hyppigheden af udførelsen af en kommando, der afhænger af værdien af variablerne, ændres. Det er tvivlsomt, om der alene ved en sådan påvirkning af de variable oplysninger i arbejdshukommelsen, der genereres under spillet, foretages et indgreb i et edb-program i ophavsretlig forstand.
- 17 I henhold til artikel 1, stk. 1, første punktum, i direktiv 2009/24/EF (jf. UrhG's § 69a, stk. 4) skal medlemsstaterne give edb-programmer ophavsretlig beskyttelse som litterære værker efter Berner-konventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Bernerkonventionen). I henhold til artikel 1, stk. 1, andet punktum, i direktiv 2009/24/EF og UrhG's § 69a, stk. 1, omfatter udtrykket »edb-program« forberedende designmateriale hertil. Beskyttelsen finder i henhold til artikel 1, stk. 2, første punktum, i direktiv 2009/24/EG og UrhG's § 69a, stk. 2, første punktum, anvendelse på enhver form, hvori et edb-program udtrykkes. I henhold til artikel 1, stk. 2, andet punktum, i direktiv 2009/24/EF og UrhG's § 69a, stk. 2, andet punktum, nyder idéer og principper, som ligger til grund for de enkelte elementer i et edb-program, herunder sådanne idéer og principper, som ligger til grund for dets grænseflader, ikke ophavsretlig beskyttelse. I henhold til artikel 1, stk. 3, første punktum, i direktiv 2009/24/EF og UrhG's § 69a, stk. 3, første punktum, skal et edb-program nyde beskyttelse, hvis det er originalt i den forstand, at det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse. I henhold til artikel 1, stk. 3, andet punktum, i direktiv 2009/24/EF og UrhG's § 69a, stk. 2, andet punktum, gælder der ikke andre kriterier for, om et edb-program er berettiget til beskyttelse.
- 18 Både ordlyden af bestemmelserne i direktiv 2009/24/EF og konteksten samt forarbejderne bør tale for en fortolkning af udtrykket edb-program, der orienterer sig efter kildekoden og objekt-koden som en udtryksform for programudviklerens (ophavsmandens) egen personlige frembringelse, og som derfor ikke omfatter en ren påvirkning af de variable oplysninger, der genereres i computerens arbejdshukommelse under et spil.
- 19 I henhold til ordlyden af artikel 1, stk. 1, første punktum, i direktiv 2009/24/EF beskyttes edb-programmer ophavsretligt som litterære værker efter Berner-

konventionen. Et edb-program er oprindeligt udformet som en »kildekode« på et for mennesket letforståeligt programmeringssprog, der efterfølgende ved hjælp af et program, som kaldes »kompilator«, ved kompilering omdannes til en form, der kan forstås og udføres af en computer, en såkaldt »objektkode« (jf. Domstolen, dom af 6.10.2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, præmis 35). TRIPs-aftalens artikel 10, stk. 1 bestemmer, at edb-programmer, uanset om der er tale om kilde- eller objektkoder, beskyttes som litterære værker i henhold til Bernerkonventionen. Et edb-programs kildekode og objektkode er således former, hvori dette edb-program udtrykkes, og omfattes følgelig af den ophavsretlige beskyttelse af edb-programmer. Genstanden for beskyttelsen i henhold til direktiv 2009/24/EF er alle de former, hvori edb-programmet kan udtrykkes, og som gør det muligt at gengive det på forskellige edb-sprog, såsom kilde- og objektkoden (Domstolen, dom af 22.12.2010, Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 33-35, samt af 6.10.2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, præmis 36). For dette synspunkt taler også 15. betragtning til direktiv 2009/24/EF, hvorefter uretmæssig reproduktion, oversættelse, bearbejdelse eller omarbejdelse af »formen af den kode«, hvori en kopi af et edb-program er gjort tilgængelig, udgør en krænkelse af ophavsmandens rettigheder.

- 20 Forarbejderne for de EU-retlige bestemmelser om ophavsretlig beskyttelse af edb-programmer synes ligeledes at tale for en forståelse, der orienterer sig mod registreringen af programmeringsresultatet. I forbindelse med forberedelserne af direktiv 91/250/EØS, der er erstattet af direktiv 2009/24/EF, har Europa-Kommissionen således lagt til grund, at der ved et edb-program skal forstås et sæt instruktioner, der har til formål udføre en bestemt funktion eller opgave (Kommissionens forslag til direktiv om retlig beskyttelse af edb-programmer KOM (88) 816 final, EFT C 91/4, s. 5 og 9, jf. også Europa-Kommissionens beslutning af 24.3.2004 – COMP/C-3/37 792 – C(2004)900 final, nr. 21 – Microsoft). Samme formulering findes i § 1, stk. 1, i modelbestemmelserne udstedt af Verdensorganisationen for Intellectuel Ejendomsret (WIPO) vedrørende beskyttelse af edb-software (GRUR Int. 1978, 286). Ifølge disse er et edb-program en række af kommandoer, der, når de afgives til en medium i edb-læselig form, gør det muligt for en computer, der har behandlingskapacitet, at angive, gennemføre eller udføre en særlig funktion, opgave eller resultat.
- 21 Lægger man disse principper til grund, er der i den foreliggende sag ikke foretaget indgreb i beskyttelsesområdet for artikel 1 i direktiv 2009/24/EF. Således har appeldomstolen, uden at dette er bestridt af partnerne, fastslået, at den software, som sagsøgeren anvender i PSP-konsollen, opfylder betingelserne for at være et edb-program, men at de sagsøgte software hverken ændrer objekt- og kildekodens programdata eller den interne struktur og organisation af spilsoftwaren eller softwaren til operativsystemet i de spil, sagsøgeren markedsfører.
- 22 I revisionsanken er det derimod anført, at såvel ordlyden som forarbejderne til direktiv 2009/24/EF taler for, at indholdet af de omhandlede variabler, der indlæses i arbejds hukommelsen, er omfattet af edb-programmets

beskyttelsesområde som omhandlet i artikel 1 i direktiv 2009/24/EF. Deri er det gjort gældende, at det af definitionen i § 1, stk. 1, i WIPO's modelbestemmelser af udtrykket edb-program som en række af kommandoer, der, når de afgives til et medium i edb-læselig form, gør det muligt for en computer, der har behandlingskapacitet, at angive, gennemføre eller udføre en særlig funktion, opgave eller resultat, følger, at de styrende programstrukturers finalitet er afgørende. Derfor omfatter udtrykket »edb-program« også samtlige dele af et kommandoforløb, som bidrager til, at planlagte resultater nås eller bestemte funktioner muliggøres. Formålet med de omtvistede computerspil er ved hjælp af en dynamisk kørsel af spillene at skabe en underholdende og udfordrende spilleoplevelse. Den dynamiske kørsel af spillet er resultatet af samspillet mellem programkommandoer og variable oplysninger, der påvirker programkommandoerne. Spillenes forløb afhænger af de variable oplysninger, der lagres i arbejdshukommelsen, og som alt efter spillets forløb konstant ændres af spillenes software. Følgelig afhænger programmets forløb af, at der under spillet genereres visse parametre, som senere anvendes igen som forudsat i programmet. For at opnå et konkret resultat, som ophavsmanden har fastlagt (f.eks. at muligheden for at udnytte en »booster«-indsats er udtømt) som produkt af denne dynamiske kørsel af programmet, er det helt afgørende, at der gøres brug af de variable, som i overensstemmelse med ophavsmandens vilje er lagret i arbejdshukommelsen med henblik på netop denne proces. De værdier, der er lagret i arbejdshukommelsen, er således ikke tilfældige, teknisk uundgåelige produkter af spillets forløb. Programmets formål – en bestemt spilleoplevelse – forudsætter, at visse variable oplysninger kan hentes fra arbejdshukommelsen. Indlæses der i arbejdshukommelsen i strid med spillets regler andre oplysninger i programmets videre forløb, ændres spilleoplevelsen. Det formål, der forfølges med spillet, opfyldes ikke.

- 23 Efter den forelæggende rets opfattelse er det tvivlsomt, om der ved fastlæggelsen af edb-programmets beskyttelsesområde kan tages hensyn til programudviklerens vilje, som beror på ønsket om at frembringe en underholdende afvikling af spillet og alene at gøre de variable oplysninger, der dannes ved kørslen af programmet i overensstemmelse med spillereglerne, til grundlag for programkommandoerne. I henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 2009/24/EF finder beskyttelsen i henhold til dette direktiv anvendelse på enhver form, hvori et edb-program udtrykkes (første punktum). Idéer og principper, som ligger til grund for de enkelte elementer i et edb-program, herunder sådanne idéer og principper, som ligger til grund for dets grænseflader, nyder ikke ophavsretlig beskyttelse efter dette direktiv (andet punktum, jf. også 11. betragtning til direktiv 2009/24/EF). I folkeretten bestemmes det såvel i artikel 2 i WIPO-traktaten om ophavsret som i TRIPs-aftalens artikel 9, stk. 2, at den ophavsretlige beskyttelse omfatter udtryksformer, men ikke idéer, procedurer, driftsmetoder eller matematiske begreber som sådanne. Hverken et edb-programs funktionalitet eller det programmeringssprog og det datafilformat, der anvendes i et edb-program til at udnytte visse af dets funktioner, udgør en form, hvori dette program udtrykkes, i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, stk. 2, i direktiv 91/250/EØF. Hvis det anerkendes, at et edb-programs funktionalitet kan beskyttes ophavsretligt, vil dette

indebære, at der gives mulighed for at monopolisere idéer til skade for den teknologiske og industrielle udvikling (Domstolen, dom af 2.5.2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C.2012:259, præmis 35-40). Heraf følger, at resultatet af brugen af et edb-program under programmets kørsel ikke bør være omfattet af beskyttelsen af edb-programmet.

- 24 I revisionsanken er det gjort gældende, at medlemsstaterne i henhold til artikel 1, stk. 1, første punktum, i direktiv 2009/24/EF skal give edb-programmer ophavsretlig beskyttelse som litterære værker efter Berner-konventionen. Det er ikke kun den konkrete udgave af teksten og dermed den umiddelbare formgivning af ideen, der kan beskyttes ophavsretligt, men også personligt prægede bestanddele og værkets formdannende elementer, som eksempelvis kan ligge i handlingens udvikling og udformningen af scener. Hvad angår edb-programmer følger det heraf, at ud over den edb-læselige kode kan også programkonceptet som personligt præget bestanddel af programmet nyde beskyttelse, dvs. også de variable oplysninger, der er lagret i arbejdshukommelsen.
- 25 Denne opfattelse bør ikke godtages. Handlingens udvikling og udformningen af scenerne kan eventuelt komme til udtryk i objekt- og kildekodens programdata. Dette synes også at skulle gælde for de variabler, som udvikleren har fastsat som kategori, og som er medbestemmende for handlingens udvikling. Ifølge appeldomstolens konklusioner griber de sagsøgte software imidlertid netop ikke ind i disse programelementer, som udvikleren har skabt, og som bestemmer handlingen, men ændrer kun det indhold af variablerne, som brugeren genererer under spillet. Dette indhold er imidlertid ikke i sig selv udtryk for ophavsmandens personlige frembringelse, men vedrører den konkrete kørsel af programmet, som afhænger af brugerens adfærd. De sagsøgte software ændrer ikke udviklingen i handlingen eller udformningen af scenerne, men kun rækkefølgen eller hyppigheden af gengivelsen af handlingsforløb eller scenesekvenser. Den ophavsretlige beskyttelse af udviklingen i handlingen og scenernes udformning, som er gjort gældende i revisionsanke, tager således på sin side sigte på en beskyttelse af programmets idé, programmets kørsel og programmets funktionalitet, der ikke er fastsat i direktiv 2009/24/EF.
- 26 Det andet spørgsmål: Det skal endvidere afklares, om der foreligger en omformet gengivelse i henhold til art. 4, stk. 1, litra b), i direktiv 2009/24/EF, såfremt et edb-programs objekt- eller kildekode eller reproduktion heraf ikke ændres, men et andet program, som kører samtidig med det beskyttede edb-program, ændrer indholdet af variabler, som det beskyttede edb-program har lagret i arbejdshukommelsen og anvender under kørslen af programmet.
- 27 På grundlag af sin vurdering, at de sagsøgte software i den foreliggende sag ikke griber ind i genstanden for beskyttelsen af edb-programmet i henhold til UrhG's § 69a, fordi der ikke sker en ændring af objekt- eller kildekoden eller den interne struktur i sagsøgerens edb-program – fandt appeldomstolen, at der ikke foreligger en omformet gengivelse som omhandlet i UrhG's § 69c, nr. 2. En funktionel tilgang, hvorefter det, uanset påvirkningen af programkoden eller uanset en ændret

reproduktion af programkoden, ligeledes må antages, at der kan være tale om en omformet gengivelse, såfremt der på anden vis gribes ind i kørslen af programmet, er uforenelig med genstanden for beskyttelsen i henhold til UrhG's § 69a. Kørsel som forudsat i programmet er nemlig ikke en del af genstanden for et edb-programs beskyttelse og er derfor ikke af enerettighederne i henhold til UrhG's § 69c beskyttet mod ydre påvirkninger. Et programs funktionalitet er ikke omfattet af et edb-programs beskyttelse, og den rene brug af et værk – i modsætning til de tekniske brugsrettigheder – er heller ikke en brugsform i ophavsretlig forstand. Ophavsmanden til et edb-program har derfor ikke noget krav i henhold til UrhG's §§ 69a og 69c på, at hans program kun anvendes på den måde, den pågældende har forudsat, så længe spillet også i tilfælde af tredjemands påvirkning køres som forudsat i programmet, og de forskellige spilsituationer er fastsat i selve spillet.

- 28 I revisionsanken er det derimod lagt til grund, at en omformet gengivelse ikke forudsætter et indgreb i programmets substans. Det afgørende i denne henseende er, at kørslen af programmet i en given spillesituation forudsætter lagring og efterfølgende hentning af helt bestemt indhold fra variabler, og at andet indhold fra variabler kun bør lagres under andre betingelser. Allerede anvendelsen af forkert indhold fra variabler udgør et indgreb.
- 29 Det er omtvistet, om det er nødvendigt, at substansen af edb-programmet i form af kilde- eller objekt-koden ændres, for at det kan antages, at der foreligger en omformet gengivelse som omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra b), i direktiv 2009/24/EF og UrhG's § 69c. Ifølge en opfattelse er det for antagelsen af, at der foreligger en omformet gengivelse, tilstrækkeligt, at der uden indgreb i programmets substans gribes ind i kørslen af edb-programmet (OLG Hamburg (den regionale appeldomstol i Hamburg), GRUR-RR 2013, 13 [juris præmis 62]). Ifølge en anden opfattelse er det, for at der foreligger en omformet gengivelse, altid nødvendigt, at kilde- eller objekt-koden og i denne forstand edb-programmets substans påvirkes (LG München I (den regionale ret i første instans i München I), MMR 2015, 660 [juris præmis 288 f.], LG Hamburg (den regionale ret i første instans i Hamburg), CR 2016, 782 [juris præmis 28], LG Hamburg (den regionale ret i første instans i Hamburg), kendelse af 22.7.2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 [juris præmis 11], LG Hamburg (den regionale ret i første instans i Hamburg), GRUR-RR 2022, 253 [juris præmis 52]). Den forelæggende ret hælder til sidstnævnte opfattelse. Allerede ordlyden »omformet gengivelse« taler – som også udtrykket »alteration«, der anvendes i den engelske sprogversion – for, at en påvirkning af kilde- eller objekt-koden er nødvendig, og at en ren påvirkning af variable funktionsresultater, som genereres som led i kørslen af programmet, ikke er tilstrækkelig. Noget andet bør imidlertid gælde, hvis Domstolen med hensyn til det første præjudicielle spørgsmål anser sådanne funktionsresultater for at være en del af den ophavsretlige beskyttelse af edb-programmet. I dette tilfælde ville den i denne sag omhandlede påvirkning af indholdet af variablerne ligeledes udgøre et ændrende indgreb i edb-programmet.