



Datum van inontvangstneming : 01/05/2023

Zaak C-159/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

15 maart 2023

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

23 februari 2023

Verzoekster en verzoekster tot *Revision*:

Sony Computer Entertainment Europe Ltd.

Verweerders en verweerders in *Revision*:

Datel Design and Development Ltd.

Datel Direct Ltd.

JS

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Intellectuele eigendom – Richtlijn 2009/24/EG – Rechtsbescherming van computerprogramma's – Omvang – Uitbreidingen van de basisuitrusting van spelconsoles – Begrip „verandering” – Software die de inhoud van variabelen wijzigt die tijdens het verloop van een beschermd computerprogramma worden gebruikt

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Is er sprake van een inbreuk op de omvang van de bescherming van een computerprogramma volgens artikel 1, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2009/24/EG wanneer niet de doel- of broncode van een computerprogramma of de reproductie ervan wordt gewijzigd, maar een gelijktijdig met het beschermde computerprogramma gebruikt ander programma de inhoud van variabelen wijzigt die het beschermde computerprogramma in het werkgeheugen heeft geplaatst en tijdens het verloop van het programma gebruikt?

2. Is er sprake van een verandering in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van richtlijn 2009/24/EG wanneer niet de doel- of broncode van een computerprogramma of de reproductie ervan wordt gewijzigd, maar een gelijktijdig met het beschermde computerprogramma gebruikt ander programma de inhoud van variabelen wijzigt die het beschermde computerprogramma in het werkgeheugen heeft geplaatst en tijdens het verloop van het programma gebruikt?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, met name artikel 1, leden 1 tot en met 3, en artikel 4, onder b) (hierna: „richtlijn 2009/24”)

Aangevoerde nationale bepalingen

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten; hierna: „UrhG”), met name § 69a en § 69c

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoekster verkoopt als exclusieve licentiehoudster voor Europa PlayStation-spelconsoles, in het bijzonder de tot 2014 verkochte PlayStation Portable (PSP) alsook spellen voor deze consoles (hierna: „spellen, software of computerprogramma van verzoekster”), waaronder het spel „MotorStorm: Arctic Edge”. Datel Design and Development Ltd. (hierna: „verweerster ad 1”) en Datel Direct Ltd. (hierna: „verweerster ad 2”) maken deel uit van de Datel Holdings Group, die software ontwikkelt, produceert en verkoopt, met name aanvullende producten voor de spelconsoles van verzoekster, waaronder de software „Action Replay PSP” en onder de naam „Tilt FX” een extra invoerapparaat voor de spelconsole PSP met software. Met het „Tilt FX”-apparaat kan de spelconsole door bewegingen in de ruimte worden bestuurd. Verweerster ad 1 heeft de software „Action Replay PSP” en „Tilt FX” ontwikkeld. Verweerster ad 2 heeft deze software verkocht. JS (hierna: „verweerder ad 3”) is de „director” van verweerster ad 2.

- 2 De softwareproducten van verweerders werken uitsluitend met de originele spellen van verzoekster. Daartoe wordt de PSP aangesloten op een PC en wordt een geheugenstick in de PSP geplaatst waarop de software van verweerders staat. Na het opnieuw opstarten van de PSP kan de gebruiker op de spelconsole een extra menu-item „Action Replay” oproepen, waarmee de verschillende spellen van verzoekster kunnen worden gewijzigd. Bij het spel „MotorStorm: Arctic Edge” betreft dit bijvoorbeeld de opties „Infinite Turbo” en „All Drivers Available”, waarmee de beperkingen voor het gebruik van de „turbo” („booster”) worden opgeheven of het deel van de bestuurders beschikbaar is dat anders pas bij het behalen van bepaalde scores zou worden vrijgegeven.
- 3 Met de software „Tilt FX” ontvangt de koper een sensor die wordt aangesloten op de headset-aansluiting van de PSP en waarmee de PSP kan worden bestuurd door de spelconsole in de ruimte te bewegen. Om de bewegingssensor te kunnen gebruiken, moet opnieuw een geheugenstick in de PSP worden geplaatst, waardoor een extra menu-item „Tilt FX” met een keuzelijst voor de spellen verschijnt. Ook in dit geval kan met de genoemde software tijdens het spel door middel van een toetsencombinatie een extra menu worden opgeroepen, dat in het oorspronkelijke spel niet beschikbaar is. Indien de optie „FX” wordt gekozen, worden bepaalde beperkingen opgeheven. Bij het spel „MotorStorm: Arctic Edge” kan bijvoorbeeld de „turbo” onbeperkt worden gebruikt.
- 4 Verzoekster stelt dat de gebruikers met de bestreden softwareproducten van verweerders de aan haar spellen ten grondslag liggende software hebben veranderd en hierdoor op ontoelaatbare wijze inbreuk hebben gemaakt op haar auteursrecht. Hiervoor zijn verweerders aansprakelijk. Subsidiar oefent verzoekster haar rechten uit hoofde van het mededingingsrecht uit en beroept zich meer subsidiar op het recht inzake onrechtmatige daad op grond van de inbreuk op activiteiten van haar opgerichte en geëxploiteerde onderneming.
- 5 In eerste aanleg heeft verzoekster ten slotte verzocht om
 - I. verweerders op straffe van een geldboete te veroordelen om na te laten om in de Bondsrepubliek Duitsland
 - a. de software Action Replay PSP, die op de hardware-modellen PSP 1000, PSP 2000, PSP 3000 en PSP Go kan worden gebruikt, aan te bieden, te verkopen, te distribueren en/of aan te laten bieden, te laten verkopen of te laten distribueren waarmee de gebruiker in de spellen op de spelconsole PSP kan ingrijpen, waardoor het mogelijk wordt of wordt vergemakkelijkt dat de spellen door het wijzigen van de spelsoftware kunnen worden veranderd;
 - b. de software „Tilt FX” voor een bewegingssensor, die op de hardware-modellen PSP 1000, PSP 2000 en PSP 3000 kan worden gebruikt, aan te bieden, te verkopen, te distribueren en/of aan te laten bieden, te laten verkopen of te laten distribueren waarmee de gebruiker in de spellen

op de spelconsole PSP kan ingrijpen, waardoor het mogelijk wordt of wordt vergemakkelijkt dat de spellen door het wijzigen van de spelsoftware kunnen worden veranderd; en

- c. de onder a) en b) omschreven software en/of licenties en/of updates voor deze software ter download aan te bieden;
- II. verweerders te veroordelen om verzoekster met vermelding van de namen en adresgegevens van de producenten, de leveranciers en andere eerdere bezitters, de handelaren en opdrachtgevers, alsook de hoeveelheid en de prijzen van de vervaardigde, geleverde, ontvangen en bestelde goederen en met overeenkomstige bewijzen (offertes, facturen, pakbonnen en douanedocumenten) in een chronologisch overzicht informatie over de oorsprong en de distributieketen van de naar Duitsland verkochte onder I. genoemde producten te verstrekken, en wel vanaf januari 2008;
 - III. vast te stellen dat verweerders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de vergoeding van alle schade die verzoekster heeft geleden en nog lijdt, doordat verweerders de onder I. beschreven handelingen begaan en reeds hebben begaan.
- 6 Subsidiair heeft verzoekster ten aanzien van verweerster ad 1 verzocht om haar te verbieden om de in de primaire vordering onder I. genoemde handelingen te ondersteunen. Meer subsidiair, moeten verweerders worden veroordeeld om na te laten om het mogelijk te maken of te vergemakkelijken dat de maatregelen voor de kopieerbeveiliging van de spelconsole worden omzeild.
 - 7 In eerste aanleg [beslissing van het Landgericht Hamburg (rechter in eerste aanleg Hamburg, Duitsland) van 24 januari 2012 – 310 0 199/10, juris] zijn verweerders ad 2 en 3 overeenkomstig de hoofdvorderingen veroordeeld, is verweerster ad 1 overeenkomstig de eerste subsidiaire vordering slechts veroordeeld om de handelingen na te laten en is het beroep voor het overige verworpen.
 - 8 De partijen hebben tegen de beslissing hoger beroep ingesteld. In hoger beroep heeft verzoekster haar onder I. en III. genoemde vorderingen jegens verweerders ad 2 en 3 gehandhaafd en voorts verzocht om:
 - I. verweerster ad 1 op straffe van een geldboete te veroordelen om na te laten om in de Bondsrepubliek Duitsland

de software „Action Replay PSP”, die op de hardware-modellen PSP 1000, 2000, 3000 en PSP Go kan worden gebruikt, en de software „Tilt FX” voor een bewegingssensor aan te bieden, te verkopen of te distribueren waarmee de gebruiker in de spellen op de spelconsole PSP kan ingrijpen, waardoor het mogelijk wordt of wordt vergemakkelijkt dat de spellen door het wijzigen van de spelsoftware kunnen worden veranderd, of updates voor deze software ter download aan te bieden;

- II. verweerders ad 1, 2 en 3 te veroordelen om verzoekster informatie te verstrekken over de omvang van de door hen begane onder I. bedoelde handelingen, door een overzicht ter beschikking te stellen waarin de volgende gegevens zijn vermeld:
- a) de namen en adresgegevens van de producenten, leveranciers en andere eerdere bezitters;
 - b) de hoeveelheden, typeaanduidingen, artikelnummers, leveringstermijnen en leveringsprijzen;
 - c) de kostprijs met inbegrip van alle kostenfactoren en de behaalde winst,
 - d) de individuele offertes, met vermelding van de hoeveelheden, de typeaanduidingen, de artikelnummers en de duur en de prijzen van de offerte;
 - e) de aard en omvang van de gemaakte reclame, uitgesplitst naar reclamemateriaal, aantal exemplaren, tijdstip van publicatie en verspreidingsgebied, en
 - f) de namen en adresgegevens van de handelaren en bedrijven die offertes hebben ontvangen;
- III. vast te stellen dat verweerster ad 1 met verweerders ad 2 en 3 hoofdelijk aansprakelijk is voor de vergoeding van alle schade die verzoekster heeft geleden en nog lijdt, doordat verweerster ad 1 de onder I. beschreven handelingen begaat en reeds heeft begaan.
- 9 De rechter in hoger beroep [Oberlandesgericht Hamburg (rechter in tweede aanleg, Hamburg, Duitsland), GRUR 2022, 483] heeft het hoger beroep van verzoekster verworpen en naar aanleiding van het hoger beroep van verweerders het vonnis in eerste aanleg vernietigd en het beroep in zijn geheel verworpen.
- 10 De rechter in hoger beroep was van oordeel dat de vordering wegens inbreuk op het auteursrecht ontvankelijk, maar ongegrond is. Verzoekster kan geen vorderingen tot staking krachtens § 97, lid 1, eerste volzin, en § 69c, punt 2, UrhG instellen. Het gebruik van de software van verweerders leidt niet tot een verandering van de aan de originele spellen van verzoekster ten grondslag liggende computerprogramma's. De spellen van verzoekster voldoen weliswaar aan de voorwaarden van een computerprogramma volgens § 69a UrhG, maar het voorwerp van de auteursrechtelijke bescherming van een computerprogramma volgens § 69a en § 69c UrhG zijn de programmeergegevens van de doel- en broncode en de interne structuur en organisatie van het computerprogramma en niet het verloop ervan in overeenstemming met het programma. De software van verweerders wijzigt noch de programma's zelf noch de in het werkgeheugen van de PSP geüploade kopieën van de programma's. Hun parallelle bevelen hebben enkel de door het computerspel in het werkgeheugen opgeslagen variabele

gegevens gewijzigd en dus tot een wijziging van het spelresultaat geleid. De functionele benadering van verzoekster, dat ongeacht de invloed op de programmacode of de gewijzigde reproductie ervan, zelfs van een verandering moet worden uitgegaan, wanneer op een andere wijze in het verloop van het programma wordt ingegrepen, is niet verenigbaar met het voorwerp van de bescherming van een computerprogramma volgens § 69a UrhG. Het exclusieve recht tot verandering volgens § 69c, punt 2, UrhG omvat niet het verloop van een computerprogramma zoals door dat programma bedoeld. De auteur van een computerprogramma kan uit § 69a en § 69c UrhG niet het recht afleiden dat zijn programma alleen zo wordt gebruikt zoals hij dit oorspronkelijk in de chronologische volgorde heeft bedoeld, zolang het spel – zoals in casu – ook onder invloed van derden zoals door het programma bedoeld verloopt en de individuele spelsituaties door de spelsoftware zelf zijn bepaald.

- 11 Met haar door de rechter in hoger beroep toegestane beroep in *Revision*, waarvan verweerders de afwijzing vorderen, handhaaft verzoekster haar vorderingen in hoger beroep.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 12 Het slagen van het beroep in *Revision* hangt, wat de hoofdvorderingen van verzoekster betreft, af van de vraag of het gebruik van de software van verweester inbreuk maakt op het exclusieve recht van verzoekster tot verandering van een computerprogramma volgens § 69c, punt 2, UrhG. Bij de toepassing van die bepaling rijzen vragen over de uitlegging van artikel 1, leden 1 tot en met 3, en artikel 4, lid 1, onder b), van richtlijn 2009/24.
- 13 Volgens verzoekster is er sprake van een inbreuk op haar exclusieve recht tot verandering van de computerprogramma krachtens § 69c, punt 2, UrhG.
- 14 Eerste vraag: De rechter in hoger beroep vraagt zich af of artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 2009/24 aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van een inbreuk op de omvang van de bescherming van een computerprogramma krachtens artikel 1, leden 1 tot en met 3, van die richtlijn wanneer niet de doel- of broncode van een computerprogramma of de reproductie ervan wordt gewijzigd, maar een gelijktijdig met het beschermde computerprogramma gebruikt ander programma de inhoud van variabelen wijzigt die het beschermde computerprogramma in het werkgeheugen heeft geplaatst en tijdens het verloop van het programma gebruikt.
- 15 Volgens de vaststellingen van de rechter in hoger beroep, die in het beroep in *Revision* niet zijn betwist, werken de softwareproducten van verweerders zo dat zij niet het laden van het programma in het werkgeheugen, maar het verloop van de programma's door het wijzigen van de – in beginsel tot het spel behorende – variabelen beïnvloeden. Niet de bevelen in het werkgeheugen zelf worden gewijzigd, maar alleen de (variabele) gegevens die de spelsoftware tijdens het spelen in het werkgeheugen opslaat. Ook de programmabevelen van de

spelsoftware van verzoekster blijven actief en hun interne structuur wordt niet gewijzigd. Enkel de uit het lopende spel gegenereerde gegevens in het werkgeheugen worden gewijzigd. Hierdoor worden de bevelen van het spel op basis van andere waarden uitgevoerd dan de waarden die op dat moment zouden zijn ontstaan bij een normale uitvoering van het spel. Ook wanneer de software van verweerders wordt gebruikt, verlopen de spellen altijd zoals geprogrammeerd. Bepaalde in het spel gegenereerde gegevens (bijvoorbeeld het verbruik van de „turbo”) worden echter door de softwareproducten van verweerders in het werkgeheugen vervangen door waarden die het spel zelf ook kent en kan interpreteren. Op die manier wordt voor het programma een toestand gesimuleerd die zich bij de normale uitvoering van het spel weliswaar kan voordoen en aan het programma inherent is, maar die zich bij de specifieke spelstand niet zou voordoen. Bijvoorbeeld voegt de software van verweerders geen bevel aan het spel toe dat een „botsing met de band” veroorzaakt. Het beïnvloedt alleen het tijdstip en de frequentie waarmee het spel dit ook oorspronkelijk in het programma bestaande bevel uitvoert.

- 16 In casu is daarom beslissend of de inhoud van de variabelen die door het computerprogramma in het werkgeheugen van de spelconsole worden geplaatst en gebruikt, nog binnen de omvang van de bescherming van het recht op het computerprogramma valt. Hierbij dient ermee rekening te worden gehouden dat de categorie van de variabelen wel degelijk door de spelsoftware van verzoekster is voorzien en alleen de inhoud van de variabelen door het ingrijpen van de software van verweerders tijdens het spel wordt gewijzigd, waardoor bijvoorbeeld het tijdstip of de frequentie van de van de waarde van de variabelen afhankelijke uitvoering van een bevel verandert. Of een dergelijke beïnvloeding van de tijdens het spel gegenereerde variabele gegevens in het werkgeheugen alleen al een inbreuk op het auteursrecht op een computerprogramma oplevert, valt te betwijfelen.
- 17 Volgens artikel 1, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2009/24 (zie ook § 69a, lid 4, UrhG) worden computerprogramma's door de lidstaten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (hierna: „Berner Conventie”). Volgens artikel 1, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 2009/24 en § 69a, lid 1, UrhG omvat het begrip „computerprogramma” ook het voorbereidend materiaal. De bescherming wordt volgens artikel 1, lid 2, eerste volzin, van richtlijn 2009/24 en § 69a, lid 2, eerste volzin, UrhG verleend aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma. Artikel 1, lid 2, tweede volzin, van richtlijn 2009/24 en § 69a, lid 2, tweede volzin, UrhG bepalen dat de ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces ten grondslag liggen, niet auteursrechtelijk worden beschermd. Volgens artikel 1, lid 3, eerste volzin, van richtlijn 2009/24 en § 69a, lid 3, eerste volzin, UrhG wordt een computerprogramma beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is. Om te bepalen of het programma voor bescherming in aanmerking komt, mogen volgens artikel 1, lid 3, tweede

volzin, van richtlijn 2009/24 en § 69a, lid 3, tweede volzin, UrhG geen andere criteria worden toegepast.

- 18 Zowel de bewoordingen van de bepalingen van richtlijn 2009/24 als de context van de bepaling en de ontstaansgeschiedenis pleiten waarschijnlijk voor een uitlegging van het begrip „computerprogramma” die gebaseerd is op de bron- en doelcode als uitdrukkingwijze van het door de ontwikkelaar van het programma (auteur) zelf gecreëerde werk, en dus niet op een loutere beïnvloeding van de tijdens een spel gegenereerde variabele gegevens in het werkgeheugen van de computer.
- 19 Volgens de bewoordingen in artikel 1, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2009/24 worden computerprogramma’s auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie. Een computerprogramma is aanvankelijk opgesteld in de vorm van een „broncode” in een voor mensen begrijpelijke programmeertaal, en wordt vervolgens door middel van de compilatie omgezet in een vorm die door een computer kan worden uitgevoerd, namelijk een „doelcode”, door middel van een speciaal programma, de „compiler” (zie in die zin arrest van 6 oktober 2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, punt 35). Artikel 10, lid 1, van de TRIPs bepaalt dat computerprogramma’s, ongeacht hun uitdrukkingvorm in bron- of doelcode, krachtens de Berner Conventie worden beschermd als werken van letterkunde. De bron- en de doelcode van een computerprogramma zijn dus uitdrukkingwijzen van dat programma en vallen bijgevolg onder de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s. Het in richtlijn 2009/24 voorziene voorwerp van bescherming omvat de uitdrukkingwijze in welk vorm dan ook, voor zover deze de mogelijkheid biedt om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen, zoals de bron- en de doelcode (arresten van 22 december 2010, Bezpečnostní softwarová asociace, C- 393/09, EU:C:2010:816, punten 33 tot en met 35, en 6 oktober 2021, Top System, C-13/20, EU:C:2021:811, punt 36). Dit wordt ook ondersteund door overweging 15 van richtlijn 2009/24, volgens welke de ongeoorloofde reproductie, vertaling, bewerking en omzetting van de codevorm waarin een kopie van een computerprogramma ter beschikking wordt gesteld, een inbreuk op de rechten van de auteur vormt.
- 20 Ook de ontstaansgeschiedenis van de Unierechtelijke bepalingen inzake de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s lijkt te pleiten voor een uitlegging die gericht is op de belichaming van het resultaat van de programmering. Zo is de Commissie er bij de voorbereidingen voor richtlijn 91/250/EEG, die door richtlijn 2009/24 is vervangen, van uitgegaan dat onder een computerprogramma een reeks bevelen moet worden verstaan die tot doel hebben een bepaalde functie of taak uit te voeren (voorstel van de Commissie voor een richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, COM (88) 816 final, PB EG C 91/4, blz. 5 en 9; zie ook de beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 – COMP/C-3/37.792 – C(2004)900 final punt 21 – Microsoft). Dit komt overeen met afdeling 1, onder i), van het modelreglement van de

Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (hierna: „WIPO”) inzake de bescherming van computersoftware (GRUR Int. 1978, 286). Volgens die definitie is een computerprogramma een reeks bevelen die, nadat deze naar een machinaal leesbaar medium zijn overgezet, een machine met informatieverwerkende capaciteiten in staat stelt om een bepaalde functie of taak of een bepaald resultaat weer te geven, uit te voeren of te bereiken.

- 21 Indien van deze beginselen wordt uitgegaan, is er in casu geen sprake van een inbreuk op de omvang van de bescherming van artikel 1 van richtlijn 2009/24. Zo heeft de rechter in hoger beroep, zonder dat dit door partijen is betwist, vastgesteld dat de door verzoekster in de PSP gebruikte software voldoet aan de voorwaarden van een computerprogramma, maar dat de software van verweerders noch de programmeergegevens van de doel- en broncode, noch de interne structuur en organisatie van de spelsoftware of de software voor het besturingssysteem van de door verzoekster verkochte spelen wijzigt.
- 22 Verzoekster tot *Revision* is daarentegen van mening dat zowel uit de bewoordingen als de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 2009/24 blijkt dat de in het werkgeheugen opgeslagen inhoud van de aan de orde zijnde variabelen binnen de omvang van de bescherming van het computerprogramma in de zin van artikel 1 van richtlijn 2009/24 valt. Zij stelt dat uit de definitie van een computerprogramma in afdeling 1, onder i), van het modelreglement van de WIPO als een reeks bevelen die, nadat deze naar een machinaal leesbaar medium zijn overgezet, een machine met informatieverwerkende capaciteiten in staat stelt om een bepaalde functie of taak of een bepaald resultaat weer te geven, uit te voeren of te bereiken, volgt dat de finaliteit van de sturende programmastructuren beslissend is. Derhalve omvat het begrip „computerprogramma” ook alle delen van de reeks bevelen die ertoe bijdragen dat de beoogde resultaten worden bereikt, of bepaalde functies mogelijk worden gemaakt. Het doel van de in het geding zijnde computerspellen is om de speler een onderhoudende en uitdagende spelervaring door middel van een dynamisch spelverloop te bieden. Het dynamische spelverloop is het resultaat van de wisselwerking tussen de programmabevelen en de variabele gegevens die de programmabevelen beïnvloeden. Het verloop van de spellen hangt af van de in het werkgeheugen opgeslagen variabele gegevens die afhankelijk van het spelverloop voortdurend door de spelsoftware worden gewijzigd. Bijgevolg hangt het verloop van het programma ervan af dat tijdens het spel bepaalde parameters worden gegenereerd, die later in overeenstemming met het programma weer worden gebruikt. Om een specifiek door de auteur vastgelegd resultaat (bijvoorbeeld wanneer de mogelijkheid voor het gebruik van een „booster” is uitgeput) als product van dit dynamische programmaverloop te bereiken, moeten de variabelen weer worden gebruikt die, zoals de auteur heeft bedoeld, juist voor dit proces in het werkgeheugen zijn opgeslagen. Derhalve zijn de in het werkgeheugen opgeslagen waarden niet alleen toevallige, technisch onvermijdelijke producten van het spelverloop. Het aan het programma gegeven doel – een bepaalde spelervaring – vereist dat bepaalde variabele gegevens uit het werkgeheugen toegankelijk zijn. Indien in strijd met de spelregels andere gegevens in het verdere verloop van het

programma zouden worden ingevoerd, zou dit tot een andere spelervaring leiden. Het doel van het programma wordt niet bereikt.

- 23 Volgens de verwijzende rechter is het twijfelachtig of bij de bepaling van de omvang van de bescherming van het computerprogramma rekening kan worden gehouden met de bedoeling van de programma-ontwikkelaar, die wordt bepaald door de wens om een onderhoudend spelverloop te creëren, om alleen de variabele gegevens die tijdens het verloop van het programma worden gegenereerd wanneer het in overeenstemming met de spelregels wordt gespeeld, als basis voor de programmabevelen te gebruiken. Volgens artikel 1, lid 2, van richtlijn 2009/24 wordt de bescherming overeenkomstig deze richtlijn verleend aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma (eerste volzin). De ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, worden niet krachtens deze richtlijn auteursrechtelijk beschermd (tweede volzin; zie ook overweging 11 van die richtlijn). Wat het internationale recht betreft, bepalen zowel artikel 2 van het WIPO-Verdrag inzake het auteursrecht als artikel 9, lid 2, van de TRIPs dat de bescherming van het auteursrecht betrekking heeft op uitdrukkingvormen, en niet op denkbepelden, procedures, werkwijzen of wiskundige concepten als zodanig. Noch de functionaliteit van een computerprogramma, noch de programmeertaal of het bestandsformaat waarvan in het kader van een computerprogramma voor bepaalde functies van het programma gebruik wordt gemaakt, vormt een uitdrukkingwijze van dat programma in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250/EEG. Anders zou de mogelijkheid worden geboden om ideeën te monopoliseren ten koste van de technische vooruitgang en de industriële ontwikkeling indien wordt erkend dat de functionaliteit van een computerprogramma auteursrechtelijk kan worden beschermd (arrest van 2 mei 2012, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, punten 35 tot en met 40). Hieruit volgt dat het resultaat van het gebruik van een computerprogramma gedurende het verloop van het programma waarschijnlijk niet onder de bescherming van het computerprogramma valt.
- 24 Verzoekster tot *Revision* voert aan dat volgens artikel 1, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2009/24 computerprogramma's door de lidstaten auteursrechtelijk worden beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie. Niet alleen de concrete tekst, en dus de rechtstreekse vorm van de gedachte, kan auteursrechtelijk worden beschermd, maar ook herkenbaar zelf gecreëerde onderdelen en vormgevende elementen van het werk, zoals de verhaallijn en de vormgeving van scènes. Voor computerprogramma's betekent dit dat naast de machinaal leesbare code ook het programmaconcept als herkenbaar zelf gecreëerd onderdeel van het programma kan worden beschermd, dus ook de in het werkgeheugen opgeslagen variabele gegevens.
- 25 Dit standpunt kan waarschijnlijk niet worden aanvaard. De verhaallijn en de vormgeving van de scènes kunnen in de programmeergegevens van de doel- en broncode tot uitdrukking komen. Dit geldt waarschijnlijk ook voor de door de

ontwikkelaar als categorie bepaalde variabelen die de verhaallijn eveneens beïnvloeden. Volgens de vaststellingen van de rechter in hoger beroep laat de software van verweerders echter deze door de ontwikkelaar gecreëerde elementen van het programma die de handeling bepalen, juist ongewijzigd, maar wijzigt deze alleen de bij het spelen door de gebruiker gegenereerde inhoud van de variabelen. Deze inhoud is op zich echter geen uitdrukking van een eigen schepping van de auteur, maar betreft het van het gedrag van de gebruiker afhankelijke concrete verloop van het programma. De software van verweerders wijzigt noch de verhaallijn noch de vormgeving van de scènes, maar alleen de volgorde of de frequentie van de weergave van de sequenties van handelingen of scènes. De door verzoekster tot *Revision* gestelde auteursrechtelijke bescherming van de verhaallijn en de vormgeving van de scènes strekt dus wederom tot een in richtlijn 2009/24 niet voorziene bescherming van het idee, het verloop en de functionaliteit van het programma.

- 26 Tweede vraag: Voorts moet worden verduidelijkt of er sprake is van een verandering in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van richtlijn 2009/24 wanneer niet de doel- of broncode van een computerprogramma of de reproductie ervan wordt gewijzigd, maar een gelijktijdig met het beschermde computerprogramma gebruikt ander programma de inhoud van variabelen wijzigt die het beschermde computerprogramma in het werkgeheugen heeft geplaatst en tijdens het verloop van het programma gebruikt.
- 27 De rechter in hoger beroep heeft – op grond van zijn beoordeling dat de software van verweerders in casu geen inbreuk maakt op het voorwerp van de bescherming van het computerprogramma krachtens § 69a UrhG, omdat noch de doel- of broncode noch de interne structuur van het computerprogramma van verzoekster wordt gewijzigd – aangenomen dat er geen sprake is van een verandering in de zin van § 69c, punt 2, UrhG. Een functionele benadering volgens welke, ongeacht de invloed op de programmacode of een gewijzigde reproductie van de programmacode, zelfs van een verandering zou moeten worden uitgegaan, wanneer op een andere wijze in het verloop van het programma wordt ingegrepen, is niet verenigbaar met het voorwerp van bescherming van § 69a UrhG. Het verloop volgens het programma valt namelijk niet onder de bescherming van een computerprogramma en is daarom niet door de exclusieve rechten volgens § 69c UrhG tegen invloeden van buitenaf beschermd. Noch de functionaliteit van een programma geniet de bescherming van het computerprogramma, noch wordt het enkele gebruik van een werk – in tegenstelling tot technische licenties – als auteursrechtelijke gebruiksvorm beschermd. De auteur van een computerprogramma kan uit § 69a en § 69c UrhG daarom niet het recht afleiden dat zijn programma slechts op de door hem bedoelde wijze wordt gebruikt, zolang het spel, ook onder invloed van derden, zoals door het programma bedoeld verloopt en de individuele spelsituaties door het spel zelf zijn bepaald.
- 28 Verzoekster tot *Revision* gaat er daarentegen van uit dat een verandering niet vereist dat de kern van het programma is aangetast. Doorslaggevend is in dit verband dat het verloop van het programma in een bepaalde spelsituatie erin

voorziet dat de zeer specifieke inhoud van de variabelen wordt opgeslagen en later kan worden gebruikt en de andere inhoud van de variabelen alleen onder andere voorwaarden mag worden opgeslagen. Alleen bij het gebruik van een onjuiste inhoud van de variabelen is er sprake van een inbreuk.

- 29 Partijen zijn het oneens of het noodzakelijk is dat de kern van het computerprogramma in de vorm van de bron- of objectcode wordt gewijzigd, om aan te kunnen nemen dat er sprake is van een verandering in de zin van artikel 4, lid 1, onder b), van richtlijn 2009/24 en § 69c, punt 2, UrhG. De ene partij stelt dat het voldoende is om van een verandering uit te kunnen gaan dat in het verloop van het computerprogramma wordt ingegrepen zonder dat de kern van het programma wordt aangetast [Oberlandesgericht Hamburg, GRUR-RR 2013, 13 (juris, punt 62)]. De andere partij stelt dat bij een verandering altijd sprake moet zijn van een invloed op de bron- of deelcode en in die zin van de inhoud van het computerprogramma [Landgericht München I, MMR 2015, 660 (juris punten 288 e.v.); Landgericht Hamburg, CR 2016, 782 (juris punt 28); Landgericht Hamburg, beslissing van 22 juli 2016 – 308 O 244/16, BeckRS 2016, 137325 (juris punt 11); Landgericht Hamburg, GRUR-RR 2022, 253 (juris punt 52)]. De verwijzende rechter is geneigd laatstgenoemde opvatting te volgen. Al het begrip „veranderingen”, evenals het in de Engelse versie gebruikte begrip „alteration”, suggereert dat een invloed op de bron- of deelcode noodzakelijk is en dat een loutere beïnvloeding van variabele functionele resultaten die tijdens het verloop van het programma worden gegenereerd, niet volstaat. Dit zou echter anders zijn indien het Hof, met het oog op de eerste prejudiciële vraag, vaststelt dat dergelijke functionele resultaten onder de auteursrechtelijke bescherming van het computerprogramma vallen. In dat geval zou de in het geding zijnde beïnvloeding van de inhoud van de variabelen ook een veranderende inbreuk op het computerprogramma inhouden.