

Vec C-159/23

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

15. marec 2023

Vnútroštátny súd:

Bundesgerichtshof

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

23. február 2023

Žalobkyňa a navrhovateľka v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Žalované a odporkyne v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct, Ltd.

JS

Predmet konania vo veci samej

Duševné vlastníctvo – Smernica 2009/24/ES – Právna ochrana počítačových programov – Rozsah – Rozšírenia k základnému vybaveniu hracích konzol – Pojem „zmena“ – Softvér, ktorý mení obsah premenných používaných pri prevádzke chráneného počítačového programu

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Výklad práva Únie, článok 267 ZFEÚ

Prejudiciálne otázky

1. Dochádza k zásahu do ochrany počítačového programu podľa článku 1 ods. 1 až 3 smernice 2009/24/ES, keď sa nemení strojový ani zdrojový kód počítačového programu či jeho rozmnoženiny, ale iný program, ktorý je spustený súčasne s chráneným počítačovým programom, mení obsah premenných, ktoré chránený počítačový program vytvoril v operačnej pamäti a využíva ich pri chode programu?

2. Ide o zmenu v zmysle článku 4 ods. 1 písm. b) smernice 2009/24/ES, keď sa nemení strojový alebo zdrojový kód počítačového programu či jeho rozmnoženiny, ale iný program, ktorý je spustený súčasne s chráneným počítačovým programom, mení obsah premenných, ktoré chránený počítačový program vytvoril v operačnej pamäti a využíva pri chode programu?

Právne predpisy Európskej únie

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/24/ES z 23. apríla 2009 o právnej ochrane počítačových programov, predovšetkým článok 1 ods. 1 až 3, článok 4 písm. b)

Vnútroštátne právne predpisy

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (zákon o autorskom práve a súvisiacich právach, Nemecko; ďalej len „UrhG“) predovšetkým § 69a, § 69c

Zhrnutie skutkového stavu a konania

- 1 Žalobkyňa ako držiteľka výlučnej licencie pre Európu distribuuje hracie konzoly PlayStation, predovšetkým konzolu PlayStationPortable (PSP), ktorá sa predávala do roku 2014, ako aj hry pre tieto konzoly (ďalej len „hry, softvér alebo

počítačový program žalobkyne“), medziiným hru „MotorStorm: Arctic Edge“. Spoločnosti Dattel Design and Development Ltd., (ďalej len „žalovaná v prvom rade“) a Dattel Direct Ltd., (ďalej len „žalovaná v druhom rade“) patria do skupiny Dattel Holdings Group, ktorá vyvíja, produkuje a distribuuje softvér, predovšetkým doplnkové výrobky k hracím konzolám žalobkyne, medzi nimi softvér „Action Replay PSP“, ako aj prídavné vstupné zariadenie pod názvom „Tilt FX“ pre hraciu konzolu PSP spolu so softvérom. Zariadenie „Tilt FX“ umožňuje ovládanie hracej konzoly pomocou pohybu v priestore. Žalovaná v prvom rade vyvinula softvér „Action Replay PSP“ a „Tilt FX“. Žalovaná v druhom rade tento softvér distribuovala. JS (ďalej len „žalovaný v treťom rade“) je „riaditeľ“ (Director) žalovanej v druhom rade.

- 2 Softvérové produkty žalovaných fungujú výlučne s originálnymi hrami žalobkyne. Na tento účel sa PSP pripojí k počítaču a do PSP sa vloží pamäťový kľúč (Memory Stick), na ktorom je softvér žalovaných. Po reštartovaní PSP môže používateľ spustiť na konzole ďalší bod menu, „Action Replay“, prostredníctvom ktorého je možné vykonať zmeny v jednotlivých hrách žalobkyne. V prípade hry „MotorStorm: Arctic Edge“ sú to napr. možnosti „Infinite Turbo“ a „All Drivers Available“, v dôsledku ktorých sa zrušia obmedzenia pri využití možnosti „Turbo“ („Booster“), ale je k dispozícii časť vodičov, ktorá by bola dostupná až po dosiahnutí určitého počtu bodov.
- 3 So softvérom „Tilt FX“ dostane objednávateľ senzor, ktorý sa zapojí do konektora náhlavnej súpravy s mikrofónom na PSP a umožní ovládanie PSP pomocou pohybov hracej konzoly v priestore. Pre využitie pohybového senzora je tiež nutné zasunúť pamäťový kľúč do PSP, v dôsledku čoho je dostupný doplnkový bod menu „Tilt FX“ so zoznamom hier. Aj v tomto prípade uvedený softvér umožňuje, aby sa počas hry pomocou kombinácie kláves otvorilo doplnkové menu, ktoré v pôvodnej hre nie je k dispozícii. Pri výbere možnosti „FX“ sa zrušia určité obmedzenia. Tak napr. v hre „MotorStorm: Arctic Edge“ možno bez obmedzenia využívať režim „Turbo“.
- 4 Žalobkyňa uvádza, že používatelia pomocou sporných softvérových produktov žalovaných spôsobom, ktorý je neprípustný z hľadiska autorského práva, vykonali zmeny softvéru, na ktorom sú založené jej hry. Za to sú zodpovedné žalované. Žalobkyňa subsidiárne uplatňuje nároky odôvodnené podľa právnej úpravy hospodárskej súťaže a subsidiárne sa ďalej opiera o právnu úpravu zodpovednosti za škodu, a to vzhľadom na zásah do jej obchodnej činnosti, ktorú založila a vykonáva.
- 5 Žalobkyňa v konaní na prvom stupni naposledy požadovala, aby súd
 - I. žalovaným pod hrozbou pokuty uložil zákaz v Spolkovej republike Nemecko
 - a) ponúkať, predávať, rozširovať a/alebo nechať ponúkať, predávať alebo rozširovať softvér Action Replay PSP, ktorý je vhodný na to, aby bol

využitý vo variantoch hardvéru PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 a PSP Go, pomocou ktorého môže používateľ uskutočniť zásah do hier spustených na hracej konzole PSP, pričom tento zásah umožní alebo uľahčí, aby sa za úpravy hracieho softvéru mohli uskutočniť zmeny hier;

- b) ponúkať, predávať, rozširovať a/alebo nechať ponúkať, predávať alebo rozširovať softvér „Tilt FX“ prislúchajúci k senzoru pohybu, pomocou ktorého môže používateľ uskutočniť zásah do hier spustených na hracej konzole PSP, pričom tento zásah umožní alebo uľahčí, aby sa za úpravy hracieho softvéru mohli uskutočniť zmeny hier;
 - c) ako aj ponúkať softvér, ako je opísané v písmene a) a písmene b), a/alebo licencie, a/alebo aktualizácie pre taký softvér na stiahnutie;
- II. žalovaným nariadil, aby žalobkyni poskytli informácie o pôvode a distribučnom reťazci produktov podľa bodu I., ktoré boli distribuované do Nemecka, tak, že v chronologicky usporiadanom zozname uvedú meno a adresu výrobcov, dodávateľov a iných predchádzajúcich vlastníkov, veľkopredajcov a objednávateľov, ako aj informácie o množstve a cenách vyprodukovaných, dodaných, prijatých alebo objednaných tovarov a predložia príslušné doklady (ponuky, faktúry, dodacie listy a colné dokumenty), a to od januára 2008;
- III. konštatoval, že žalované sú spoločne a nerozdielne povinné nahradiť žalobkyni celú škodu, ktorá jej vznikla a ešte vznikne z toho, že žalované sa dopúšťajú a už dopustili konania, ktoré je opísané v bode I.
6. Pokiaľ ide o žalovanú v prvom rade, žalobkyňa subsidiárne navrhla, aby jej súd uložil zákaz podporovať konanie uvedené v bode I hlavného návrhu. Ďalej má byť žalovaným subsidiárne uložená povinnosť, aby prestali umožňovať a uľahčovať obchádzanie opatrení proti kopírovaniu, ktoré sa týkajú hracej konzoly.
7. V konaní na súde prvého stupňa (Landgericht Hamburg, Nemecko, rozsudok z 24. januára 2012 – 310 0 199/10, juris) boli žalovaná v druhom a treťom rade odsúdené v zmysle hlavných návrhov, žalovanej v prvom rade bola uložená iba povinnosť, aby upustila od konania v zmysle prvého subsidiárneho návrhu, a v zostávajúcej časti bola žaloba zamietnutá.
8. Účastníci konania podali proti rozsudku odvolanie. V odvolacom konaní žalobkyňa ďalej trvala na bode I. a III. svojich žalobných návrhov týkajúcich sa žalovanej v druhom rade a žalovanej v treťom rade a okrem toho požadovala, aby súd
- I. žalovanej v prvom rade pod hrozbou pokuty uložil zákaz v Spolkovej republike Nemecko

ponúkať, predávať, rozširovať softvér „Action Replay PSP“, ktorý je vhodný na to, aby bol využitý vo variantoch hardvéru PSP 1000, 2000, 3000 a PSP GO, ako aj ponúkať, predávať, rozširovať softvér „Tilt FX“ prislúchajúci k senzoru pohybu, pomocou ktorého môže používateľ uskutočniť zásah do hier spustených na hracej konzole PSP, pričom tento zásah umožní alebo uľahčí, aby sa za úpravy hracieho softvéru uskutočnili zmeny hier, alebo ponúkať na stiahnutie aktualizácie pre taký softvér;

II. žalovaným v prvom, druhom a treťom rade nariadil, aby žalobkyni poskytli informácie o tom, v akom rozsahu sa dopustili konania, ktoré je opísané v bode I, a to predložením zoznamu, z ktorého vyplynie

- a) meno a adresa výrobcov, dodávateľov a iných predchádzajúcich vlastníkov;
- b) dodané množstvá, označenia typov, čísla položiek, lehoty a ceny dodávok;
- c) výrobné náklady vrátane všetkých nákladových položiek, ako aj dosiahnutý zisk;
- d) konkrétne ponuky s uvedením ponúknutých množstiev, označení typov, čísel položiek, časov ponúk a ich cien;
- e) typ a rozsah vykonanej reklamy, rozdelený podľa reklamného nosiča, veľkosti nákladu, dátumu uverejnenia a oblasti pokrytia, ako aj
- f) mená a adresy veľkoobdobateľov a komerčných adresátov ponúk;

III. konštatoval, že žalovaná v prvom rade je spoločne a nerozdielne so žalovanou v druhom a treťom rade povinná nahradiť žalobkyni celú škodu, ktorá jej vznikla a ešte vznikne z toho, že sa žalovaná v prvom rade dopúšťa a už dopustila konania, ktoré je opísané v bode I.

9 Odvolací súd (Oberlandesgericht Hamburg, Nemecko, GRUR 2022, 483) zamietol odvolanie žalobkyne, na základe odvolania žalovaných zmenil rozsudok súdu prvého stupňa a žalobu zamietol v celom rozsahu.

10 Odvolací súd považoval žalobu, ktorá sa opierala o porušenie autorského práva, za prípustnú, ale za nedôvodnú. Žalobkyňa nemala nárok uplatniť návrhy na zdržanie sa konania podľa § 97 ods. 1 prvej vety, § 69c bodu 2 UrhG. Použitie softvéru žalovaných nevedie ku zmene počítačových programov, ktoré predstavujú základ pre originálne hry žalobkyne. Hry žalobkyne síce spĺňajú podmienky počítačového programu podľa § 69a UrhG. Predmetom ochrany počítačového programu autorským právom sú však podľa § 69a a § 69c UrhG podľa informácií uvedených v programe strojový a zdrojový kód, ako aj vnútorná štruktúra a organizácia počítačového programu, nie však jeho chod stanovený v programe. Softvér žalovaných nevykonáva ani zmenu programu ako takého, ani jeho kópií,

ktoré sú nahraté do operačnej pamäte PSP. Jeho paralelné príkazy zmenili iba variabilné údaje počítačovej hry uložené v operačnej pamäti, čo spôsobilo zmenu výsledku hry. Funkčný prístup, ktorý zastáva žalobkyňa, že bez ohľadu na vplyv na kód programu alebo jeho zmenenú rozmnoženinu je nutné vychádzať zo zmeny, keď sa do priebehu programu zasiahne iným spôsobom, nie je zlučiteľný s predmetom ochrany počítačového programu podľa § 69a UrhG. Na chod počítačového programu, ktorý je v ňom stanovený, sa nevzťahuje výlučné právo na zmenu podľa § 69c bodu 2 UrhG. Autor počítačového programu nemá žiadny nárok, ktorý sa dá odvodiť z § 69a a § 69c UrhG, že jeho program sa môže využívať iba tak, ako to pôvodne stanovil v chronologickom priebehu, kým hra – ako v spornom prípade – aj v prípade pôsobenia tretej strany prebieha podľa programu a konkrétne herné situácie samy osebe stanovuje herný softvér.

- 11 Svojím opravným prostriedkom „Revision“, ktorý povolil odvolací súd a ktorého zamietnutie požadujú žalované, žalobkyňa ďalej trvá na svojich žalobných návrhoch, ktoré predložila v odvolacom konaní.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu

- 12 Pokiaľ ide o hlavné návrhy žalobkyne, úspech opravného prostriedku „Revision“ závisí od toho, či použitie softvéru žalovaných zasahuje do výlučného práva na zmenu počítačového programu podľa § 69c bodu 2 UrhG, ktorý uplatnila žalobkyňa. Pri uplatnení tohto ustanovenia vznikajú otázky týkajúce sa výkladu článku 1 ods. 1 až 3, článku 4 ods. 1 písm. b) smernice 2009/24/ES.
- 13 Žalobkyňa uvádza, že ide o porušenie výlučného práva na zmenu počítačového programu podľa § 69c bodu 2 UrhG, ktoré uplatnila.
- 14 O prvej otázke: Je sporné, či článok 1 ods. 1 a 2 smernice 2009/24/ES treba vykladať tak, že k zásahu do ochrany počítačového programu podľa článku 1 ods. 1 až 3 smernice 2009/24/ES dochádza vtedy, keď sa nemení strojový alebo zdrojový kód počítačového programu či jeho rozmnoženiny, ale iný program, ktorý je spustený súčasne s chráneným počítačovým programom, mení obsah premenných, ktoré chránený počítačový program uložil v operačnej pamäti a využíva pri chode programu.
- 15 Podľa konštatovaní odvolacieho súdu, ktoré neboli napadnuté opravným prostriedkom „Revision“, dosahujú softvérové produkty žalovaných svoj účinok, keď načítanie programu do operačnej pamäte ponechajú nedotknuté, ale chod programov ovplyvňujú zmenou premenných – ktoré hra v zásade pozná. Nezmenia sa príkazy v operačnej pamäti ako také, ale iba (variabilné) údaje, ktoré herný softvér ukladá pri svojom spustení do operačnej pamäte. Aj programové príkazy herného softvéru žalobkyne ostávajú aktívne a ich vnútorná štruktúra nedotknutá. Zmenia sa iba dáta v operačnej pamäti, ktoré sú generované z prebiehajúcej hry. Tým dôjde k tomu, že pokyny hry sa vykonávajú na základe iných hodnôt, ako sú hodnoty, ktoré by vznikli v tomto čase, keby sa hra hrala bežným spôsobom. Aj keď sa použije softvér žalovaných, hry stále bežia tak, ako

sú naprogramované. Niektoré dáta, ktoré sa v hre vytvoria (napr. spotreba režimu „Turbo“), však v operačnej pamäti softvérový produkt žalovaných prepíše hodnotami, ktoré aj hra pozná a dokáže ich interpretovať. Programu sa tak predstiera stav, ktorý pri bežnom priebehu hry síce môže nastať a vyplýva z programu, ale za konkrétneho stavu hry by nenastal. Napríklad softvér žalovaných nedoplní do hry žiadny príkaz, ktorý vyvolá „kolíziu s bandou“; spôsobí iba čas a frekvenciu, s akou hra uskutoční tento príkaz, ktorý bol aj pôvodne súčasťou programu.

- 16 V spornom prípade je preto rozhodujúce, či obsah premenných, ktoré počítačový program ukladá a využíva v pracovnom priestore hracej konzoly, ešte patrí pod ochranu práva k počítačovému programu. Pritom je nutné vziať do úvahy, že príslušnú kategóriu premenných celkom stanovuje herný softvér žalobkyne a zásahom softvéru žalovaných počas hry sa mení iba obsah premenných, čo napríklad vedie k zmene času a frekvencie realizácie príkazu, ktorá závisí od hodnoty premenných. Je sporné, či výlučne takým ovplyvnením variabilných dát, ktoré sa počas hry generujú v operačnej pamäti, dochádza v zmysle autorského práva k zásahu do počítačového programu.
- 17 Podľa článku 1 ods. 1 prvej vety smernice 2009/24/ES (pozri § 69a ods. 4 UrhG) členské štáty chránia počítačové programy podľa autorského práva ako literárne diela v zmysle Bernského dohovoru o ochrane literárnych a umeleckých diel (ďalej len „Bernský dohovor“). Podľa článku 1 ods. 1 druhej vety smernice 2009/24/ES a § 69a ods. 1 UrhG zahŕňa pojem „počítačové programy“ aj ich prípravný koncepčný materiál. Ochrana podľa tejto smernice sa podľa článku 1 ods. 2 prvej vety smernice 2009/24/ES a § 69a ods. 2 prvej vety UrhG vzťahuje na vyjadrenia počítačového programu v akejkoľvek forme. Myšlienky a princípy, na ktorých je založený ktorýkoľvek prvok počítačového programu, vrátane tých, ktoré sú podkladom jeho rozhrania, nie sú podľa článku 1 ods. 2 druhej vety smernice 2009/24/ES a § 69a ods. 2 druhej vety UrhG chránené autorským právom. Počítačový program je podľa článku 1 ods. 3 prvej vety smernice 2009/24/ES a § 69a ods. 3 prvej vety UrhG chránený, ak je pôvodný v tom zmysle, že je autorovým vlastným duševným výtvorom. Podľa článku 1 ods. 3 druhej vety smernice 2009/24/ES a § 69a ods. 3 druhej vety UrhG sa žiadne iné kritériá na určenie ochrany nepoužívajú.
- 18 Tak znenie pravidiel uvedených v smernici 2009/24/ES, ako aj kontext úpravy a proces jej vzniku zrejme svedčia v prospech takého výkladu pojmu počítačový program, ktorý sa riadi strojovým a zdrojovým kódom, alebo vyjadrenia vlastného diela, ktoré vytvoril programátor (autor), a preto sa nevzťahuje na ovplyvnenie variabilných dát, ktoré sa generujú počas hry v operačnej pamäti počítača, ako také.
- 19 Podľa znenia článku 1 ods. 1 prvej vety smernice 2009/24/ES členské štáty chránia počítačové programy podľa autorského práva ako literárne diela v zmysle Bernského dohovoru. Počítačový program je najskôr zostavený vo forme „zdrojového kódu“ v programovacom jazyku zrozumiteľnom pre človeka

a následne sa prekonvertuje do podoby vykonateľnej počítačom, konkrétne do formy „strojového kódu“, prostredníctvom špecifického programu nazývaného „kompilátor“ (pozri rozsudok Súdneho dvora zo 6. októbra 2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, bod 35). V článku 10 ods. 1 dohody TRIPS sa stanovuje, že počítačové programy, či už v zdrojovom alebo v strojovom kóde, budú chránené ako literárne diela podľa Bernského dohovoru. To znamená, že zdrojový a strojový kód počítačového programu sú vyjadrením počítačového programu, a preto si zasluhujú autorsko-právnu ochranu k počítačovým programom. Predmetom ochrany vytvoreným smernicou 2009/24/ES je počítačový program vyjadrený v akejkoľvek forme, ktorá umožňuje jeho rozmnoženie v rôznych počítačových kódach, ako sú zdrojový a strojový kód (rozsudky Súdneho dvora z 22. decembra 2010, Bezpečnostní softwarová asociace, C-393/09, EU:C:2010:816, body 33 až 35, ako aj zo 6. októbra 2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, bod 36). Nasvedčuje tomu aj odôvodnenie 15 smernice 2009/24/ES, podľa ktorého je neoprávnené rozmnožovanie, preklad, úprava alebo zmena „formy kódu“, v ktorej bola rozmnoženina počítačového programu dodaná, ohrozuje výlučné práva autora.

- 20 Proces vzniku ustanovení práva Únie na ochranu počítačových programov autorským právom zrejme tiež svedčí v prospech chápania, ktoré sa riadi stvárnením výsledku programu. Tak Európska komisia pri príprave smernice 91/250/EHS, ktorú nahradila smernica 2009/24/ES, vychádzala z toho, že pod pojmom počítačový program treba chápať sled príkazov, ktorých účelom je vykonať určitú funkciu alebo úlohu [návrh smernice Komisie o právnej ochrane počítačových programov, KOM(88) 816 v konečnom znení, Ú. v. ES C 91/4, s. 5 a 9; pozri aj rozhodnutie Európskej komisie z 24. marca 2004 – COMP/C-3/37.792 – K(2004) 900 v konečnom znení, bod 21 – Microsoft]. Tomu zodpovedá § 1 ods. 1 vzorových pravidiel Svetovej organizácie duševného vlastníctva (WIPO) na ochranu počítačového softvéru (GRUR Int. 1978, 286). Podľa toho počítačový program predstavuje postupnosť inštrukcií, ktorou sa po zápise na strojovo čitateľný nosič dosiahne, že stroj, ktorý je schopný spracovať informácie, zobrazí, vykoná alebo dosiahne určitú funkciu, úlohu alebo určitý výsledok.
- 21 Keď budeme vychádzať z týchto zásad, v spornom prípade nedošlo k zásahu do ochrany podľa článku 1 smernice 2009/24/ES. Tak odvolací súd, pričom ani účastníci konania proti tomu nemali námietky, konštatoval, že softvér, ktorý žalobkyňa používa v PSP, spĺňa podmienky počítačového programu, softvér žalovaných však nespôsobuje ani zmenu programových dát strojového a zdrojového kódu, ani nemení vnútornú štruktúru a organizáciu herného softvéru alebo softvéru prevádzkového systému hier, ktoré distribuuje žalobkyňa.
- 22 Naopak, navrhovateľka opravného prostriedku „Revision“ zastáva názor, že tak znenie, ako aj história vzniku smernice 2009/24/ES svedčia v prospech toho, aby sa aj na obsahy spomínaných premenných načítané do operačnej pamäte vzťahovala ochrana počítačového programu v zmysle článku 1 smernice 2009/24/ES. Uvádza, že z definície počítačového programu, ktorá je stanovená v § 1 ods. 1 vzorových pravidiel WIPO, ako postupnosti inštrukcií,

ktorou sa po zápise do strojovo čitateľného nosiča dosiahne, že stroj, ktorý je schopný spracovať informácie, zobrazí, vykoná alebo dosiahne určitú funkciu, úlohu alebo určitý výsledok, vyplýva, že rozhodujúca je konečná podoba riadiacich programových štruktúr. Preto pojem „počítačový program“ zahŕňa aj všetky časti priebehu pokynov, výsledkom ktorých je dosiahnutie plánovaných výsledkov alebo umožnenie určitých funkcií. Úloha počítačových hier, ktoré sú predmetom sporu, spočíva v tom, aby sa pomocou dynamického priebehu hry dosiahol zábavný výsledok hry, ktorý zároveň predstavuje výzvu. Dynamický priebeh hry je výsledkom vzájomného pôsobenia programových príkazov a variabilných dát, ktoré ovplyvňujú programové príkazy. Priebeh hier závisí od variabilných dát, ktoré sú uložené v operačnej pamäti a v závislosti od priebehu hry sa pomocou softvéru hier neustále menia. To znamená, že priebeh programu závisí od toho, či sa počas hry generujú určité parametre, ktoré v súlade s programom možno neskôr znovu využiť. Na to, aby sa dosiahol výsledok, ktorý konkrétne stanovil autor (napríklad vyčerpanie možnosti použiť „Booster“), ako produkt dynamického priebehu programu, je nutné využiť premenné, ktoré sú podľa vôle autora uložené v operačnej pamäti práve pre tento proces. Hodnoty uložené v operačnej pamäti preto nepredstavujú iba náhodné, technicky nevyhnutné produkty priebehu hry. Cieľ, ktorý bol definovaný v rámci programu, určitý výsledok hry, si vyžaduje, aby sa z operačnej pamäte dali získať určité variabilné dáta. Keby sa tam v rozpore s pravidlami hry dostali počas ďalšieho priebehu programu iné dáta, zmenilo by to výsledok hry. Cieľ, ktorý program sleduje, sa nedosiahne.

- 23 Podľa názoru vnútroštátneho súdu je sporné, či vôľa vývojára programu, ktorá je ovplyvnená sledovaným cieľom vytvoriť zábavný priebeh hry, zmeniť variabilné dáta, ktoré vznikli v súlade s pravidlami hry v priebehu programu, na základe programových príkazov, môže byť zohľadnená pri určení ochrany počítačového programu. Podľa článku 1 ods. 2 smernice 2009/24/ES sa ochrana podľa tejto smernice vzťahuje na vyjadrenia počítačového programu v akejkoľvek forme (prvá veta). Myšlienky a princípy, na ktorých je založený ktorýkoľvek prvok počítačového programu, vrátane tých, ktoré sú podkladom ich rozhrania, nie sú podľa tejto smernice chránené autorským právom (druhá veta; pozri aj odôvodnenie 11 smernice 2009/24/ES). Pokiaľ ide o medzinárodné právo, tak článok 2 Zmluvy WIPO o autorskom práve, ako aj článok 9 ods. 2 TRIPS stanovujú, že ochrana autorských práv sa vzťahuje na vyjadrenie, a nie na myšlienky, postupy, spôsoby prevádzkovania alebo matematické koncepcie ako také. Ani funkcionality počítačového programu, ani programovací jazyk a formát dátových súborov používaných v rámci počítačového programu na využívanie niektorých jeho funkcií nepredstavujú formu vyjadrenia tohto programu v zmysle článku 1 ods. 2 smernice 91/250/EHS. Ak by bola prípustná ochrana funkcionality počítačového programu autorským právom, umožnila by sa monopolizácia myšlienok na úkor technického pokroku a priemyselného rozvoja (rozsudok Súdneho dvora z 2. mája 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, body 35 až 40). Podľa toho sa ochrana počítačového programu zrejme nebude vzťahovať na výsledok využitia počítačového programu pri chode programu.

- 24 Navrhovateľka opravného prostriedku „Revision“ uvádza, že podľa článku 1 ods. 1 prvej vety smernice 2009/24/ES členské štáty chránia počítačové programy podľa autorského práva ako literárne diela v zmysle Bernského dohovoru. Ochrana podľa autorského práva si zasluhuje nielen konkrétne textové znenie, a teda priamo sformulovaná myšlienka, ale aj zložky ovplyvnené vlastnou osobou a prvky diela, ktoré tvoria formu, ktoré môžu spočívať napr. v priebehu deja alebo v stvárnení scén. Pre počítačové programy z toho vyplýva, že okrem strojovo čitateľného kódu je chránená aj zložka programu, ktorá je ovplyvnená vlastnou osobou, teda aj variabilné dáta, ktoré sú odložené v operačnej pamäti.
- 25 Tento názor nemožno prijať. Priebeh deja a stvárnenie scén možno vyjadriť v programových dátach strojového a zdrojového kódu. Zrejme to platí aj pre premenné, ktoré vývojár stanovil ako kategóriu, ktorá spoluurčuje priebeh deja. Podľa konštatovaní odvolacieho súdu však softvér žalovaných nezasahuje do týchto prvkov programu, ktoré vývojár vytvoril na určenie deja, ale mení iba obsah premenných, ktoré používateľ generuje pri hraní. Tieto obsahy však nepredstavujú výraz osobného stvárnenia autora, skôr sa týkajú konkrétneho priebehu programu, ktorý závisí od správania používateľa. Softvér žalovaných nemení priebeh deja ani stvárnenie scén, ale iba poradie či frekvenciu zobrazenia sekvencií deja či častí scén. Ochrana priebehu deja a stvárnenia scén autorským právom, ktorá sa uplatňuje v opravnom prostriedku „Revision“, je teda naproti tomu zameraná na ochranu, ktorá nie je stanovená v smernici 2009/24/ES, ochranu myšlienky programu, jeho chodu a funkcionality.
- 26 O druhej prejudiciálnej otázke: Ďalej je nutné vysvetliť, či o zmenu v zmysle článku 4 ods. 1 písm. b) smernice 2009/24/ES ide vtedy, keď sa nemení strojový alebo zdrojový kód počítačového programu alebo jeho rozmnoženiny, ale iný program, ktorý je spustený súčasne s chráneným počítačovým programom, mení obsah premenných, ktoré chránený počítačový program vytvoril v operačnej pamäti a využíva pri prevádzke programu.
- 27 Odvolací súd sa – vychádzajúc zo svojho názoru, že v spornom prípade softvér žalovaných nepatrí do predmetu ochrany počítačového programu podľa § 69a UrhG, pretože chýba zmena strojového alebo zdrojového kódu či vnútornej štruktúry počítačového programu žalobkyne –, domnieval, že nejde o zmenu v zmysle § 69c bodu 2 UrhG. Funkčný prístup, podľa ktorého nezávisle od vplyvu na programový kód či nezávisle od pozmenenej rozmnoženiny programového kódu možno zo zmeny vychádzať aj vtedy, keď sa do chodu programu zasiahne iným spôsobom, nie je zlučiteľný s predmetom ochrany podľa § 69a UrhG. Chod v súlade s programom nie je súčasťou predmetu ochrany počítačového programu, a preto nie je pred externými vplyvmi chránený výlučnými právami podľa § 69c UrhG. Súčasťou ochrany počítačového programu nie je ani jeho funkčnosť, ani používanie diela ako takého – na rozdiel od technických práv na používanie – ako forma používania v zmysle autorského práva. Autor počítačového programu preto nemá žiadny nárok, ktorý možno odvodiť z § 69a a § 69c UrhG, že jeho program sa používa iba spôsobom, ktorý stanovil, kým hra, aj v prípade zásahu tretích

osôb, prebieha v súlade s programom a jednotlivé herné situácie stanovuje sama hra.

- 28 Na rozdiel od toho navrhovateľka opravného prostriedku „Revision“ vychádza z toho, že zmena si nevyžaduje žiadny zásah do podstaty programu. V tejto súvislosti je rozhodujúce to, či chod programu stanovuje v určitej hernej situácii uloženie a následné využitie celkom presne určených obsahov premenných a iné obsahy premenných by sa mali uložiť iba za iných podmienok. Už využitie falošných obsahov premenných predstavuje zásah.
- 29 Je sporné, či je pre domnienku, že ide o zmenu v zmysle článku 4 ods. 1 písm. b) smernice 2009/24/ES a § 69c bodu 2 UrhG nutné, aby sa zmenila podstata počítačového programu vo forme strojového alebo zdrojového kódu. Podľa jedného názoru je z hľadiska domnienky, že ide o zmenu, dostatočné, keď sa bez zásahu do podstaty programu zasiahne do chodu počítačového programu (OLG Hamburg, GRUR-RR 2013, 13 [juris bod 62]). Podľa iného názoru si zmena vždy vyžaduje zásah do strojového alebo zdrojového kódu a v tomto zmysle do podstaty počítačového programu (LG München I, MMR 2015, 660 [juris bod 288 a nasl.]; LG Hamburg, CR 2016, 782 [juris bod 28]; LG Hamburg, uznesenie z 22. júla 2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 [juris bod 11]; LG Hamburg, GRUR-RR 2022, 253 [juris bod 52]). Vnútroštátny súd sa prikláňa k druhému názoru. Už znenie „zmeny“ svedčí – rovnako ako pojem „alteration“ použitý v anglickej verzii smernice – v prospech toho, že je nutný vplyv na strojový alebo zdrojový kód a iba ovplyvnenie variabilných funkčných výsledkov, ktoré sa generujú v priebehu programu, nestačí. Niečo iné by však mohlo platiť v prípade, keď by Súdny dvor s ohľadom na prvú prejudiciálnu otázku považoval také funkčné výsledky za súčasť ochrany počítačového programu autorským právom. V takom prípade v dôsledku ovplyvnenia obsahu premenných, o ktoré ide v spornom prípade, išlo aj o pozmeňujúci zásah do počítačového programu.