

Causa C-159/23**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

15 marzo 2023

Giudice del rinvio:

Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania)

Data della decisione di rinvio:

23 febbraio 2023

Ricorrente in primo grado e ricorrente in cassazione:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Resistenti in primo grado e resistenti in cassazione:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Oggetto del procedimento principale

Proprietà intellettuale – Direttiva 2009/24/CE – Tutela giuridica dei programmi per elaboratore – Portata – Ampliamento della dotazione di base di console per videogiochi – Nozione di «modifica» – Software che modifica il contenuto di variabili utilizzate per l'esecuzione di un programma per elaboratore tutelato

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione del diritto dell'Unione, articolo 267 TFUE

Questioni pregiudiziali

- 1) Se si leda l'ambito di tutela di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 1, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 2009/24/CE nel caso in cui il codice oggetto o il codice sorgente di un programma per elaboratore o la riproduzione dello stesso non vengano modificati, ma un altro programma, eseguito contemporaneamente al programma per elaboratore tutelato, modifichi il contenuto di variabili che detto programma per elaboratore ha creato nella memoria RAM e utilizza nell'esecuzione del programma.
- 2) Se si configuri una modifica ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1), lettera b), della direttiva 2009/24/CE nel caso in cui il codice oggetto o il codice sorgente di un programma per elaboratore o la riproduzione dello stesso non vengano modificati, ma un altro programma, eseguito contemporaneamente al programma per elaboratore tutelato, modifichi il contenuto di variabili che detto programma per elaboratore ha creato nella memoria RAM e utilizza nell'esecuzione del programma.

Disposizioni di diritto dell'Unione richiamate

Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in particolare articoli 1, paragrafi da 1 a 3, e 4, lettera b)

Disposizioni nazionali richiamate

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (legge sul diritto d'autore e diritti connessi; in prosieguo: l'«UrhG»), in particolare articoli 69a, 69c

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 La ricorrente distribuisce, in qualità di licenziataria esclusiva in Europa, console per videogiochi Playstation, in particolare la PlayStationPortable (PSP), commercializzata fino al 2014, nonché videogiochi per tali console (in prosieguo: «videogiochi, software o programma per elaboratore della ricorrente»), tra cui il gioco «MotorStorm: Arctic Edge». La Dattel Design and Development Ltd. (in prosieguo: la «resistente sub 1») e la Dattel Direct Ltd. (in prosieguo: la «resistente sub 2») fanno parte del gruppo imprenditoriale della Dattel Holdings Group, che sviluppa, produce e commercializza software, in particolare prodotti integrativi delle console per videogiochi della ricorrente, tra cui il software «Action Replay PSP» e, con la denominazione «Tilt FX», un dispositivo di interazione aggiuntivo per la console PSP con relativo software. Il dispositivo «Tilt FX» consente di comandare la console per videogiochi mediante movimento nello spazio. La resistente sub 1) ha sviluppato i software «Action Replay PSP» e «Tilt FX». La

resistente sub 2) ha commercializzato tali software. JS (in prosieguo: la «resistente sub 3») è il «direttore» della resistente sub 2).

- 2 I prodotti software delle resistenti funzionano esclusivamente con i giochi originali della ricorrente. A tal fine, la PSP viene collegata a un PC e nella PSP si inserisce un memory stick su cui è riportato il software della resistente. Dopo aver riavviato la PSP, l'utente può richiamare sulla console per videogiochi una voce di menu aggiuntiva, «Action Replay», mediante la quale è possibile apportare modifiche a singoli giochi della ricorrente. Nel gioco «MotorStorm: Arctic Edge» si possono per esempio introdurre le opzioni «Infinite Turbo» e «All Drivers Available», che fanno in modo che si eliminino le limitazioni all'utilizzo del «Turbo» («Booster») o che si renda accessibile la parte del conducente, che altrimenti poteva essere sbloccata solo al raggiungimento di un determinato punteggio.
- 3 Con il software «Tilt FX» il consumatore riceve un sensore che viene collegato all'attacco per cuffie della PSP e consente di comandare la PSP con movimenti nello spazio della console per videogiochi. Per utilizzare il sensore di movimento occorre parimenti inserire un memory stick nella PSP, che farà comparire una voce di menu aggiuntiva, «Tilt FX», contenente un elenco di videogiochi selezionabili. Anche in questo caso il software menzionato consente durante il gioco di richiamare, con una combinazione di tasti, un menu aggiuntivo che non è previsto nel gioco originale. Selezionando l'opzione «FX» si tolgono determinate limitazioni. Così, per esempio, nel gioco «MotorStorm: Arctic Edge» è possibile utilizzare senza limiti il «Turbo».
- 4 La ricorrente fa valere che, con i prodotti software contestati della ricorrente, gli utenti modificherebbero in modo illecito sotto il profilo dei diritti d'autore il software su cui sono basati i suoi videogiochi. Di ciò sarebbero responsabili le resistenti. La ricorrente fa valere in subordine diritti fondati sulle norme in materia di concorrenza e invoca, in ulteriore subordine, la legislazione in materia di responsabilità civile sotto l'aspetto dell'ingerenza nell'attività d'impresa da essa costituita ed esercitata.
- 5 Infine, nel procedimento di primo grado la ricorrente ha chiesto
 - I. di ingiungere alle resistenti di astenersi, nella Repubblica federale di Germania, a pena di sanzioni,
 - a) dall'offrire, vendere, diffondere e/o far offrire, vendere o diffondere il software «Action Replay PSP», idoneo all'utilizzo sulle varianti hardware PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 e PSP Go, tramite il quale l'utente può intervenire nei videogiochi funzionanti sulla console PSP nel senso che esso consente o agevola la modifica dei giochi con cambiamenti del software di gioco;
 - b) dall'offrire, vendere, diffondere e/o far offrire, vendere o diffondere il software «Tilt FX», facente parte di un sensore di movimento, idoneo

all'utilizzo sulle varianti hardware PSP 1000, PSP 2000 e PSP 3000, tramite il quale l'utente può intervenire nei videogiochi funzionanti sulla console PSP nel senso che esso consente o agevola la modifica dei giochi con cambiamenti del software di gioco;

- c) dall'offrire il download di software come quelli descritti ai punti a) e b) e/o di licenze e/o di aggiornamenti di tali software;
- II. di ingiungere alle resistenti di fornire alla ricorrente informazioni sull'origine e sul canale di distribuzione dei prodotti commercializzati in Germania di cui al punto I, indicando, a partire dal gennaio 2008, nome e indirizzo dei produttori, dei fornitori e di altri precedenti detentori, degli acquirenti e dei committenti commerciali, nonché quantitativi e prezzi delle merci prodotte, consegnate, ricevute e ordinate, dietro presentazione dei relativi giustificativi (offerte, fatture, bolle di consegna e documenti doganali), in un elenco in ordine cronologico;
- III. di dichiarare che le resistenti sono obbligate in solido a risarcire alla ricorrente tutti i danni che le sono derivati e le derivano ancora dal fatto che le resistenti compiano e abbiano già compiuto gli atti descritti al punto I.
- 6 In subordine, la ricorrente ha chiesto, con riferimento alla resistente sub 1), di vietarle di fornire supporto agli atti menzionati al punto I. della domanda principale. In ulteriore subordine, la ricorrente ha chiesto di ingiungere alle resistenti di desistere da qualsiasi azione che renda possibile o agevoli l'elusione di misure di protezione contro la copia della console per videogiochi.
- 7 In primo grado [sentenza dell'LG Hamburg (Tribunale del Land di Amburgo, Germania) del 24 gennaio 2012 – 310 0 199/10, juris], le resistenti sub 2) e 3) sono state condannate in base alle domande in via principale, mentre per la resistente sub 1) è stata accolta solo l'azione inibitoria in base alla prima domanda in via subordinata e per il resto il ricorso è stato respinto.
- 8 Le parti hanno interposto appello a tale sentenza. Nel procedimento d'appello la ricorrente ha insistito sulle domande formulate nei punti da I. a III. con riferimento alle resistenti sub 2) e 3), chiedendo inoltre
- I. di ingiungere alla resistente sub 1) di astenersi, nella Repubblica federale di Germania, a pena di sanzioni,

dall'offrire, vendere o diffondere il software «Action Replay PSP», idoneo all'utilizzo sulle varianti hardware PSP 1000, 2000, 3000 e PSP GO, nonché il software «Tilt FX», facente parte di un sensore di movimento, tramite i quali l'utente può intervenire nei videogiochi funzionanti sulla console PSP nel senso che essi consentono o agevolano la modifica dei giochi con cambiamenti del software di gioco, nonché dall'offrire il download di aggiornamenti di detti software;

- II. di ordinare alle resistenti sub 1, sub 2) e sub 3) di fornire informazioni alla ricorrente sulla portata degli atti menzionati al punto I. da esse compiuti, in particolare presentando un elenco da cui risultino i seguenti elementi:
- a) nome e indirizzo dei produttori, dei fornitori e di altri precedenti detentori;
 - b) quantitativi forniti, denominazioni, numeri di articolo, date di consegna e prezzi;
 - c) costi di produzione, inclusi tutti i fattori di costo e l'utile conseguito;
 - d) le singole offerte con indicazione dei quantitativi offerti, delle denominazioni, dei numeri di articolo, dei termini di consegna indicati in offerta e dei prezzi;
 - e) tipo ed entità della pubblicità utilizzata, suddivisa per mezzi, tirature, date di pubblicazione e area di diffusione, nonché
 - f) nominativi e indirizzi degli acquirenti commerciali e dei destinatari commerciali delle offerte;
- III. di dichiarare che la resistente sub 1) è obbligata in solido, insieme alle resistenti sub 2) e 3), a risarcire alla ricorrente tutti i danni che le sono derivati e le derivano ancora dal fatto che la resistente sub 1) compia e abbia già compiuto gli atti descritti al punto I.
- 9 Il giudice d'appello [OLG Hamburg (Tribunale superiore del Land di Amburgo, Germania, GRUR 2022, 483] ha respinto l'appello della ricorrente e, dietro appello delle resistenti, ha modificato la sentenza di primo grado respingendo nell'insieme il ricorso.
- 10 Il giudice d'appello ha ritenuto il ricorso basato sulla violazione del diritto d'autore ricevibile, ma infondato. Alla ricorrente non sarebbe spettato alcun diritto a promuovere un'azione inibitoria ai sensi degli articoli 97, paragrafo 1, prima frase, e 69c, punto 2, dell'UrhG. L'applicazione del software delle resistenti non comporterebbe una modifica dei programmi per elaboratore su cui si basano i giochi originali della ricorrente. È vero che i videogiochi della ricorrente soddisfano i requisiti di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 69a dell'UrhG. Tuttavia, l'oggetto della tutela mediante diritto d'autore di un programma per elaboratore ai sensi degli articoli 69a e 69c dell'UrhG sarebbero i dati di programma del codice oggetto e del codice sorgente, nonché la struttura interna e l'organizzazione del programma per elaboratore e non, per contro, la sua esecuzione conformemente al programma. Il software delle resistenti non apporterebbe cambiamenti ai programmi in sé né alle copie dei programmi caricati nella memoria RAM della PSP. I suoi comandi paralleli cambierebbero solo i dati variabili depositati dal videogioco nella memoria RAM, determinando così il cambiamento del risultato del gioco. L'approccio funzionale sostenuto dalla

ricorrente, secondo cui, indipendentemente dall'azione sul codice di programma o dalla sua riproduzione modificata, occorrerebbe considerare una modifica anche quando si interviene nell'esecuzione del programma in altri modi, non sarebbe compatibile con l'oggetto della tutela di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 69a dell'UrhG. L'esecuzione di un programma per elaboratore in conformità del programma stesso non rientrerebbe nel diritto esclusivo di modifica ex articolo 69c, punto 2, dell'UrhG. L'autore di un programma per elaboratore non potrebbe trarre alcun diritto dagli articoli 69a e 69c dell'UrhG affinché il suo programma venga utilizzato solo come egli aveva originariamente previsto nello svolgimento cronologico, nella misura in cui, come nel caso di specie, il videogioco viene svolto in conformità del programma anche in caso di intervento da parte di terzi e le singole situazioni di gioco sono previste dal software del videogioco stesso.

- 11 Con la proposizione del ricorso per cassazione, dichiarato ammissibile dal giudice d'appello, e di cui le resistenti chiedono il rigetto, la ricorrente insiste nelle sue conclusioni formulate nel grado d'appello.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 12 L'esito del ricorso per cassazione dipende, con riferimento alle domande formulate in via principale dalla ricorrente, dalla circostanza se l'impiego del software delle resistenti violi il diritto esclusivo fatto valere dalla ricorrente di modifica di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 69c, punto 2, dell'UrhG. L'applicazione di tale disposizione solleva alcune questioni sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafi da 1 a 3, e 4, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2009/24/CE.
- 13 La ricorrente contesta una violazione del diritto esclusivo da essa fatto valere di modifica di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 69c, punto 2, dell'UrhG.
- 14 Sulla prima questione: si pone il dubbio se l'articolo 1, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2009/24/CE debba essere interpretato nel senso che si lede l'ambito di tutela di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 1, paragrafi da 1 a 3, della medesima direttiva nel caso in cui il codice oggetto o il codice sorgente di un programma per elaboratore o la riproduzione dello stesso non vengano modificati, ma un altro programma, eseguito contemporaneamente al programma per elaboratore tutelato, modifichi il contenuto di variabili che detto programma per elaboratore tutelato ha caricato nella memoria RAM e utilizza nell'esecuzione del programma.
- 15 In base agli accertamenti del giudice d'appello non impugnati nel ricorso per cassazione, i prodotti software delle resistenti funzionano lasciando inalterato il caricamento del programma nella memoria RAM, ma influenzano l'esecuzione dei programmi modificando delle variabili, che sono sostanzialmente note al gioco. Non vengono modificati i comandi nella memoria RAM in sé, bensì solo i

dati (variabili) che il software del videogioco carica nella RAM durante la sua esecuzione. Anche i comandi di programma del software del videogioco della ricorrente rimangono attivi e la loro struttura interna è inalterata. Solo i dati generati dal gioco in corso vengono modificati nella memoria di lavoro. In tal modo i comandi del videogioco vengono eseguiti sulla base di altri valori, diversi da quelli che si otterrebbero in quel momento con una regolare esecuzione del gioco. Anche utilizzando il software delle resistenti i giochi si svolgono sempre come programmato. Determinati dati generati nel gioco (per esempio il consumo del «turbo») vengono tuttavia sovrascritti nella memoria RAM dai prodotti software delle resistenti con valori che anche il gioco stesso conosce ed è in grado di interpretare. Viene così simulato al programma uno stato che può effettivamente verificarsi nel corso del normale funzionamento del videogioco e che è intrinseco nel programma stesso, ma che nella situazione di gioco concreta non si verificherebbe. Per esempio, il software delle resistenti non aggiunge al gioco alcun comando che determina una «collisione con una banda»; esso influenza unicamente il momento e la frequenza con cui il videogioco esegue tale comando previsto anche originariamente nel programma.

- 16 Pertanto, nella specie è determinante se il contenuto di variabili, caricate e utilizzate nella memoria RAM attraverso il programma per elaboratore della console per videogiochi, rientri ancora nell'ambito di tutela del diritto vantato sul programma per elaboratore. A tale riguardo occorre considerare che la corrispondente categoria di variabili è senz'altro prevista nel software del videogioco della ricorrente e che con l'intervento del software delle resistenti viene solo modificato il contenuto delle variabili durante il gioco, cambiando in tal modo per esempio il momento o la frequenza di esecuzione di un comando dipendente dal valore delle variabili. Appare dubbio se si configuri una lesione dei diritti d'autore di un programma per elaboratore solo con l'influenza in tal modo esercitata sui dati variabili generati durante il gioco nella memoria RAM.
- 17 Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2009/24/CE (cfr. articolo 69a, paragrafo 4, dell'UrhG), gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche. Il termine «programma per elaboratore» comprende, a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, seconda frase, della direttiva 2009/24/CE e dell'articolo 69a, paragrafo 1, dell'UrhG, il materiale preparatorio per la progettazione di un programma. La tutela concessa si applica, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, prima frase, della direttiva 2009/24/CE e dell'articolo 69a, paragrafo 2, prima frase, dell'UrhG, a qualsiasi forma di espressione di un programma per elaboratore. In conformità dell'articolo 1, paragrafo 2, seconda frase, della direttiva 2009/24/CE e dell'articolo 69a, paragrafo 2, seconda frase, dell'UrhG, le idee e i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono tutelati dal diritto d'autore. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, prima frase, della direttiva 2009/24/CE e dell'articolo 69a, paragrafo 3, prima frase, dell'UrhG, un programma per elaboratore è tutelato se originale, ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore. Come

stabilito dall'articolo 1, paragrafo 3, seconda frase, della direttiva 2009/24/CE e dall'articolo 69a, paragrafo 3, seconda frase, dell'UrhG, per determinare il diritto alla tutela non sono presi in considerazione altri criteri.

- 18 Sia il tenore letterale delle norme contenute nella direttiva 2009/24/CE, sia il contesto e la genesi di tali norme sembrano avvalorare un'interpretazione della nozione di programma per elaboratore orientata a far ritenere che il codice sorgente e il codice oggetto siano una forma di espressione dell'opera di ingegno originale creata dal programmatore (autore), per cui non rientrerebbe in tale nozione una semplice influenza esercitata sui dati variabili generati nella memoria RAM dell'elaboratore durante un gioco.
- 19 In base al tenore letterale dell'articolo 1, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2009/24/CE, i programmi per elaboratore sono tutelati mediante diritto d'autore come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna. Un programma per elaboratore è inizialmente redatto sotto forma di «codice sorgente» in un linguaggio di programmazione intelligibile, prima di essere trascritto in forma esecutiva da un computer, ovvero nella forma di un «codice oggetto», mediante un programma dedicato denominato «compilatore» (v. sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, punto 35). L'articolo 10, paragrafo 1, dell'accordo TRIPS prevede che i programmi per elaboratore, in codice sorgente o in codice oggetto, sono protetti come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna. Il codice sorgente e il codice oggetto di un programma per elaboratore sono pertanto forme di espressione di quest'ultimo, meritevoli quindi della tutela mediante diritto d'autore dei programmi per elaboratore. L'oggetto della tutela conferita dalla direttiva 2009/24/CE è il programma per elaboratore in tutte le sue forme di espressione, quali il codice sorgente e il codice oggetto, che consentono di riprodurlo in diversi linguaggi informatici (v. sentenze della Corte del 22 dicembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, C- 393/09, EU:C:2010:816, punti da 33 a 35, e del 6 ottobre 2021, *Top System*, C-13/20, EU:C:2021:811, punto 36). A favore di tale conclusione depone anche il considerando 15 della direttiva 2009/24/CE, secondo cui la riproduzione, la traduzione, l'adattamento o la trasformazione non autorizzati della «forma del codice» in cui è stata messa a disposizione una copia di un programma per elaboratore costituiscono una violazione dei diritti dell'autore.
- 20 La genesi delle disposizioni di diritto dell'Unione in materia di tutela dei programmi per elaboratore mediante diritto d'autore sembra parimenti avvalorare la tesi orientata a considerare una concretizzazione del risultato della programmazione. In tal senso la Commissione europea, nei lavori preparatori della direttiva 91/250/CEE, cui è subentrata la direttiva 2009/24/CE, è partita dal presupposto che per programma per elaboratore si debba intendere una serie di istruzioni il cui scopo è fare eseguire un particolare compito o funzione (proposta della Commissione di direttiva [del Consiglio] relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, COM(88) 816 def., GU 1989, C91/4, pag. 5, in particolare pag. 9; v. anche la decisione della Commissione europea del 24 marzo

2004, COMP/C-3/37.792 – C(2004)900 final, punto 21 – Microsoft). A tale definizione corrisponde l'articolo 1, paragrafo 1, delle disposizioni tipo dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) per la tutela dei programmi per elaboratore (GRUR Int. 1978, 286). Secondo tale articolo, un programma per elaboratore è una serie di comandi idonei, se inseriti in un supporto utilizzabile dall'elaboratore, ad indurre quest'ultimo a indicare, realizzare o eseguire una funzione, un compito o un risultato determinati.

- 21 Se si considerano questi principi, nella specie non è stato leso l'ambito di tutela dell'articolo 1 della direttiva 2009/24/CE. Così, il giudice d'appello ha constatato, non contestato dalle parti, che il software utilizzato dalla ricorrente nella PSP soddisfa i requisiti di un programma per elaboratore e che, tuttavia, il software delle resistenti non modifica né i dati di programma del codice oggetto e del codice sorgente, né la struttura interna e l'organizzazione del software del videogioco o il software del sistema operativo dei giochi commercializzati dalla ricorrente.
- 22 Nel ricorso per cassazione si sostiene invece che sia il tenore letterale, sia la genesi della direttiva 2009/24/CE siano elementi che confermano l'inclusione nell'ambito di tutela del programma per elaboratore, ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2009/24/CE, dei contenuti delle variabili oggetto di discussione caricati nella memoria RAM. Viene argomentato che dalla definizione di programma per elaboratore contenuta nell'articolo 1, paragrafo 1, delle disposizioni tipo dell'OMPI quale serie di comandi idonei, se inseriti in un supporto utilizzabile dall'elaboratore, ad indurre quest'ultimo a indicare, realizzare o eseguire una funzione, un compito o un risultato determinati emergerebbe che è determinante a tal fine una finalità delle strutture di comando del programma. Pertanto la nozione di «programma per elaboratore» comprenderebbe anche tutte le parti dell'esecuzione del comando che contribuiscono a ottenere il risultato previsto o determinate funzioni. Il compito dei videogiochi per computer oggetto della controversia consisterebbe nell'ottenere, con l'ausilio di un'esecuzione dinamica della partita, un'esperienza di gioco divertente e stimolante. L'esecuzione dinamica della partita sarebbe il risultato dell'interazione di istruzioni del programma e di dati variabili che influenzano le istruzioni del programma. Lo svolgimento delle partite dipenderebbe dai dati variabili caricati nella memoria RAM, che a seconda dello svolgimento del gioco sarebbero soggetti a modifiche continue da parte del software dei videogiochi. Lo svolgimento del programma dipenderebbe quindi dal fatto che durante il gioco vengano generati determinati parametri, in seguito richiamati in conformità del programma. Per ottenere un risultato concretamente previsto dall'autore (per esempio l'esaurimento dell'utilizzo di un «booster») quale prodotto di tale esecuzione dinamica del programma sarebbe assolutamente necessario richiamare le variabili caricate secondo le intenzioni dell'autore nella memoria RAM proprio per il processo di cui trattasi. Pertanto i valori registrati nella memoria RAM non sarebbero solo prodotti casuali e tecnicamente inevitabili dello svolgimento della partita. Lo scopo prefissato del programma, ossia una certa esperienza di gioco, presupporrebbe che possano essere richiamati dalla memoria RAM determinati

dati variabili. Se, contrariamente alle regole di gioco, si memorizzassero altri dati durante l'ulteriore svolgimento del programma, l'esperienza di gioco cambierebbe. Non si raggiungerebbe lo scopo perseguito dal programma.

- 23 Secondo il parere del giudice del rinvio appare dubbio che si possa tener conto, nella definizione dell'ambito di tutela del programma per elaboratore, della volontà del programmatore, improntata allo scopo prefissato di organizzare un piacevole svolgimento del videogioco, di basare le istruzioni di programma solo sui dati variabili che si creano durante l'esecuzione del programma in conformità delle regole di gioco. A norma dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2009/24/CE, la tutela conferita dalla direttiva si applica a qualsiasi forma di espressione di un programma per elaboratore (prima frase); le idee e i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono tutelati dal diritto d'autore a norma della direttiva medesima (seconda frase; v. anche considerando 11 della direttiva 2009/24/CE). Per quanto riguarda il diritto internazionale, tanto l'articolo 2 del Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore quanto l'articolo 9, paragrafo 2, dell'accordo TRIPS dispongono che la tutela del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali. Non costituiscono una forma di espressione di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 91/250/CEE né la funzionalità di un programma per elaboratore, né il linguaggio di programmazione o il formato di file di dati utilizzati nell'ambito di un tale programma per sfruttare talune delle sue funzioni. Ammettere che la funzionalità di un programma per elaboratore possa essere tutelata dal diritto d'autore equivarrebbe ad offrire la possibilità di monopolizzare le idee, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale (sentenza della Corte del 2 maggio 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, punti da 35 a 40). Su tale base, il risultato dell'utilizzo di un programma per elaboratore nell'esecuzione del programma non dovrebbe rientrare nella tutela del programma per elaboratore.
- 24 Il ricorso per cassazione rammenta che, in base al tenore letterale dell'articolo 1, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2009/24/CE, gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna. Non solo la stesura del testo concreto, e quindi la formazione diretta dell'idea, sarebbero meritevoli di tutela, bensì anche componenti caratterizzate in modo originale ed elementi formativi dell'opera che per esempio potrebbero presentarsi nel corso dell'azione o nella presentazione [grafica] di scene. Per quanto riguarda i programmi per elaboratori ne deriverebbe che, oltre al codice utilizzabile dall'elaboratore, sarebbe meritevole di tutela anche la concezione del programma come componente caratterizzata in modo originale del programma, compresi quindi i dati variabili caricati nella memoria RAM.
- 25 Non si può condividere questo punto di vista. Il corso dell'azione e la presentazione [grafica] di scene potrebbero avere espressione nei dati di programma del codice oggetto e del codice sorgente. Ciò dovrebbe valere anche per le variabili che contribuiscono a determinare l'andamento dell'azione, previste

dal programmatore come categoria. In base agli accertamenti effettuati dal giudice d'appello, tuttavia, il software delle resistenti non incide affatto su tali elementi del programma creati dal programmatore che determinano l'azione, ma si limita a modificare il contenuto delle variabili generato dall'utente durante il gioco. Tali contenuti in sé non sono però espressione di una creazione originale dell'autore, bensì riguardano l'esecuzione concreta del programma che dipende dal comportamento dell'utente. Il software delle resistenti non modifica l'andamento dell'azione o la presentazione [grafica] di scene, ma solo la sequenza o frequenza di riproduzione dello svolgimento di azioni o di sequenze di scene. La tutela mediante diritto d'autore invocata nel ricorso per cassazione per quanto riguarda l'andamento dell'azione e la presentazione [grafica] di scene mira dunque, a sua volta, a una tutela non prevista dalla direttiva 2009/24/CE dell'idea del programma, della sua esecuzione e della funzionalità dello stesso.

- 26 Sulla seconda questione: occorre inoltre chiarire se sussiste una modifica ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2009/24/CE quando non sono oggetto di modifica il codice oggetto o il codice sorgente di un programma per elaboratore, e neppure la loro riproduzione, ma un altro programma eseguito contemporaneamente al programma per elaboratore tutelato modifica il contenuto di variabili che detto programma per elaboratore ha creato nella memoria RAM e utilizza nell'esecuzione del programma.
- 27 Il giudice d'appello ha presunto, partendo dalla sua valutazione secondo cui nel caso di specie il software delle resistenti non rientra nell'oggetto della tutela del programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 69a dell'UrhG in quanto non si rileva una modifica del codice oggetto o del codice sorgente o della struttura interna del programma per elaboratore della ricorrente, che non sussista una modifica ai sensi dell'articolo 69c, punto 2, dell'UrhG. Un approccio funzionale, secondo cui, indipendentemente dall'intervento nel codice di programma o da una sua riproduzione modificata, si dovrebbe considerare una modifica anche quando si interviene nell'esecuzione del programma in altri modi, non sarebbe compatibile con l'oggetto della tutela di un programma per elaboratore ai sensi dell'articolo 69a dell'UrhG. Infatti, l'esecuzione in conformità del programma non fa parte dell'oggetto della tutela dei programmi per elaboratore e quindi non è tutelata dai diritti esclusivi ex articolo 69c dell'UrhG nei confronti di influenze esterne. La funzionalità di un programma non farebbe parte della tutela dei programmi per elaboratore, né il mero utilizzo di un'opera – contrariamente ai diritti di utilizzo tecnici – rientrerebbe tra le forme di utilizzo tutelate dal diritto d'autore. L'autore di un programma per elaboratore non potrebbe trarre alcun diritto dagli articoli 69a e 69c dell'UrhG affinché il suo programma venga utilizzato solo nel modo che egli ha previsto, nella misura in cui il gioco viene svolto in conformità del programma anche in caso di intervento da parte di terzi e le singole situazioni di gioco sono previste dal gioco stesso.
- 28 Per contro, nel ricorso per cassazione si parte dal presupposto che una modifica non comporti alcun intervento nella sostanza del programma. In tal senso sarebbe decisivo che l'esecuzione del programma preveda in una determinata situazione di

gioco la memorizzazione e il successivo richiamo di contenuti ben definiti di variabili e che altri contenuti vengano memorizzati solo in condizioni diverse. Già l'utilizzo di contenuti di variabili fasulli costituirebbe un intervento.

- 29 Appare controverso se, per considerare l'esistenza di una modifica ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2009/24/CE e dell'articolo 69c, punto 2, dell'UrhG, occorra modificare la sostanza del programma per elaboratore sotto forma del codice sorgente e del codice oggetto. Secondo una delle tesi, per poter considerare una modifica è sufficiente che, senza intervenire nella sostanza del programma, si intervenga nell'esecuzione di un programma per elaboratore [Tribunale del Land di Amburgo, GRUR-RR 2013 (juris punto 62)]. Secondo un'altra tesi, per configurare una modifica è sempre necessaria un'azione sul codice sorgente o sul codice oggetto e, in tal senso, sulla sostanza del programma per elaboratore [Tribunale del Land di Monaco di Baviera I, MMR 2015, 660 (juris punti 288 e seg.); Tribunale del Land di Amburgo, CR 2016, 782 (juris punto 28); Tribunale del Land di Amburgo, decisione del 22 luglio 2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 (juris punto 11); Tribunale del Land di Amburgo, GRUR-RR 2022, 253 (juris punto 52)]. Il Collegio remittente propende per la tesi da ultimo menzionata. Già il termine utilizzato «modifiche», come del resto quello che si trova nella versione inglese «alteration», induce a ritenere che occorra un intervento nel codice sorgente o nel codice oggetto e che non sia sufficiente una semplice influenza sui risultati variabili di funzioni che vengono generati nel corso dell'esecuzione del programma. Tuttavia, si potrebbe pervenire a una conclusione diversa qualora la Corte, con riferimento alla prima questione pregiudiziale, consideri che tali risultati di funzioni sono coperti dalla tutela mediante diritto d'autore dei programmi per elaboratore. In tal caso, nella specie l'influenza controversa sui contenuti delle variabili costituirebbe un intervento modificativo nel programma per elaboratore.