

Spelutveckling på spelarnas villkor

- **En analys av upphovsrätten till spelmodifieringar och spelutvecklarnas praxis att förvärva rättigheterna till dem med slutanvändaravtal**

Mikko Carstens
Immateriaalioikeus – Advanced
Studies in Law and Information
Society
Syventävät opinnot
Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta

2.12.2021

Sammanfattning

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

CARSTENS, MIKKO: Spelutveckling på spelarnas villkor: En analys av upphovsrätten till spelmodifieringar och spelutvecklarnas praxis att förvärva rättigheterna till dem med slutanvändaravtal

OTM-tutkielma, 97 s.

Immateriaalioikeus

Advanced Studies in Law and Information Society

December 2021

Handledare: Ulla-Maija Mylly

Videospel fungerar i många fall som en plattform för kreativt skapande. Inom spelindustrin har detta lett till en decentraliserad innehållsproduktion som vuxit mycket i popularitet under de senaste åren. Spelare är inte längre enbart involverade i konsumtionen av videospel, utan har i allt högre grad kommit av bli involverade även i skapandet av nytt spelinnehåll till de spelprodukter de konsumerar. Detta sker inom ramen för vad som allmänt kallas för ”spelmodifiering.” Denna uppsats undersöker fenomenet spelmodifiering från en finsk upphovsrättslig och avtalsrättslig synvinkel.

Syftet med denna uppsats är först och främst att undersöka om, och i vilken omfattning, spelarskapade modifieringar utgör originella uttrycksformer som kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd på basen av upphovsrättslagen. I detta avseende granskas det även ifall modifieringar kan åtnjuta ett självständigt skydd i förhållande till originalspelet. Därtill undersöks även spelutvecklarnas praxis att förvärva rättigheterna till spelarskapade modifieringar med över- och upplåtelsevillkor i de slutanvändaravtal som är relaterade till deras spelprodukter. Dessa upphovsrättsliga överlåtelseförfaranden granskas särskilt utgående från den finska doktrinen om standardavtal och läran om oskäligen avtalsvillkor.

I upphovsrätten är spelmodifieringar föremål för samma skyddskrav som övriga upphovsrättsliga alster. Det här innebär att spelarskapade alster kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd ifall de utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Mot bakgrund av detta kan många typer av spelarskapade alster, såsom avatarer och spelnivåer, uppnå kravet på originalitet och komma i åtnjutande av upphovsrättsligt skydd. Huruvida dessa spelarskapade alster ska åtnjuta skydd som härledda verk eller som självständiga verk måste avgöras på basis av omständigheterna i fallet. Teoretiskt sett är båda alternativen möjliga. Samtidigt faller många innovativa och värdefulla beståndsdelar i modifieringar utanför det upphovsrättsliga skyddsomfånget. Exempel på sådana beståndsdelar är olika typer av spelmekanik och spelupplägg.

Eftersom spelmodifieringar kan bli föremål för upphovsrättsligt skydd, så innebär det här att de rättigheter som de är förknippade med måste tas itu med på något sätt när det kommer till förhållandet mellan spelaren och spelutvecklaren. Detta sker vanligtvis med slutanvändaravtal som spelutvecklarna tillämpar för sina spelprodukter. I detta avseende föreskriver finsk avtalsrätt vissa formella och materiella kriterier och begränsningar för hur en upphovsrättslig överlåtelse från spelare till spelutvecklare kan ske på ett giltigt sätt. I enlighet med den finska doktrinen om standardavtal, så kan ensidigt uppgjorda standardvillkor om över- och upplåtelse i ett slutanvändaravtal bli bindande för en spelare endast om spelaren haft kännedom om villkoret och därtill haft en möjlighet att bekanta sig med det före avtalslutet. Å andra sidan blir en upphovsrättslig överlåtelse mellan en spelare och spelutvecklare icke-verkställbar på materiella grunder endast ifall den betraktas som oskälig enligt jämningsbestämmelsen i 29 § URL. En överlåtelse av upphovsrätt kan betraktas som oskälig, ifall den leder till en uppenbar obalans i avtalsförhållandet. Detta kan vara fallet särskilt då slutanvändaravtalet gör anspråk på vittomfattande rättighetsöverlåtelser eller då spelmodifieringen visar sig ha ett exceptionellt högt värde.

Standardvillkor betraktas troligtvis som giltiga och verkställbara så länge som vissa minimikriterier uppfylls. Därtill har finska domstolar inte visat sig vara så jämningsvänliga när det kommer till oskälighet i upphovsrättsliga överlåtelser. Av denna anledning kan det konstateras att slutanvändaravtal för videospel som uppfyller kriterierna för införlivande sannolikt kan anses som giltiga i finsk rätt. Detta innebär att det kan vara svårt för spelarna att utmana upphovsrättsliga överlåtelser som ägt rum i samband med verkställandet av ett slutanvändaravtal. Den föreslagna ändringen av upphovsrättslagens jämningsbestämmelse, vars syfte bland annat är att implementera artikel 18 i DSM-direktivet, som fastställer principen om lämplig och proportionell ersättning vid upphovsrättsliga överlåtelser, kan däremot leda till en förbättring av spelarnas möjligheter att kunna utmana oskäliga överlåtelser av rättigheter till spelmodifieringar. Denna lagändring ger nämligen domstolarna ett större utrymme i jämningsfrågan, vilket kan tänkas göra dem mera villiga att börja tillämpa jämkning på upphovsrättsliga överlåtelser. Däremot är spelarnas rättsliga ställning i nuläget inte helt hopplös. Det är nämligen inte ovanligt att de mest oskäliga situationerna löses med andra metoder, såsom t.ex. att spelutvecklarna i efterhand erbjuder de mest skickliga modifierarna en anställning i spelbolaget.

Tiivistelmä

TURUN YLIOPISTO

Oikeustieteellinen tiedekunta

CARSTENS, MIKKO: Spelutveckling på spelarnas villkor: En analys av upphovsrätten till spelmodifieringar och spelutvecklarnas praxis att förvärva rättigheterna till dem med slutanvändaravtal

OTM-tutkielma, 97 s.

Immateriaalioikeus

Advanced Studies in Law and Information Society

Joulukuu 2021

Ohjaaja: Ulla-Maija Mylly

Peliteollisuudessa on tapahtunut käänne, jossa yhä enemmän pelisisältöä luodaan vapaaehtoisesti hajautetuissa peliyhteisöissä. Pelaajat eivät ole enää pelkästään kuluttajia, vaan ovat yhä enemmän mukana luomassa uutta sisältöä videopelisiin eri menetelmien avulla. Tämä käytäntö kutsutaan yleensä nimellä ”modifioiminen.” Tämä tutkielma tarkastelee pelaajien luomia videopelimuokkauksia suomen tekijänoikeuden ja sopimusoikeuden näkökulmalta.

Tutkielman tavoitteena on ensinnäkin selvittää, voiko ja missä määrin, pelimuokkaukset pitää alkuperäisiä ilmaisumuodoltaan ja siten lain mukaan tekijänoikeudellisesti suojattuja teoksia. Tässä asiayhteydessä on tarkoitus myös selvittää, jos pelimuokkaukset voivat saada itsenäistä suojaa suhteessa alkuperäiseen videopeliin. Tutkielman toisena tavoitteena on tarkastella pelinkehittäjien tapa hankkia itselleen oikeuksia pelaajien luomiinsa muokkauksiin erilaisilla luovutusehdoilla, jotka löytyvät videopelin loppukäyttäjäsopimuksessa. Näitä tekijänoikeudellisia luovutuksia tarkastellaan erityisesti suomen vakiosopimus- ja sovittelusäännösten valossa.

Tekijänoikeudellisesti pelimuokkaukset tarkastellaan samojen periaatteiden ja kriteerien perusteella kuin minkä tahansa muu tekijänoikeudellinen teos. Tämä merkitsee sitä, että pelimuokkaukset voivat nauttia tekijänoikeussuojaa, jos niitä voidaan pitää tekijän henkisinä luomuksina. Tätä taustaa vasten monet erilaiset muokkaukset, kuten avatarit ja pelikartat, voivat täyttää omaperäisyyskriteerin ja siten saada tekijänoikeudellista suojaa. Arvioidakseen sitä, suojataanko pelaajien tekemät muokkaukset itsenäisinä tai jälkiperäisinä teoksina on arvioitava tapauskohtaisesti. Molemmat vaihtoehdot ovat teoreettisesti mahdollisia. Samalla monet innovatiiviset ja arvokkaat ominaisuudet jäävät tekijänoikeussuojan ulkopuolelle. Tällaisia ominaisuuksia ovat esimerkiksi erilaiset pelimekaniikat ja luovat pelikonseptit.

Koska pelimuokkaukset voivat saada tekijänoikeudellista suojaa, niitä on käsiteltävä jollain tavalla pelaajien ja pelinkehittäjien keskeisessä suhteessa. Tämä tapahtuu yleensä videopelien loppukäyttäjäsopimuksilla. Tässä suhteessa suomen sopimusoikeusjärjestelmä asettaa tiettyjä muodollisia ja sisällöllisiä kriteerejä ja rajoituksia siihen nähden, miten tekijänoikeuksien luovuttaminen ja siirtäminen voi tapahtua pätevällä tavalla. Videopelin loppukäyttäjäsopimuksessa oleva yksipuolisesti laadittu käyttö- tai luovutusehto voi suomen vakiosopimusoikeuden mukaan tulla pelaajaa sitovaksi ainoastaan, jos hän on ollut tietoinen ehdon olemassaolosta ja hänelle on tarjottu mahdollisuutta tutustua siihen ennen lopullisen sopimuksen hyväksymistä. Toiselta puolen ehto on täytäntöönpanokelvoton materiaalisista syistä ainoastaan, jos se on kohtuuton tekijänoikeuslain 29 §:n puitteissa. Tekijänoikeuden luovutus voidaan pitää kohtuuttomana, jos se johtaa merkitykselliseen sopimusepätasapainoon. Tämä voi olla käsillä, jos videopelin loppukäyttäjäsopimus asettaa poikkeuksellisen laajan oikeudensiirron tai jossa pelaajan tekemät muokkaukset osoittautuvat erittäin arvokkaiksi.

Vakiosopimukset ovat todennäköisesti täysin päteviä ja täytäntöön pantavia, kunhan tiettyjä vähimmäisvaatimuksia täytetään. Suomalaiset tuomioistuimet ovat kuitenkin pitäneet varsin pidättyväinen linja kohtuuttomien tekijänoikeudellisten luovutusten kohtaan. Tämän takia voidaan todeta, että videopelien loppukäyttäjäsopimukset, jotka täyttävät tietyt vähimmäisvaatimukset, ovat täysin päteviä suomen oikeudessa. Tämä merkitsee sitä, että pelaajilla voi olla hankalaa ruveta haastamaan tekijänoikeuksien siirtoja, jotka ovat pantu täytäntöön loppukäyttäjäsopimuksella. Ehdotettu muutos tekijänoikeuslain sovittelusäännökseen, jonka tarkoituksena on panna täytäntöön DSM-direktiivin 18 artikla, jossa määritellään asianmukaisen ja oikeasuhtaisen korvauksen periaate, voi tässä suhteessa parantaa pelaajien mahdollisuuksia haastamaan kohtuuttomia tekijänoikeudellisia siirtoja. Tämä lainmuutos antaisi tuomioistuimille enemmän liikkumavaraa sovittelutilanteissa, joka voi johtaa siihen, että tuomioistuimet alkaisivat yhä enemmän soveltamaan sovittelusäännöksen kohtuuttomiin tekijänoikeudellisiin luovutuksiin. Pelaajien oikeudellinen asema ei kuitenkaan ole nykyhetkellä täysin toivoton. Kaikkein kohtuuttomimmat tapaukset saattavat tulla käsitellyiksi muilla tavoin, kuten esimerkiksi niin, että pelintuottaja jälkikäteen palkkaa erityisen lahjakkaat ”modifioijat.”

Innehåll

Sammanfattning	ii
Tiivistelmä.....	iv
Källor.....	viii
Förkortningar.....	xxxiii
1 Introduktion.....	1
1.1 Uppkomsten av spelmodifieringskulturen och hur spelindustrin lyckats omfamna den.....	1
1.1.2 Definitionen och typindelningen av spelmodifieringar	4
1.2 Frågeställningar och avgränsningar	8
1.3 Metodologisk infallsvinkel och material.....	11
1.4 Disposition	14
2 Det upphovsrättsliga skyddet för videospel	15
2.1 Videospelets tekniska uppbyggnad och funktion.....	15
2.2 Klassificeringen av videospel från ett internationellt perspektiv	17
2.3 Den upphovsrättsliga klassificeringen av videospel i finsk upphovsrätt.....	19
2.4 Upphovsmannaskapet och skyddet av videospel som sammanfogade verk	22
2.5 Sammanfattande slutsatser om det upphovsrättsliga skyddet för videospel	26
3 Upphovsrättsligt skydd till spelmodifieringar.....	28
3.1 Utländsk rättspraxis rörande spelmodifieringar	28
3.2 Grunder för upphovsrättslig analys av spelmodifieringar	30
3.2.1 Spelmodifierarens roll som skapare och upphovsman vid spelmodifiering.....	30
3.2.2. Originalitet som en skyddsförutsättning.....	31
3.2.3 Bearbetning, sammanställning och kombination som en form av kreativt skapande	34
3.2.5 Metoder för att skilja åt bearbetningar och självständiga verk.....	36
3.3 Tillämpningen av upphovsrätten på spelmodifieringar.....	41
3.3.1 Inledande synpunkter på den upphovsrättsliga bedömningen av modifieringar	41
3.3.2 Omkonfigurering och återgivning av videospel.....	42
3.3.3 Omvandling av videospel.....	46
3.3.4 Omdirigering av videospel.....	50
3.4 Sammanfattande slutsatser om upphovsrätt till spelmodifieringar	52
4 Spelmodifieringar och slutanvändaravtal.....	57
4.1 Allmänt om slutanvändaravtal för videospel.....	57

4.2 Formell verkställighet av slutanvändaravtal.....	61
4.2.1 Standardavtalens uppkomst och ställning inom kontraktsrätten	61
4.2.2 Är ett slutanvändaravtal bindande för en spelare?	63
4.2.3 Införlivandet av överraskande och tyngande villkor	67
4.3 Materiella begränsningar vid förvärv av upphovsrätt till spelmodifieringar.....	71
4.3.1 Jämkning av oskäligen avtalsvillkor	71
4.3.2 Betydelsen av oskälighet som en jämningsgrund.....	74
4.3.3 Är avtalsinnehållet i slutanvändaravtal oskäligt?	75
4.3.4 Avtalsexterna omständigheter som grund för oskälighet i ett slutanvändaravtal	82
4.4 Sammanfattande slutsatser om verkställandet av slutanvändaravtal.....	84
5 Slutdiskussion och lösningsmodeller	89
5.1 Sammanfattning av uppsatsen.....	89
5.2 Diskussion om olika lösningsmodeller.....	92

Källor

Litteratur

Aarnio (1978)

Aarnio, Aulis, 1978. *Mitä lainoppi on?* Tammi, Helsinki.

Aarnio (1982)

Aarnio, Aulis, 1982. *Oikeussännösten tulkinnasta – tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä.* Juridica, Helsinki.

Aarnio (1989)

Aarnio, Aulis, 1989. *Laintulkinnan teoria.* Yleisen oikeustieteen oppikirja. Werner Söderström Osakeyhtiö. Porvoo – Helsinki – Juva.

Aarnio (2006)

Aarnio, Aulis, 2006. *Tulkinnan taito: ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta.* WSOY, Helsinki.

Aarnio (2011)

Aarnio, Aulis, 2011. *Essays on the doctrinal study of law.* Springer.

Aho (1982)

Aho, Matti L., 1982. *Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta.* Lakimies 1982, volym 80, nummer 7-8, s. 524-540.

Ahuja (2017)

Ahuja, Neha, 2017. *Commercial Creations: The Role of End User License Agreements in Controlling the Exploitation of User Generated Content.* The John Marshall Review of Intellectual Property Law, Vol. 16, Issue 4, s. 381-410.

Arakji – Lang (2007)

Arakji, Reina Y. – Lang, Karl R., 2007. *Digital Consumer Networks and Producer-Consumer Collaboration: Innovation and Product Development in the Video Game Industry.*

Tillgänglig på adressen http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029042.

Aurejärvi (1979)

Aurejärvi, Erkki, 1979. *Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset*. Lakimies Nr. 8, 1979, s. 725-745.

Baldrice (2007)

Baldrice, John, 2007. *Mod as Heck: Frameworks for Examining Ownership Rights in User-Contributed Content to Videogames, and a More Principled Evaluation of Expressive Appropriation in User-Modified Videogame Projects*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 8, No. 2, 2007, s. 681-713.

Baldrice (2012)

Baldrice, John, 2012. *Spare the Mod: In Support of Total-Conversion Modified Video Games*. 125 Harvard Law Review (2011–2012), s. 789–810.

Bernitz (2009)

Bernitz, Ulf, 2009. *Uppsägning av förlagsavtal*. Nordiskt immateriellt rättsskydd, 4/2009, s. 349–363.

Bernitz (2018)

Bernitz, Ulf, 2018. *Standardavtalsrätt*. Nionde upplagan. Norstedts Juridik AB.

Burk (2009)

Burk, Dan, 2009. *Copyright and Paratext in Computer Gaming*. University of California, Irvine, Legal Studies Research Paper Series, No. 2009-22. Tillgänglig på adressen https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407640.

Burk (2010)

Burk, Dan, 2010. *Authorization and governance in virtual worlds*. First Monday, Vol. 15, No. 3, 2010. Tillgänglig på adressen <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/2967>.

Classen (2016)

Classen, H. Ward, 2016. *A Practical Guide to Software Licensing for Licensees and Licensors*. 7th Edition. American Bar Association.

Connors (2010)

Connors, Andrew P., 2010. *Dissecting Electronic Arts' Spore: An Analysis of the Illicit Transfer of Copyright Ownership of User-Generated Content in Computer Software*. Liberty University Law Review, Vol. 4, s. 405-424.

Corbett (2016)

Corbett, Susan, 2016. *Videogames and their clones - How copyright law might address the problem*. Computer law & security review, Vol. 32, Issue 4, s. 615-622.

Deichmann (2004)

Deichmann, Hanne Kirk: *Variationsvaerker*. Nordiskt immateriellt rättsskydd 2/2004, s. 101–117.

EGDF (2009)

European Games Developer Federation Ekonomisk Förening (EGDF), 2009. *Statement - Concerning the consultation on creative content on European single market*.

Festinger – Metcalfe – Ripley (2012)

Festinger, Jon. – Metcalfe, Chris – Ripley, Roch, 2012. *Video Game Law*. Second Edition. LexisNexis.

Fiorido (2013)

Fiorido, Michela, 2013. *Moral Rights and Modes, Protecting Integrity Rights in Video Games*. UBC Law Review, Vol. 46(3), 2013, s. 739–790.

Fischman Afori (2009)

Fischman Afori, Orit, 2009. *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law*. 25 Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, s. 275–325.

Garlick (2004)

Garlick, Mia, 2004. *Player, Pirate or Conducer? A Consideration of the Rights of Online Gamers*. 7 Yale Journal of Law & Technology (2004–2005), s. 422–464.

Gilbert (2009)

Gilbert, Brendan James, 2009. *Getting to Conscionable: Negotiating Virtual Worlds End User License Agreements without Getting Externally Regulated*. Vol. 4, Issue 4. Journal of International Commercial Law and Technology, s. 238-251.

Green (2018)

Green, J. Remy, 2018. *All Your Works Are Belong to Us: New Frontiers for the Derivative Work Right in Video Games*. North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 19, s. 393-442.

Grimes (2013)

Grimes, Sara M., 2013. *Persistent and Emerging Questions About the Use of End-User Licence Agreements in Children's Online Games and Virtual Worlds*. UBC Law Review 681, s. 681-738.

Grosheide m.fl. (2014)

Grosheide, F. Willem – Roerdink, Herwin – Thomas, Karianne, 2014. *Intellectual Property Protection for Video Games – A View from the European Union*. 9 Journal of International Commercial Law and Technology, s. 1–13.

Guibault (2006)

Guibault, Lucie, 2006. *Wrapping Information in Contract: How Does it Affect the Public Domain?* Published in Guibault, Lucie – Hugenholtz, P.B.: *The future of the public domain*. Kluwer Law International, s. 87-104.

Haarmann (2005)

Haarmann, Pirkko-Liisa, 2005. *Tekijänoikeus ja lähioikeudet*. Talentum, Helsinki.

Haarmann (2014)

Haarmann, Pirkko-Liisa, 2014. *Immateriaalioikeus*. Talentum, Helsinki.

Halbert (2009)

Halbert, Debora, 2009. *Mass Culture and the Culture of the Masses: A Manifesto for User-Generated Rights*. 11 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law (2008–2009), s. 921–961.

Harenko – Niiranen – Tarkela (2016)

Harenko, Kristiina – Niiranen, Valtteri – Tarkela, Pekka, 2016. *Tekijänoikeus*. Toinen uudistettu painos. Talentum Pro, Helsinki.

Hayes (2008)

Hayes, J. Christina, 2008. *Changing the Rules of the Game - How Video Game Publishers are embracing User-Generated Derivative Works*. Harvard Journal of Law & Technology Volume 21, Number 2, s. 567-587.

Hedwall (2004)

Hedwall, Mattias, 2004. *Tolkning av kommersiella avtal*. Andra upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Hemmo (2003)

Hemmo, Mika, 2003. *Sopimusoikeus II*. Talentum, Helsinki.

Hemmo (2007)

Hemmo, Mika, 2007. *Sopimusoikeus I*. Talentum, Helsinki.

Hetcher (2008)

Hetcher, Steven, 2008). *User-Generated Content and the Future of Copyright: Part Two – Agreements between Users and Mega-Sites*. Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 24, Issue 4, s. 829-868.

Hirvonen (2011)

Hirvonen, Ari, 2011. *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Yleisen oikeustieteen julkaisuja, Helsinki.

Hultmark (1999)

Hultmark, Christina: *Konsumentskydd på Internet – rättsekonomska synpunkter*. Juridisk tidskrift, Nr. 1 1998/1999, s. 80-89.

Kaisto (2008)

Kaisto, Janne, 2008. *Pätemättömyys ja sovittelu prosessuaaliselta kannalta*. Business Law Forum.

Katzenbach m.fl. (2016)

Katzenbach, Christian – Herweg, Sarah – van Roessel, Lies, 2016. *Copies, Clones, and Genre Building: Discourses on Imitation and Innovation in Digital Games*. International Journal of Communication 10, s. 838–859.

Kivimäki (1948)

Kivimäki, Toivo Mikael, 1948. *Tekijänoikeus*. Tutkimus kirjailijan ja tiedemiehen oikeudesta teokseensa (Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 27). Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo.

Kivimäki (1966)

Kivimäki, Toivo Mikael, 1966. *Uudet tekijänoikeus- ja valokuvauslait*. Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo.

Klein (2008)

Klein, Susanne, 2008. *Search Engines and Copyright – an Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law*. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 4/2008, s. 451-483.

Kow – Nardi (2010)

Kow, Yong Min – Nardi, Bonnie, 2010. Who owns the mods? First Monday, Vol. 15, No. 5, 2010. Tillgänglig på adressen <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/2971/2529>.

Kunze (2008)

Kunze, Jason T., 2008. *Regulating Virtual Worlds Optimally: The Model End User License Agreement*. Volume 7, Number 1 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, s. 102-118.

Kushner (2003)

Kushner, David, 2003. *Invention: it's a Mod, Mod World*. IEEE Spectrum 40(2), s. 56-57.

Kücklich (2005)

Kücklich, Julian, 2005. *Precarious Playbour: Modders and the Digital Games Industry*. The Fiberculture Journal 2005/5. Tillgänglig på adressen https://www.researchgate.net/publication/26490724_Precarious_Playbour_Modders_and_the_Digital_Games_Industry.

Lastowka m.fl. (2013)

Lastowka, Greg m.fl., 2013. *The Player-Authors Project. Summary Report of Research Findings*. Tillgänglig på adressen https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361758.

Lee (2008)

Lee, Edward, 2008. *Warming Up to User-Generated Content*. University of Illinois Law Review 2008/5, s. 1459–1548.

Lee (2012)

Lee, Yin Harn, 2012. *Play again? Revisiting the Case for Copyright Protection of Gameplay in Videogames*. European Intellectual Property Review, Vol. 34, No. 12, 2012, s. 865-874.

Lemley (2006)

Lemley, Mark A., 2006. *Terms of Use*. 91 Minnesota Law Review, s. 459-483.

Levin 2017

Levin, Marianne, 2017. *Lärobok i immaterialrätt. Upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt*. Elfte upplagan. Wolters Kluwer Sverige AB, Stockholm.

Lim (2006)

Lim, Yee Fen, 2006. *Is it really just a game? Copyright and online role-playing games.* Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 1, No. 7, s. 481-491.

Lindberg - Westman (2001)

Lindberg, Agne – Westman, Daniel, 2001. *Praktisk IT-rätt.* Tredje upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Loos m.fl. (2011)

Loos M. B. M. et al., 2011. *Digital content contracts for consumers – Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts.* Tillgänglig på adressen <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fee0cc7-5f4d-46c5-897b-48844f07f027>.

Lunsford (2013)

Lunsford, Christopher: *Drawing a Line Between Idea and Expression in Videogame Copyright: The Evolution of Substantial Similarity for Videogame Clones.* 18 Intell. Prop. L. Bull. 87, s. 87-117.

Miller (2003)

Miller, Daniel C., 2003. *Determining Ownership in Virtual Worlds: Copyright and License Agreements.* 22 Rev. Litig. 435, s. 435-471.

Mononen (1993)

Mononen, Marko, 1993. *Kohtuuttomat sopimusehdot EY:n ja Suomen kuluttajaoikeudessa.* Helsingin yliopisto, Helsinki.

Mononen (2001)

Mononen, Marko, 2001. *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta.* Linarni Oy, Helsinki.

Münch (2013)

Münch, Merlin, 2013. *Fooling the user? Modding in the video game industry.* Internet Policy Review – Journal of internet regulation, Vol. 2, 2013, s. 1-4.

Mylly (2016)

Mylly, Ulla-Maija, 2016. *Tekijänoikeuden omaperäisyyden harmonisointi Euroopan unionissa*. Lakimies 6/2016, s. 907-930.

Mylly (2018)

Mylly, Ulla-Maija, 2018. *The Challenges of the Copyright Protection of Graphic User Interfaces*. Nordiskt immateriellt rättsskydd, Volym 87, Nr. 1, s. 47–69.

Nichols (2007)

Nichols, W. Joss, 2007. *Painting Through Pixels: The Case for a Copyright in Videogame Play*. 30 Columbia Journal of Law & the Arts (2006–2007), s. 101–131.

Nieborg – van der Graaf (2008)

Nieborg, David B. – van der Graaf, Shenja, 2008. *The Mod industries? The industrial logic of non-market game production*. European Journal of Cultural Studies 11(2), s. 177–195.

Nordell (1991)

Nordell, Per Jonas, 1991. *Delar och helhet. Om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande med hjälp av datorteknik*. Nordiskt immateriellt rättsskydd 3/1991, s. 369–387.

Nordell (2008)

Nordell, Per Jonas, 2008. *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*. Nordiskt immateriellt rättsskydd 4/2008, s. 307–338.

Nurmi (1997)

Nurmi, Risto, 1997. *Elektroninen sopimus*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki.

Ochoa (2004)

Ochoa, Tyler T.: *Copyright, Derivative works and Fixation: Is Galoob a Mirage, or Does the Form (Gen) of the Alleged Derivative Work Matter?* 20 Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, s. 991–1044.

Ochoa (2012)

Ochoa, Tyler T.: *Who Owns an Avatar? Copyright, Creativity, and Virtual Worlds*. 14 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law (2011–2012), s. 959–991.

Ochoa – Banks (2018)

Ochoa, Tyler T. – Banks, Jaime: *Licensing and Law Who Owns an Avatar*. Santa Clara Law Digital Commons, s. 291-298.

Oesch (2004)

Oesch, Rainer, 2004. *Teknologialisenssien ongelmakohtia*. Defensor Legis, s. 912–927.

Oesch (2005)

Oesch, Rainer, 2005. *Interpretation of licensing agreements – new trends under way?* Nordiskt immateriellt rättsskydd, 3/2005, s. 278–290.

Oesch (2008)

Oesch, Rainer, 2008. *Tekijänoikeus, kuluttaja ja Lex Karpela*. Julkaistu teoksessa Oesch, Rainer – Heiskanen, Hanna – Hyyrynen, Outi: *Tekijänoikeus ja digitaalitalous*. WSOYpro, Helsinki.

Oesch (2009)

Oesch, Rainer, 2009. *Tekijänoikeussopimusten tulkinnasta*. Julkaistu teoksessa Korkeimman oikeuden 200-vuotisjuhlajulkaisu *Da mihi Factum, Dabo tibi ius*. WSOYpro, 2009.

Ojanen (2016)

Ojanen, Tuomas, 2016. *EU-oikeuden perusteita*. 3., uudistettu laitos. Edita Publishing Oy, Helsinki.

Olsson (1957)

Olsson, Curt, 1957. *Verkan av avtalsklausuler i standardformulär*. Förhandlingarna å det tjugoförsta Nordiska Juristmötet i Helsingfors den 22–24 augusti 1957. Bilaga VI. 1959.

Olsson (2018)

Olsson, Henry, 2018. *Copyright – svensk och internationell upphovsrätt, tionde upplagan*. Nordstedts Juridik AB.

Pawlo (1999)

Pawlo, Mikael, 1999. *Shrinkwrap- och clickwrap -avtal i svensk och internationell rätt*. Nordiskt immateriellt rättsskydd. Volym 68, Nr. 1. s. 140–156.

Peczenik (1995a)

Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik, Stockholm.

Peczenik (1995b)

Peczenik, Aleksander, 1995. *Juridikens teori och metod – En introduktion till allmän rättslära*. Göteborg.

Peczenik (2005)

Peczenik, Aleksander, 2005. *Juridikens allmänna läror*. Svensk Juristtidning, Nr. 3, s. 249–272.

Pihlajarinne (2012a)

Pihlajarinne, Taina, 2012. *Lupa linkittää: toisen aineiston hyödyntämisen tekijänoikeudelliset rajat*. Lakimiesliiton Kustannus. Hansaprint Direct Oy, Vantaa.

Pihlajarinne (2012b)

Pihlajarinne, Taina, 2012. *Eurooppalaisen tuomioistuinkäytännön hyödyntäminen immateriaalioikeuden tutkimuksessa*. Lakimies 4, s. 547-558.

Pihlajarinne (2012c)

Pihlajarinne, Taina, 2012. *Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse – The European Perspective*. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 43(6), s. 700-710.

Poor (2014)

Poor, Nathaniel., 2014. *Computer game modders' motivations and sense of community: A mixed-methods approach*. *New media & society*, 16(8), s. 1249–1267.

Poretski - Arazy (2017)

Poretski, Leo - Arazy, Ofer, 2017. *Placing Value on Community Co-creations: A Study of a Video Game 'Modding' Community*. In *Proceedings of the 2017 ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing*, s. 480–491.

Postigo (2008)

Postigo, Hector, 2008. *Video Game Appropriation through Modifications: Attitudes Concerning Intellectual Property among Modders and Fans*. *Convergence*, Vol. 14(1), 2008, s. 59–74.

Postigo (2010)

Postigo, Hector, 2010. *Modding to the big leagues: Exploring the space between modders and the game industry*. *First Monday*, Vol. 15, No. 5, 2010. Tillgänglig på adressen <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2972/2530> (senast besökt 2.12.201).

Pöyhönen (1988)

Pöyhönen, Juha, 1988. *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisu (A-sarja n:o 179), Hansaprint Oy, Vanda 2013.

Pöyhönen (2000)

Pöyhönen, Juha, 2000. *Uusi varallisuus oikeus*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki.

Ramberg – Ramberg (2019)

Ramberg, J - Ramberg, C, 2019. *Allmän avtalsrätt*, 11 upplagan. Wolters Kluwer, Stockholm.

Ramos (2014)

Ramos, Gil de la Haza Andy, 8/2014. *Video Games: Computer Programs or Creative Works?* WIPO Magazine.

Ramos m.fl. (2013)

Ramos, Andy - López, Laura – Rodríguez, Anxo – Meng, Tim – Abrams, Stan, 2013. *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*. World Intellectual Property Organization.

Reuveni (2006)

Reuveni, Erez, *Authorship in the Age of the Conducer*. 2006. Copyright Society of the USA, Vol. 54, Issue 218, January 2007, s. 285-343.

Reuveni (2007)

Reuveni, Erez, 2007. *On Virtual Worlds: Copyright and Contract Law at the Dawn of the Virtual Age*. Indiana Law Journal, Vol. 82. No. 261, s. 261-308.

Ricolfi (2011)

Ricolfi, Marco, 2011. Making Copyright Fit for the Digital Agenda. Tillgänglig på adressen <http://nexa.polito.it/nexafiles/Making%20Copyright%20Fit%20for%20the%20Digital%20Agenda.pdf>.

Rosén (2006)

Rosén, Jan, 2006. *Upphovsrättens avtal: Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*. Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Rosen (2006)

Zvi S. Rosen, 2006. *Mod, Man, and Law: A Reexamination of the Law of Computer Game Modifications*. Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, s. 196-216.

Rosen (2018)

Zvi S. Rosen, 2018. *Man, Mod, and Law: Revisiting the Law of Computer Game Modifications*. 59 IDEA 269 (2018), s. 269-291.

Rustad – Onufrio (2012)

Rustad, Michael L. – Onufrio, Maria Vittoria, 2012. *Reconceptualizing Consumer Terms of Use for a Globalized Knowledge Economy*. University of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 14, No. 4, 2012, s. 1085–1190.

Scacchi (2010)

Scacchi, Walt, 2010. *Computer game mods, modders, modding, and the mod scene*. First Monday, Vol. 15, No. 5, 2010. Tillgänglig på adressen <https://firstmonday.org/article/view/2965/2526>.

Seshadri (2007)

Seshadri, Raghu, 2007. *Bridging the Digital Divide: How the Implied License Doctrine Could Narrow the Copynorm-Copyright Gap*. UCLA Journal of Law & Technology, s. 3-36.

Sevón (1985)

Sevón, Leif, 1985. *Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet?* Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, s. 155–172.

Sieman (2007)

Sieman, John S., 2007. *Using the Implied License to Inject Common Sense into Digital Copyright*. 85 North Carolina Law Review, s. 885–930.

Sihvonen (2009)

Sihvonen, Tanja, 2009. *Players Unleashed! Modding The Sims and the Culture of Gaming*. Turun yliopiston julkaisuja, Turku.

Smith (2020)

Smith, Graham, 2020. *Internet Law and Regulation*. 5th edition. Sweet & Maxwell.

Sorvari (2005)

Sorvari, Katariina: *Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta*. WSOY, Vantaa.

Sotamaa (2007)

Sotamaa, Olli, 2007. *On modder labour, commodification of play, and mod competitions*. First Monday, Vol. 12, No. 9, 2007. Tillgänglig på adressen <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1555412009359765>.

Sotamaa (2008)

Sotamaa, Olli, 2008. *When the Game is Not Enough: Motivations and Practices among Computer Game Modding Culture*. Tillgänglig på adressen <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1555412009359765>.

Stamatoudi (2004)

Stamatoudi, Irini A., 2004. *Copyright and Multimedia Products: A Comparative Analysis*. Cambridge University Press, Cambridge.

Stokes (2014)

Stokes, Simon, 2014. *Digital Copyright – Law and practice*. Fourth edition. Hart Publishing.

Stray Vyrje (1987)

Stray Vyrje, Magnus, 1987. *Opphavsrettens ABC*. TANO.

Sund-Norrgård (2012)

Sund-Norrgård, Petra, 2012. *Lisenssisopimusten tulkinta - uudelleenarvioinnin aika?* Oikeustiede-Jurisprudentia 2012: XLV, s. 283–333.

Taxell (1972)

Taxell, Lars Erik, 1972. *Avtal och rättsskydd*. Åbo Akademi, Åbo.

Taxell (1979)

Taxell, Lars Erik, 1979. *Om avtalsetik*. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland, s. 487–498.

Taxell (1984)

Taxell, Lars Erik, 1984. *Jämkning av avtal*. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland, s. 606–630.

Terasaki (2014)

Terasaki, Michael, 2013-2014. *Do End User License Agreements Bind Normal People?* 41 Western State University Law Review (2013–2014), s. 467–489.

Tulokas (1987)

Tulokas, Mikko, 1987. *Vakioehtojen sitovuus – eräs ajattelumalli*. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo, Vammala 1987, s. 447–454.

Van Den Bulck – de Bellefroid (2009)

Van Den Bulck, Paul – de Bellefroid, Marie, 2009. *Legal Regime of Avatars Created in the Framework of Video Games: Some Reflections in the Light of French and Other Legal Systems*. *Convergence*, Vol. 5, No 2, 2009, s. 257–268.

Välimäki (2006)

Välimäki, Mikko, 2006. *Oikeudet tietokoneohjelmistoihin ja niiden lisensointi: ohjelmistotuoteliiketoiminnan juridinen perusta*. Turre Publishing, Helsinki.

Wallace (2014)

Wallace, Ryan, 2014. *Modding: Amateur Authorship and How the Video Game Industry Is Actually Getting It Right*. *Brigham Young University Law Review*, s. 219–255.

Weincke (1976)

Weincke, Willi, 1976. *Ophavsret. Reglerne, Baggrunden, Fremtiden*. G.E.C. GAD, Köpenhamn.

Wenzel (2013)

Wenzel, Rachel, 2013. *Ownership in Technology-Facilitated Works - Exploring the Relationship between Programmers and Users through Virtual Worlds*. *Intell. Prop. L. Bull.* 183, s. 183–201.

Wilhelmsson (1979)

Wilhelmsson, Thomas, 1979. *Om allmänna avtalsvillkors bindande verkan*. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland, s. 515–527.

Wilhelmsson (2008)

Wilhelmsson, Thomas, 2008. *Standardavtal och oskälliga avtalsvillkor*. Talentum, Helsingfors.

Wirman (2009)

Wirman, Hanna, 2009. *On productivity and game fandom*. Transformative Works and Cultures, Vol. 3, 2009. Tillgänglig på adressen <http://dx.doi.org/10.3983/twc.2009.0145>.

Wolk (2016)

Wolk, Sanna, 2016. *Datorprogramalster i upphovsrätten – Skyddet för datorprogram, datorspel, bildskärmsuttryck, design, filformat och algoritmer, m.m.* Iustus förlag, Stockholm.

Xalabarder (2020)

Xalabarder, Racquel, 2020. *The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration of ART.18 Digital Single Market Directive: Some Thoughts for Its National Implementation*. Tillgänglig på adressen https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3684375 (Senast besökt 2.12.2021).

Offentligt tryck

RP 89/1926

Regeringens proposition till Riksdagen angående lagar om upphovsmannarätt samt rätt till fotografiska bilder (RP 89/1926).

RP 8/1977

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till konsumentskyddslagstiftning (RP 8/1977).

RP 247/1981

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om jämkning av rättshandlingar (RP 247/1981).

RP 161/1990

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ensamrätt till kretsmönster för integrerade kretsar samt till lagar om ändring av upphovsrättslagen, lagen om rätt till fotografisk bild samt lagen om patent- och registerstyrelsen (RP 161/1990).

RP 157/2013

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av konsumentskyddslagen och av 88 § i elmarknadslagen (RP 157/2013).

RP 181/2014

Regeringens proposition med förslag till ändring av upphovsrättslagen (RP 181/2014).

RP 230/2018

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av bestämmelserna om konsumentkreditavtal och vissa andra konsumentavtal (RP 230/2018).

VN/2245/2020

Utkast till regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av upphovsrättslagen och 184 § i lagen om tjänster inom elektronisk kommunikation (VN/2245/2020).

Lainvalmistelukunna ehdostus, 1920

Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi tekijäoikeudesta kirjallisiin ja sävelmäteoksiin sekä laiksi tekijäoikeudesta kuvaamataiteiden teoksiin ja valokuviin ynnä perustelut. Valtioneuvoston kirjapaino, Helsinki 1920 (Lagstiftningsrådets förslag av år 1920).

Upphovsrättskommitténs betänkande KB 1953:5

Förslag till lag om upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk – Kommittébetänkande N:o 5 – 1953 (KB 5/1953).

Upphovsrättskommitténs IV delbetänkande KB 1987:8

Informationsteknik och upphovsrätt: Upphovsrättskommitténs IV delbetänkande - Skapande och användning av verk med hjälp av datorer. Skydd för datorprogram, datafiler och databaser samt för integrerade kretsar (KB 8/1987).

KB 1990:20

Betänkande av kommissionen för revidering av rättshandlingslagen (KB 1990:20).

Tekijänoikeustoimikunnan mietintö OKM 2010:9

Tekijänoikeustoimikunnan mietintö: Tekijänoikeuslain 3. luvun muutostarpeiden kartoittaminen (OKM 2010:9).

Statens offentliga utredningar SOU 1956:25:

Statens offentliga utredningar: Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av auktorrättskommittén (SOU 1956:25).

Statens offentliga utredningar SOU 1985:51.

Statens offentliga utredningar: Upphovsrätt och dator teknik - Delbetänkande 3. Betänkande av upphovsrättsutredningen (SOU 1985:51).

Statens offentliga utredningar SOU 2010:24

Statens offentliga utredningar: Avtalad upphovsrätt – Delbetänkande av upphovsrättsutredningen (SOU 2010:24).

WIPO 2015

Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms, 2015. Tillgänglig på adressen https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

Rättspraxis

Praxis från Europeiska unionens domstol

C-306/05

EUD:s dom av den 7 december 2006 i mål C-306/05 (EU:C: 2006:479), *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hosteles SA (SGAE)*.

C-456-06

EUD:s dom av den 17 april 2008 i mål C-456/06 (EU:C: 2008:232), *Peek & Cloppenburg KG mot Cassina SpA (Peek & Cloppenburg)*.

C-5/08

EUD:s dom av den 16 juli 2009 i mål C-5/08 (EU:C: 2009:465), *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening (Infopaq)*.

C-403/08 och C-429/08

De förenade målen C-403/08 och C-429/08 (EU:C: 2011:631), *Football Association Premier League Ltd. och övriga mot QC Leisure och övriga och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd (Football Association Premier League)*.

C-393/09

EUD:s dom av den 22 december 2010 i mål C-393/09 (EU:C: 2010:816), *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury (BSA)*.

C-406/10

EUD:s dom av den 2 maj 2012 i mål C-406/10 (EU:C: 2012:259), *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd (SAS Institute)*.

C-145/10

EUD:s dom av den 1 december 2011 i mål C-145/10 (EU:C: 2011:798), *Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl. (Painer)*.

C-604/10

EUD:s dom av den 1 mars 2012 i mål C-604/10 (EU:C: 2012:115), *Football Dataco Ltd. m.fl. mot Yahoo! UK Ltd. m.fl. (Football Dataco)*.

C-277/10

EUD:s dom av den 9 februari 2012 i mål C-277/10, (EU:C:2012:65), *Martin Luksan mot Petrus van der Let (Luksan)*.

C-128/11

EUD:s dom av den 3 juli 2012 i mål C-128/11 (EU:C: 2012:407), *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp (UsedSoft)*.

C-355/12

EUD:s dom av den 23 januari 2014 i mål C-355/12 (EU:C: 2014:25), *Nintendo Co. Ltd m.fl. mot PC Box Srl och 9Net Srl (Nintendo)*.

C-419/13

EUD:s dom av den 22 januari 2015 i mål C-419/13 (EU:C: 2015:27), *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright (Art & Allposters)*.

C-201/13

EUD:s dom av den 3 september 2014 i mål C-201/13, *Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW mot Helena Vandersteen m.fl. (Johan Deckmyn)*.

C-458/13

Grund m.fl. och Nintendo (EU:C: 2013:581)

C-322/14

EUD:s dom av den 21 maj 2015 i mål C-322/14 (EU:C: 2014:334), *Jaouad El Majdoub mot CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH (El Majdoub)*.

C-310/17

EUD:s dom av den 13 november 2018 i mål C-310/17 (EU:C: 2018:899), *Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV (Levola Hengelo)*.

C-683/17

EUD:s dom av den 12 september 2019 i mål C-683/17 (EU:C: 2019:721), *Cofemel – Sociedade de Vesturário SA mot G-Star Raw CV (Cofemel)*.

C-161/17

EUD:s dom av den 7 augusti 2018 i mål C-161/17 (EU:C: 2018:634), *Land Nordrhein-Westfalen mot Dirk Renckhoff (Renckhoff)*.

C-519/19

EUD:s dom av den 18 november 2020 i mål C-519/19 (EU:C: 2020:933), *Ryanair DAC mot Delay Fix (Ryanair DAC)*.

Rättspraxis från Finland

HD 1936 I 59

Högsta domstolens beslut i HD 1936 I 59.

HD 1936 II 476

Högsta domstolens beslut i HD 1936 II 476.

HD 1956 II 76

Högsta domstolens beslut i HD i 1956 II 76.

HD 1964 II 59

Högsta domstolens beslut i HD 1964 II 59.

HD 1979 II 64

Högsta domstolens beslut i HD 1979 II 64.

HD 1984 II 26

Högsta domstolens beslut i HD 1984 II 26.

HD 1993:45

Högsta domstolens beslut i HD 1993:45.

HD 1997:4

Högsta domstolens beslut i HD 1997:4.

HD 2005:92

Högsta domstolens beslut i HD 2005:92.

HD 2011:92

Högsta domstolens beslut i HD 2011:92.

HD 2014:61

Högsta domstolens beslut i HD 2014:61.

HD 2018:21

Högsta domstolens beslut i HD 2018:21.

Kouvola hovrätt R 97/713

Kouvola hovrätt 31.12.1998, Nr. 1531, Dnr. R 97/713.

Åbo hovrätt 1985 S 7

Åbo hovrätt 2.8.1985, Nr. 451, Dnr. 1985 S / Tre IV 447 §.

Vasa hovrätt V 153/1978

Vasa hovrätt 26.2.1981, Nr. III/686, Dnr. V 153/1978.

Vasa hovrätt S 84/486

Vasa hovrätt 27.12.1985, Nr. 1968/85, Dnr. S 84/486.

Domstolsavgöranden från Sverige

Sveriges Högsta domstol i NJA 2000:87

Sveriges Högsta domstol NJA 2017 s. 75

Domstolsavgöranden från USA

Davidson & Associates v. Internet Gateway, 334 F.Supp.2d 1164 (E.D. Mo. 2004).

Davidson & Associates v. Jung et al., 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005).

Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc., 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992).

Micro Star v. FormGen., 154 F.3d 1107 (9th Cir. 1998).

Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983).

ProCD Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

Upphovsrättsrådets utlåtanden

TN 1989:7 (Skyddsföremålet, datorprogram)

TN 1990:11 (Bearbetning, citat, ändring av verket)

- TN 1992:3 (Verkskategori, videospel)
- TN 1993:25 (Figur (karaktär))
- TN 1994:7 (Verkshöjd, brädspel)
- TN 1998:8 (Tekijänoikeus kirjalliseen esitykseen; muunnelma, teosharkinta)
- TN 1998:16 (Upphovsrätt till datorprogram)
- TN 2001:15 (Lån av multimedia)
- TN 2002:18 (Upprättande av prepkursmaterial från universitetets inträdesförhörslitteratur)
- TN 2003:11 (Upphovsrättsliga frågor rörande musikaliska verk)
- TN 2005:7 (Verkshöjd och skydd för datorprogram)
- TN 2005:16 (Sammanfattning av en handbok om affärsverksamhet)
- TN 2006:16 (Upphovsrätt till en tecknad figur)
- TN 2010:11 (Lauseen suoja)
- TN 2011:15 (Upphovsrättsligt skydd för internetspel och spelets idé)
- TN 2012:3 (Ett verk som påminner om användningen av en teaterkuliss)
- TN 2012:14 (Upphovsrätt till romanmanuskript)
- TN 2013:3 (Verkshöjdskravet för fotografier)
- TN 2015:7 (Upphovs- och lånerätt för dator- och konsolspel)
- TN 2015:8 (Upphovsrätt och lånerätt för konsolspel)
- TN 2018:3 (Upphovsrätt till en barnbok)
- TN 2018:12 (Upphovsrätt för karaktärer)
- TN 2020:6 (Föremål för upphovsrätt)
- TN 2021:1 (Omarbetning av en handbok)

Internetkällor

Bit-Gamer artikel av Joe Martin: "GameStation: 'We own your soul.'" Tillgänglig på adressen <https://bit-tech.net/news/gaming/pc/gamestation-we-own-your-soul/1> (senast besökt 2.12.2021).

Blizzard Entertainment End User License Agreement. Tillgänglig på adressen <https://www.blizzard.com/en-us/legal/fba4d00f-c7e4-4883-b8b9-1b4500a402ea/blizzard-end-user-license-agreement> (senast besökt 2.12.2021).

Business of Apps-artikel av Mansoor Iqbal: Twitch Revenue and Usage Statistics (2021). Tillgänglig på adressen <https://www.businessofapps.com/data/twitch-statistics/> (senast besökt 2.12.2021).

IGN-artikel av Andrew Goldfarb: DICE: GABE NEWELL DISCUSSES HOW TO REINVENT GAMING. <https://www.ign.com/articles/2013/02/07/gabe-newell-discusses-how-to-reinvent-gaming> (senast besökt 2.12.2021).

MP1st-artikel av David Veselka: Arma 2 Sees 500% Increase In Sales With Introduction of DayZ Mod. Tillgänglig på adressen <https://mp1st.com/news/arma-2-sees-500-increase-in-sales-with-introduction-of-dayz-mod> (senast besökt 2.12.2021).

Rovio Entertainment Ltd, slutanvändaravtal. Tillgänglig på adressen <https://www.rovio.com/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021).

PCWorld-artikel av Hayden Dingman: Valve now allows devs to charge for Steam Workshop mods, community riots. Tillgänglig på adressen <https://www.pcworld.com/article/2914235/valve-now-allows-devs-to-charge-for-steam-workshop-mods-community-riots.html> (senast besökt 2.12.2021).

Rovio Entertainment Ltd, slutanvändaravtal. Tillgänglig på adressen <https://www.rovio.com/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021).

Supercell Oy, Terms of Service. Tillgänglig på adressen <https://supercell.com/en/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021).

Techdirt-artikel av Timothy Geigner: Make It A Trend: More Modders Get Hired By Developers, This Time CD Projekt Red. Tillgänglig på adressen <https://www.techdirt.com/articles/20210831/11341747475/make-it-trend-more-modders-get-hired-developers-this-time-cd-projekt-red.shtml> (senast besökt 2.12.2021).

Valve Developer Community Wiki-artikel: "Modification." Tillgänglig på adressen <https://developer.valvesoftware.com/wiki/Modification> (senast besökt 2.12.2021).

Förkortningar

AvtL	Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (228/1929)
Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)
Datorprogram- direktivet	Direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för dator- program
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
EULA	End user license agreement
HD	Högsta domstolen
Infosocdirektivet	Direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
KB	Kommittébetänkande
KSL	Konsumentskyddslag (38/1978)
LaUB	Lagutskottets betänkande
NJA	Nytt juridiskt arkiv, Högsta domstolens domar (Sverige)
OKM	Tekijänoikeustoimikunnan mietintö
Oskälighetsdirektivet	Direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal
RP	Regeringens proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
TN	Tekijänoikeusneuvosto (upphovsrättsrådet)
URL	Lag om upphovsrätt (404/1961)
WIPO	World Intellectual Property Organization/Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten

1 Introduktion

1.1 Uppkomsten av spelmodifieringskulturen och hur spelindustrin lyckats omfamna den Modifiering av videospel, dvs. att producera eget spelinnehåll i form av modifieringar (eller enbart ”mods”) till ett färdigt videospel, är inget nytt fenomen i sig, utan har förekommit ända sedan begynnelsen av de första videospelen. Dock så är uppkomsten av den modifiering vi ser idag väldigt starkt kopplad till utvecklingen av Internet som en ”global distributionskanal för användarskapat innehåll.”¹ Från spelindustrins sida avspeglar spelmodifiering ett skifte mot en typ av *deltagarstyrd kultur* som starkt kännetecknas av en *decentralisering av innehållsskapandet*, där gränserna mellan produktion och konsumtion har suddats ut.² Den deltagarstyrda kulturen representerar en ny sorts *innovationskultur* där spelarna³ inte längre enbart är konsumenter, utan har iklätts rollen som spelutvecklare för spelindustrin genom att de aktivt deltar med att skapa nytt innehåll till sina favoritspel.⁴

Såsom *Kücklich* uppger, så har spelmodifiering förekommit ända sedan år 1983, då modifieringen *Castle Smurfenstein* för det populära skjutspellet *Castle Wolfenstein* släpptes ut. Dåtidens modifieringar var visserligen av en mera rudimentär karaktär; t.ex. i *Castle Smurfenstein* så ersatte spelarna endast skalorna till originalkaraktärerna i spelet, så att de i stället för nazisoldater framstod som smurfar. Spelmodifiering blev däremot ett mera utbrett fenomen i samband med att id Software publicerade källkoden till videospellet *Doom* år 1997 i syfte att underlätta modifieringsskapande. Efter det har modifieringsscenen vuxit i en väldigt snabb takt och lett till uppkomsten av väldigt populära modifieringar som i många fall är jämförbara med kommersiella spel, och som även i vissa fall faktiskt har publicerats

¹ Sotamaa 2007, s. 2 under ”Studying game modifications.”

² Sihvonen 2009, s. 50 och Postigo 2008, s. 60–61. Idén bakom föreställningen om den deltagarstyrda kulturen har beskrivits som en upplösning av det distributionsmonopol för upphovsrättsligt innehåll som traditionellt har byggts på en toppstyrd kreativ kontroll (Halbert 2009, s. 927–929 och Lee 2008, s. 1460). Den nya rollen som slutanvändarna har i den deltagarstyrda kulturen har myntats i termen ”conducer”, som är en beskrivning av konsumenter som samtidigt även är producenter (Garlick 2004, s. 425). Även termen ”prosumer” används för att beskriva den nya hybridrollen av konsument och producent (Loos m.fl. 2011, s. 41–45). I Finland har konvergensfenomenet i konsumtionen och produktionen beaktats åtminstone av Oesch 2008, s. 7–8, Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 27–29 och av en arbetsgrupp som tillsatts av undervisnings- och kulturministeriet (OKM 2010:9, s. 14–15 och s. 21–22).

³ Begreppen spelare och modifierare kommer att användas synonymt med varandra i denna avhandling.

⁴ I det här avseendet beskriver *Baldrice* modifiering som en ”symbios av innehållsskapande” (Baldrice 2007, s. 684). Enligt Postigo har spelindustrin ur ett historiskt perspektiv byggt upp *deltagarstyrda gemenskaper* genom att 1) tillhandahålla spelarna med lättanvända modifieringsverktyg som förenklar modifieringsskapandet, 2) upprätthålla deltagarstyrda spelargemenskaper, spel- eller modifieringssamhällen och diskussionsforum samt genom att 3) på ett allmänt plan underlätta, understöda och främja modifieringsskapande. Se Postigo 2010 under ”Introduction.”

som kommersiella speltitlar, varav det bästa exemplet på detta – särskilt med avseende på kommersiell succé – är modifieringen Counter Strike av Valves Half-Life.⁵

Fördelarna med spelmodifiering har på intet sätt undgått av spelutvecklarna.⁶ I takt med att modifieringskulturen blir allt större och mera ”professionaliserad,” så leder det samtidigt till ett ökat mervärde för spelindustrin.⁷ Till följd av detta har modifiering vuxit till en lukrativ affärsmodell för många spelföretag. Detta framgick särskilt tydligt bland annat då zombieapokalyps-modifieringarna DayZ till videospellet Arma 2 introducerades år 2012, varefter det totala försäljningsvärdet för Arma 2 gick upp med sammanlagt 500 %.⁸ Spelmodifiering har idag en betydande roll för spelindustrin och spelutvecklarna har själva väldigt stor nytta av spelarskapad kreativitet. Ett citat från Gabe Newell, en av grundarna till och verkställande direktör för Valve Corporation, är väldigt beskrivande i det här sammanhanget:

“I Team Fortress 2, bara för att vara på det klara, så skapar modifieringssamhället själv tio gånger mera innehåll än vad vi gör,” sade Newell. Han sade att ”Valve känner sig bekväm med att konkurrera med övriga spelbolag när det kommer till att skapa innehåll, och tror även att de är bättre på det, men vi kan inte konkurrera med våra kunder. Våra kunder har besegrat oss, och inte bara med en liten marginal, utan med en väldigt stor marginal. De skapar innehåll som är lika bra som det innehåll som vi skapar, och de skapar det med en otrolig hastighet.”⁹ (min översättning)

⁵ Kücklich 2005, under “The history of modding.” Se även Sotamaa 2007, under ”Studying game modifications” och Kushner 2003.

⁶ I underlättande syfte används endast begreppet ”spelutvecklare” i denna avhandling för att åsyfta den part som är rättighetsinnehavare av spelprodukten, även om ägandestrukturen kring videospel i verkligheten kan bestå av många olika parter. Vanligtvis är det datorspelsförlagen som ger ut videospelen.

⁷ Om professionaliseringen av modifiering, se Kücklich 2005, under ”The Modding Community as a Dispersed Multitude,” Sotamaa 2007, under ”The relation of play and work in games” och Sotamaa 2008, s. 6–7. Enligt Kücklich går trenden mot ett allt högre och högre produktionsvärde, som samtidigt innebär en strävan efter högre lönsamhet. Däremot innebär professionaliseringen av modifieringsverksamheten inte att det är direkt förenat med kommersiella intressen från spelarnas sida, utan spelarna har vanligtvis helt andra syften än rent ekonomiska då de väljer att modifiera spel. Kow och Nardi beskriver t.ex. modifierare som ”spelare som modifierar för nöjets skull och emellanåt för att tjäna sig en hacka” (Kow – Nardi 2010, under ”Introduction”). Enligt Wirman är spelarnas främsta drivkraft däremot att erhålla ett ömsesidigt erkännande från övriga spelare (Wirman 2009, s. 16). Se även Sotamaa 2008, s. 5 och s. 8 och Poor 2014.

⁸ För närmare detaljer, se <https://mp1st.com/news/arma-2-sees-500-increase-in-sales-with-introduction-of-dayz-mod> (senast besökt 2.12.2021).

⁹ Gabe Newell diskuterar hur man ska återinföra spelande år 2013, publicerat på IGN på adressen <https://www.ign.com/articles/2013/02/07/gabe-newell-discusses-how-to-reinvent-gaming>. Värt att notera är att samtidigt som experterna inom spelindustrin är övertygade om att användarskapat innehåll till videospel är en växande trend, så underskattar de graden av intresse som spelarna verkligen har för det (Lastowka m.fl. 2013, s. 4).

Från spelutvecklarnas synvinkel finns det helt klart många fördelar med att omfamna spelmodifieringsverksamheten och många spelutvecklare har därför också valt att integrera modifiering i sin affärsmodell.¹⁰ Vissa spelutvecklare kan även känna sig pressade till att understödja modifiering (eller vara ”*modifieringsvänliga*”) och erbjuda liknande möjligheter för att få en konkurrensmässig fördel på spelmarknaden.¹¹ Å andra sidan har det inom spelforskningsområdet uttryckts kritik över spelutvecklarnas sätt att sko sig på bekostnad av spelarna. *Kücklich* skriver bland annat om kommersialiseringen av tvivelaktigt arbete (”playbour”) och om hur spelindustrins nya affärsmodeller för det mesta bara främjar spelutvecklarna själva.¹² Upphovsrättsligt innebär det här att spelutvecklarna, i den mån spelarna kan erhålla upphovsrätt till sina modifieringar, förbehåller sig eventuella upphovsrättsliga intressen till spelmodifieringar med villkor om överlåtelse i sina slutanvändaravtal.¹³ I själva verket betraktas spelmodifieringar bland spelforskare generellt som intrång i spelutvecklarnas upphovsrätt i vilket fall som helst.¹⁴

I denna uppsats kommer jag ge en översikt om spelmodifiering utgående från finsk upphovsrätt och avtalsrätt. Ämnet kommer att avhandla spelmodifieringars upphovsrättsliga status i upphovsrättslagen och spelutvecklarnas praxis att förvärva spelmodifieringar. Utgående från detta kommer jag att argumentera för att spelarskapat innehåll nödvändigtvis

¹⁰ Se bl.a. *Kücklich* 2005 under ”The Economy of Modding,” *Sotamaa* 2007 under ”Game industry perspectives on modifications,” *Poretski – Arazy*, 2017, 482 och *Arakji – Lang* 2007, s. 8. *Arakji* och *Lang* uppger att tillhandahållande av modifieringsverktyg kan minska på utvecklingskostnaderna och leda till tidsinbesparingar för spelutvecklarna genom en decentralisering av informationsprocessen och beslutsfattandet. Samtidigt har modifiering även en baksida för spelutvecklarna. Modifiering gör det nämligen nödvändigt att övervaka och reglera spelmodifieringsverksamheten (*Sotamaa* 2007, under ”Introduction”). Modifiering kan även väcka etiska frågor och leda till intressekonflikter mellan modifierare och spelutvecklare (*Kow – Nardi* 2010, under ”Introduction”). *Fiorido* uppger att modifieringar även kan äventyra integriteten i spelet och leda till en kränkning av spelutvecklarens moraliska rättigheter (*Fiorido* 2013, s. 746). *Postigo* anger däremot från spelarnas synvinkel, att ”korporativa intressen [–] kan stå i vägen för kreativitet och deltagande” (*Postigo* 2008, s. 61).

¹¹ *Fiorido* nämner att en spelutvecklare kan välja mellan att omfamna modifieringskulturen och tillåta modifiering på bekostnad av spelets integritet, eller riskera att bli ersatt av spelutvecklare som väljer denna väg (*Fiorido* 2013, s. 755).

¹² *Kücklich* 2005, under ”Modding as” Playbour.” Angående begreppet ”playbour,” så måste det för klarhetens skull tydliggöras att spelarna inte på något sätt är i ett anställnings- eller uppdragsförhållande till spelutvecklaren.

¹³ *Scacchi* 2010 under ”Software and Content Licenses,” *Burk* 2010 under ”Terms of Service” och *Poretski – Arazy* 2017, s. 481.

¹⁴ *Wirman* 2009, under kapitel 4.4.

inte utgör intrång i spelutvecklarens upphovsrätt. Därtill kommer jag att analysera i vilken mån spelutvecklarna kan ty sig till allmänna standardvillkor i slutanvändaravtal för videospel för att på detta sätt förvärva rättigheterna till spelmodifieringar.

1.1.2 Definitionen och typindelningen av spelmodifieringar

I korthet innebär modifiering spelarskapat innehåll till ett videospel. Det existerar ingen officiell definition på vad en modifiering eller ”mod” är. Av denna anledning förekommer det många delade uppfattningar om saken både inom spelforskningsområdet och på nätet. På exempelvis wiki-sidan till Valves Developer Community definieras en spelmodifiering som en ändring av eller skapande av filer till en spelmotor som får den att ändra på spelstilen, spelgrafiken, spelmiljöerna eller spelfigurerna.¹⁵ Från spelforskningens område, å andra sidan, har *Sihvonen* beskrivit spelmodifiering som ”en aktivitet där spelare ändrar och lägger till eget skapat spelinnehåll i form av en ”mod” eller modifiering som de skraddarsytt och anpassat till ett befintligt (kommersiellt) videospel. Typiska beståndsdelar som är föremål för spelmodifiering är, enligt *Sihvonen*, spelkaraktärer, fiender, vapen, spelnivåer, spelstrukturer, musik och olika typer av spelupplägg, och kan appliceras i både en- och flerspelarspel.¹⁶

Många av dagens videospel fungerar som plattformar för kreativt skapande. För att kunna modifiera ett spel krävs det att spelmodifierare har någon sorts tillgång till videospalet. Denna tillgång fås vanligtvis med modifieringsverktyg (en uppsättning utvecklingsverktyg (SDK:s) exempelvis) som vanligtvis tillhandahålls av spelutvecklaren själv.¹⁷ Modifieringsverktyg är i själva verket olika utvecklingsverktyg för spelutveckling och används för att underlätta

¹⁵ <https://developer.valvesoftware.com/wiki/Modification> (senast besökt 2.12.2021).

¹⁶ *Sihvonen* 2009, s. 49. *Scacchi* utgår däremot ifrån en bredare definition av modifiering och anser att det omfattar anpassningar, skraddarsyende och omkonfigureringar av spelinnehåll, mjukvara och hårdvara (*Scacchi* 2010, under ”Mods, modders, modding, and the mod scene”). Jag kommer inte att beakta modifiering av hårdvara i denna avhandling. Hårdvarumodifiering har minskat mycket i popularitet på senare år och är numera närmast en utdaterad form av modifiering (*Baldrice* 2012, s. 802).

¹⁷ *Scacchi* 2010, under ”Game software infrastructure and development tools.” *Scacchi* påpekar att dessa verktyg inte erbjuder tillgång till alla delar av spelmotorn. Det är upp till spelutvecklaren att bestämma vilka alla egenskaper ett modifieringsverktyg ska kunna erbjuda spelarna. I brist på officiella modifieringsverktyg kan spelarna även skapa egna (icke-officiella) modifieringsverktyg utan spelutvecklarens samtycke (*Wallace*, s. 230). Modifiering utan spelutvecklarens samtycke utgör sannolikt intrång i upphovsrätten eller kringgående av tekniska skyddsåtgärder. Denna typ av modifiering kommer dock inte att beröras i denna avhandling.

modifiering av spel. Alla modifieringar kräver först och främst någon form av indirekt tillgång till den underliggande spelmotorn i spelet, medan källkoden i spelmotorn oftast är utom räckhåll för spelare.¹⁸ Vid modifiering används därtill nästan alltid speltillgångar från originalspelets databas,¹⁹ även om detta inte nödvändigtvis alltid behöver vara fallet, såsom t.ex. vid totalomvandlingar. Från en teknisk synvinkel, så ändras inte källkoden direkt vid modifiering av spel, eftersom spelmodifiering är begränsad till interaktion med spelets applikationsanvändargränssnitt (API-gränssnitt), som möjliggör åtkomst till spelinnehållet.²⁰ Modifiering kan även ske så att spelare skriver egen kod, men i många fall tillhandahåller spelutvecklaren spelarna med färdigt inbyggda modifieringsverktyg som inte kräver att spelarna behöver skriva ny kod. Dessa kan t.ex. bestå av grafiska editorer, såsom nivåeditorer, med en inbyggd funktionalitet som fungerar enligt ”drag and drop-principen” för byggandet av spelnivåer.

På detta sätt skiljer sig modifiering åt från programmering i öppen källkod (Free open source software eller FOSS). Även om båda verksamheterna bygger på gemensamma insatser av flera personer, så förekommer det skillnader mellan dem. Modifiering handlar främst om att skapa nya audiovisuella alster, och inte om att skapa ny källkod. Därtill är modifiering, till skillnad från programmering i öppen källkod, alltid kopplat till en kommersiell produkt (ett videospel) till vilket det skapas innehåll.

Innebörden av begreppet spelmodifiering är väldigt brett. Av denna anledning är det nödvändigt att göra en *typindelning* av modifieringar baserat på särdragen i dem. Modifieringar delas vanligtvis in i *partiella omvandlingar* och *totalomvandlingar*. Skillnaden

¹⁸ Postigo 2010, under ”Section 2.” Denna tillgång nås med särskilda modifieringsverktyg, såsom nyss nämnts, eftersom direkt tillgång till spelmotorn normalt inte tillåts för spelare (Sihvonen 2009, s. 131). Se även Nieborg – van der Graaf 2008, s. 183–184. Det här innebär att spelmodifierare har en mera begränsad tillgång till spelmotorn än jämfört med t.ex. en licensinnehavare av spelmotorn (Baldrice 2012, s. 791).

¹⁹ Både *Sihvonen* och *Wallace* hävdar att det vanligaste sättet att modifiera spel handlar just om att ändra och mixtra med speltillgångarna (Sihvonen 2009, s. 131 och Wallace 2014, s. 220 och s. 229). Se även (Poor 2014).

²⁰ Burk 2010, under ”Copyright” och Kow – Nardi 2010, under ”Introduction.” Vissa spelutvecklare ger dock tillgång till spelmotorns källkod, såsom t.ex. var fallet med id Software för speltiteln Doom år 1997. Ett fåtal andra aktörer har även valt att publicera sin källkod efter detta. Se Sihvonen 2009, s. 79.

mellan dessa två är baserat på i vilken grad de ändrar på spelet.²¹ Partiella omvandlingar är kompletterande till originalspelet (de kompletterar spelet med nytt spelinnehåll), medan totalomvandlingar skapar helt nya spelerfarenheter för spelarbasen. I själva verket kan båda dessa typer av spelmodifieringar betraktas som kompletterande till originalspelet, eftersom de till stor del är bundna av den ”operationella interna logiken” som är inbäddad på kodnivån i spelmotorn.²²

Ett annat sätt att dela in modifieringar demonstreras av *Arakji* och *Lang*. De delar in modifieringar i ett system bestående av tre olika nivåer. I detta system är M1-mods amatörmässiga till sin karaktär och uppvisar väldigt få ändringar i originalspelet. M2-mods är av högre kvalitet och kan antingen utgöra partiella omvandlingar som väsentligt utvidgar och förbättrar spelet, eller totalomvandlingar, som drastiskt ändrar på originalspelet. Den tredje nivån, M3-mods, består av sådana modifieringar från nivån M2-mods som är av en så utsökt kvalité att spelutvecklaren väljer att plocka ut dem och vidareutveckla dem till självständiga fristående spel.²³

För att underlätta en upphovsrättslig analys av modifieringar är det däremot nödvändigt att grunda en mera detaljerad klassificering som tar i beaktande hur spelarna interagerar med speltillgångarna vid modifiering samt det breda spektrumet av kreativ input som är förenat med själva förverkligandet av de olika typerna av modifieringar. I det här avseendet hänvisar jag till följande typindelning:

²¹ Arakji – Lang 2007, s. 9. Detta går hand i hand med *Sotamaas* beskrivning av de förverkligandemetoder som modifierare tillämpar vid modifiering. Dessa förverkligandemetoder kan sträcka sig från små, simpla ändringar i grafiken eller ljudet till totalomvandlingar som kan vara relativt självständiga i förhållande till originalspelet (Sotamaa 2007, under ”Studying Game Modifications” och 2015). Se även Baldrice 2007, s. 691.

²² Sihvonen 2009, s. 49 och s. 131 och Nieborg – van der Graaf 2008, s. 184. Se även Arakji – Lang 2007, s. 10. Såsom *Arakji* och *Lang* påpekar, så kan modifieringar betraktas som kompletteringar till originalspelet på den grunden att spelare fortfarande behöver en kopia av originalspelet för att kunna komma åt och spela modifieringen.

²³ Arakji – Lang 2007, s. 11–13.

	Kategorier av spelmodifieringar	Den estetiska nivån	Den operationella nivån
Spelmodifieringar som är förbehållna i spelet	Återgivning	Samling och hopsättning av spelelement från ett urval av existerande delar och föremål	Dra fördel av säkerhetsglapp, buggar och svagheter i spelmekaniken.
	Konfigurering (Omkonfigurering)		Fuskande: användning av särskilda bluffkoder som spelutvecklaren tillhandahåller.
Användarutvidgade spelmodifieringar	Omvandling	<ul style="list-style-type: none"> -Skapandet av nya utrymmen i spelet -Ändring av utseendet i spelobjekt och spelkaraktärer (spelstrukturer och skalförändringar) -Ändring av de underliggande modellerna i spelobjekt och spelkaraktärer (2D- och 3D modellering) 	<ul style="list-style-type: none"> -Skapandet av nya utrymmen (utan koppling till den estetiska nivån) -Ändring av funktionerna i spelobjekt och spelkaraktärer -Ändring i beteendet hos spelkaraktärer -<i>Metaspelande</i> (användning av tillägsprogram i form av programfix (eng. patches) och hacking)
	Omdirigering	<ul style="list-style-type: none"> -Skapande och distribuerande av skärmdumpar (t.ex. bilder till 'fotoalbum') -Skapande av gamics ("game comics") -Skapande av machinima ("machine cinema") 	

Figur 1. Typindelning av spelmodifieringar (översättning från Sihvonen, Tarja 2009, s. 154).

Eftersom det här är en uppsats i upphovsrätt, så omfattar analysen endast sådan spelmodifiering som förutsätter en skapande och kreativ insats från spelarnas sida. Således kommer återgivning och konfigurering på den operationella nivån att lämnas bort i analysen, eftersom de huvudsakligen bygger på utnyttjande av de inbyggda spelfunktionerna, och innefattar därmed inte någon skapande insats från spelarens sida.²⁴ De övriga modifieringstyperna som ingår i *Sihvovens* typindelning av modifieringar kommer dock huvudsakligen att tillämpas i denna avhandling.

²⁴ Vid denna typ av modifiering utnyttjar spelarna säkerhetsglapp och användande av kodkommandon för att få en fördel i spelet. Spelaren skapar inte någonting nytt i detta avseende, utöver själva spelprocessen givetvis. Kreativt spelande skulle även kunna analyseras, men för att undvika en alltför bred och omfattande definition av modifiering, så lämnas detta utanför ramen för denna avhandling.

1.2 Frågeställningar och avgränsningar

Spelmodifiering är ett mångfacetterat område och det finns många intressanta frågeställningar kring temat modifiering. Jag har valt att huvudsakligen fokusera på det upphovsrättsliga skyddet av spelmodifieringar. Anledningen till mitt val grundar sig på att ämnet är aktuellt och det råder fortfarande oklarhet kring upphovsrätten till modifieringar. Syftet och målet med denna avhandling är att utreda om spelarna kan erhålla upphovsrätt till de spelmodifieringar de skapar. En annan central frågeställning i denna avhandling berör spelutvecklarnas praxis att förvärva rättigheterna till spelarskapade modifieringar med villkor om över- och upplåtelse²⁵ i slutanvändaravtal. För att skapa en logisk och koherent helhet om det upphovsrättsliga skyddet till spelmodifieringar och spelutvecklarnas praxis att förvärva upphovsrätterna till dem med slutanvändaravtal, så är det nödvändigt att också beakta förhållandet mellan upphovsrätten och avtalsrätten.²⁶ Avhandlingen kommer således att bygga runt följande två huvudfrågor:

1. Är den finska upphovsrättsliga lagstiftningen tillräckligt välutrustad för att klargöra upphovsrätten till spelarskapade modifieringar? Om så är fallet, så är fortsättningen på frågan ifall modifieringar kan åtnjuta ett självständigt skydd i förhållande till originalspelet på basis av upphovsrättslagen?
2. Följande fråga handlar om ifall det existerar några avtalsrättsliga hinder för spelutvecklarnas praxis att förvärva spelarskapade modifieringar med villkor om upplåtelse och överlåtelse i slutanvändaravtal, särskilt i ljuset av den finska doktrinen om standardavtal och jämkning av oskäligen villkor.

²⁵ Om inget annat anges används nedan ”överlåta” för att beskriva både överlåtelser, upplåtelser och liknande licenser. I övrigt används begreppet ”överlåta” och ”upplåta” specifikt för att betona att det är frågan om just någondera av dessa.

²⁶ Såsom *Oesch* påpekar, så är upphovsrättens bestämmelser allenast otillräckliga för att analysera upphovsrättsliga överlåtelser med licensavtal. I själva verket är de upphovsrättsliga bestämmelserna i hög grad beroende av de allmänna kontraktsrättsliga principerna (*Oesch* 2005, 281). Den rådande normhierarkin mellan upphovsrätten och avtalsrätten är dock inte helt klar. *Nordell* hävdar t.ex. att ingendera av dem kan vara överställda den andra. Enligt honom bör man emellertid se de upphovsrättsliga tolkningsprinciperna närmast som ett *preciserande komplement* till de allmänna avtalsrättsliga tolkningsprinciperna. Detta grundar han på faktumet att de i hög grad liknar varandra och bör därför i möjligaste mån tolkas i ljuset av och i överensstämmande med de allmänna avtalsrättsliga principerna (*Nordell* 2008, s. 325–326). Det här innebär att det inte finns några större hinder för att upphovsrätten och avtalsrätten kan fungera sida vid sida i denna analys. - Eftersom spelare är både skapare och konsumenter, så kommer även konsumenträttsliga aspekter att beaktas till den del de är relevanta för analysen. Jag kommer dock inte att gå något djupare in på frågor som berör spelarnas konsumenträttsliga ställning.

Således består analysen både av en upphovsrättslig och en avtalsrättslig aspekt, där den upphovsrättsliga delen fokuserar på inledande äganderätt till modifieringar, medan den avtalsrättsliga delen fokuserar på senare överlåtelse av denna äganderätt, dvs. efterföljande äganderätt.²⁷ Således kommer den finska upphovsrättslagen (404/1961) att utgöra det huvudsakliga verktyget för analysen. Som utgångspunkt i analysen fungerar bestämmelserna i 1 § och 4–5 § i URL till den del det gäller inledande äganderätt till spelmodifieringar, medan bestämmelserna i 27 § och 29 § i URL fungerar som utgångspunkt till den del det gäller frågan kring efterföljande äganderätt, dvs. överlåtelse av upphovsrätt till spelmodifieringar från spelare till spelutvecklare.

För att uppsatsens syfte och mål ska kunna uppfyllas på bästa sätt, så är det nödvändigt att göra ett antal avgränsningar. För det första så fokuserar denna uppsats endast på de upphovsrättsliga aspekterna kring spelmodifiering, och då enbart utgående från de ekonomiska rättigheterna som är knutna till modifieringar. Således kommer jag inte att beakta eventuella moraliska rättigheter i samband med spelmodifiering.²⁸ Vidare har jag valt att fokusera enbart på sådana situationer där spelutvecklaren uttryckligen eller införstått tillåter spelmodifiering. Orsaken till att jag valt att avgränsa och vinkla analysen på detta sätt grundar sig på att spelmodifiering fortfarande är i ett växande skede och trenden går mot att allt fler spelutvecklare tillåter och understödjer modifiering av sina spel.²⁹ Frågor som berör *otillåten modifiering* och eventuellt upphovsrättsintrång kommer således inte att beaktas i avhandlingen.³⁰ Av samma skäl kommer jag inte heller att analysera spelmodifieringar utgående ifrån eventuella *undantagsbestämmelser* i form av tillåten användning (fair use).

²⁷ Med inledande äganderätt avses den äganderätt som följer av upphovsrättslagen. Således består denna del av analysen i vilka upphovsrättsliga anspråk spelaren respektive spelutvecklaren har i förhållande till spelarskapet innehåll. Med efterföljande äganderätt avses den omfördelning av äganderätten som sker med avtalsmässiga förfaranden efter att upphovsrätt inledningsvis har uppstått och tillkommit en person på basis av upphovsrättslagen.

²⁸ Det här innebär inte att frågor som berör de moraliska rättigheterna skulle sakna någon som helst betydelse för spelmodifieringar. I själva verket kan de moraliska rättigheterna ha en stor betydelse i relation till modifiering. Bl.a. har *Fiorido* berört detta ämne (Fiorido 2013).

²⁹ Se Festinger – Metcalfe – Ripley 2012, s. 88.

³⁰ Det här inbegriper både upphovsrättsintrång som kan uppstå mellan spelaren och spelutvecklaren, såsom situationer där modifieringen inskränker på spelutvecklarens rättigheter, samt upphovsrättsintrång som kan uppstå i relation till en tredje part, såsom situationer då modifieringen innehåller skyddat material som hör till tredje part. Med upphovsrättsintrång avses här även frågor som berör kringgående av tekniska skyddsåtgärder.

Vad beträffar slutanvändaravtalen för videospel, så fokuserar den avtalsrättsliga delen av avhandlingen i sin tur endast på frågor som berör införlivandet av och oskäligheten i slutanvändaravtalens villkor om upplåtelse och överlåtelse av spelmodifieringar. Övriga omständigheter som kan vara grunder för ogiltighet och oskälighet i ett slutanvändaravtal beaktas därmed inte.

Slutligen har jag valt att huvudsakligen utföra analysen med utgångspunkt i finsk upphovsrättslig lagstiftning.³¹ Videospel och spelmodifiering är ett globalt fenomen och innebär att rättsliga frågor som berör spelmodifieringar har en internationell karaktär. Eftersom spelutvecklarna verkar inom en global marknad, så kan frågor som berör slutanvändarnas hemvist spela en stor roll för spelbolagens del. Dessa frågor har jag dock valt att lämna utanför ramen för denna uppsats. Utgångspunkten i denna avhandling är således begränsad till frågan om hur spelmodifieringar skall komma att granskas enligt finsk upphovsrätt.³² Den avtalsrättsliga delen är också begränsad till finsk rätt. Således kommer frågor som berör lagvalsregler i slutanvändaravtal inte att beaktas. Det här innebär att denna avhandling endast berör slutanvändaravtal som uttryckligen är reglerade av finsk lag.³³

³¹ Med huvudsakligen avses här att internationella synpunkter både från europeisk och amerikansk rätt kommer att tillämpas till den del som de är relevanta för analysen. Därtill kommer upphovsrättsligt material från de övriga nordiska länderna (särskilt från Sverige) att tillämpas som stöd vid tolkningen av den finska upphovsrätten i syfte att utröna svar på frågor som de nationella källorna inte ger ordentliga svar på. Detta kan motiveras dels med att de övriga nordiska ländernas upphovsrättsliga lagstiftning är väldigt identisk med den finska, vilket grundar sig på att de nordiska upphovsrättslagarna har beretts gemensamt, och dels med de stora likheterna mellan de nordiska ländernas rättssystem.

³² Bestämmelserna om bearbetningar är till stor del nationellt bestämda och kan skilja sig åt från varandra betydligt mellan olika medlemsländer. Eftersom det inte råder någon harmonisering om bearbetningar bland medlemsstaterna, så är inte syftet med denna avhandling att fungera som en heltäckande analys för hur modifieringar ska behandlas allmänt, utan utgångspunkten är, som nyss nämnts, närmast begränsad till finsk upphovsrätt.

³³ Det är inte ovanligt att finska spelutvecklare väljer finsk lagstiftning som en grund för sina slutanvändaravtal. Detta kan bevisas med att både Rovio och Supercell har gjort detta val för sina slutanvändaravtal, dock med det lilla förbehållet att Supercells villkor föreskriver staten Californias lagar för slutanvändare bosatta i USA. Rovios slutanvändaravtal nås på adressen <https://www.rovio.com/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021) och Supercells på adressen <https://supercell.com/en/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021).

1.3 Metodologisk infallsvinkel och material

I avhandlingen tillämpas huvudsakligen en *rättsdogmatisk* metod.³⁴ Rättsdogmatiken handlar traditionellt om *tolkning* och *systematisering* av *gällande rätt*.³⁵ Målet med rättsdogmatiken handlar om att klargöra den gällande rätten genom att göra *normställningstaganden* och *tolkningsställningstaganden*. Ett *normställningstagande* handlar om att fastställa vad som utgör gällande rätt medan ett *tolkningsställningstagande* handlar om att utreda betydelseinnehållet i de rättsnormer som utgör gällande rätt.³⁶ För att den rättsdogmatiska metoden ska kunna förverkligas i praktiken måste den gällande rätten klargöras innan den kan analyseras och tolkas. Det här betyder att den som granskar lagen (lagtillämparen) måste ha en tillräckligt god uppfattning om innehållet i rättsnormerna och den kontext vari de återges för att kunna göra tolkningsställningstaganden om dem.

Målet med denna uppsats är att bestämma hur gällande rätt skulle kunna tillämpas på spelmodifieringar och den praxis som är relaterad till över- och upplåtelse av spelmodifieringar från spelare till spelutvecklare med slutanvändaravtal. För att detta ändamål ska kunna uppnås måste betydelseinnehållet i de gällande bestämmelserna i upphovsrättsrätten och avtalsrätten tolkas mot bakgrund av diskussionsfrågorna. Det här betyder att det måste göras *tolkningsställningstaganden* utgående från hur de gällande bestämmelserna i upphovsrättsrätten och avtalsrätten ska tillämpas på de frågor som här berörs.³⁷ För att göra *tolkningsställningstaganden* tillämpas olika tolkningsmetoder, såsom ordagrann, teleologisk, och värdegrundad tolkning, som bland annat omfattar etiska och moraliska ställningstaganden. Beroende på vilket rättsområde som analyseras, så får vissa tolkningsmetoder en större relevans i förhållande till de andra.³⁸ Eftersom de

³⁴ Aarnio 1978, s. 52. Det här innebär att avhandlingen förhåller sig till en inre bild av hur rätten är, och är således bunden av den gällande rätten (Hirvonen 2011, s. 26).

³⁵ Se allmänt Peczenik 1995, s. 312–320. Systematisering är teoretisk rättsdogmatik medan tolkning är praktisk rättsdogmatik (Hirvonen 2011, s. 25).

³⁶ Hirvonen 2011, s. 22.

³⁷ När det görs ett tolkningsställningstagande innebär det att det samtidigt görs ett normställningstagande om vilka rättsnormer som är föremål för tolkning (Hirvonen 2011, s. 22). Av denna anledning sker normställningstaganden och tolkningsställningstaganden i praktiken oftast samtidigt. Det här betyder att de relevanta bestämmelserna i upphovsrättslagen och avtalsrätten som är föremål för granskning i denna avhandling godtas och accepteras som gällande rätt.

³⁸ För mera information om de olika tolkningsmetoderna, se Hirvonen 2011, s. 38–40.

upphovsrättsliga och avtalsrättsliga bestämmelserna är väldigt knapphändigt skrivna och därmed lämnar väldigt lite utrymme för ordagrann tolkning, så innebär det att de övriga tolkningsmetoderna får en starkare relevans till förmån för denna metod.

Rättsdogmatikens *normativa ställning* är förankrad i *rättskällevärdet*. För att ta reda på den gällande rätten måste utgångspunkten således ligga i rättskällorna. Rättskällorna utgör de tolkningsgrunder varifrån rättsnormernas innehåll tas ifrån.³⁹ Traditionellt delas rättskällorna i finsk rätt in i tre olika grupper som rangordnas i en inbördes hierarki utgående från hur starkt förpliktande de är för lagtolkaren att beakta. Starkt förpliktande rättskällor är lagar och sedvana och dessa *ska* beaktas i den juridiska argumentationen, vilket betyder att lagtillämparen inte får åsidosätta dem. Svagt förpliktande rättskällor är lagförarbeten och praxis (prejudikat) och *bör* beaktas i den juridiska argumentationen, vilket innebär att lagtillämparen måste ha starka argument för att åsidosätta dem. Tillåtna rättskällor består av praktiska argument, etiska och moraliska grundsatser, allmänna rättsprinciper och den rättsliga doktrinen och dessa *får* beaktas i den juridiska argumentationen.⁴⁰ Sedan Finland blev medlem i EU har den traditionella rättskällevärdet kompletterats. Då EU-rätten har företräde framför nationell rätt så innebär det här för rättskällevärdets del att EU-rätten tillsammans med EU-domstolens praxis är placerad högst upp i rangordningen bland rättskällorna och har således en egenskap av starkt förpliktande rättskälla i förhållande till all nationell lagstiftning.⁴¹

Mot bakgrund av ämnet i denna avhandling är det nödvändigt att redogöra mera ingående för användningen av rättskällorna. Det faktum att spelmodifiering är ett relativt nytt fenomen, som kännetecknas av decentraliserat innehållsskapande, innebär vissa utmaningar gällande användningen av den traditionella rättskällevärdet. För det första, när det gäller den skrivna lagen (främst upphovsrättslagen i det här fallet), så står det klart det inte går att få ett

³⁹ Peczenik 2005, s. 46.

⁴⁰ Aarnio 1982, s. 94–96, Aarnio 1989, s. 220–221, Aarnio 2006, s. 292 ff. och Hirvonen 2011, s. 42–43. Se även Peczenik 1995a, s. 216 och Peczenik 1995b, s. 35. I rättskällevärdet ingår även en fjärde kategori. Den fjärde kategorin består av förbjudna källor, vilka endast kan bestå i argument som antingen är lagstridiga, som på något sätt strider emot god sed eller som är öppett politiska (Aarnio 2006, s. 293 och Aarnio 2011, s. 151).

⁴¹ Ojanen 2016, s. 86 ff., Hirvonen 2011, s. 41 och s. 43 och Aarnio 2006, s. 295.

direkt och entydigt svar på de frågor som diskuteras i denna avhandling utgående från ordalydelsen i själva lagtexten.⁴² Det här beror delvis på att det i gällande lagstiftning inte finns några specialstadganden om användarskapat innehåll och delvis på att de tillämpliga lagrummen är väldigt knapphändigt skrivna.⁴³ Därtill har det inte heller hittills hunnit uppstå någon inhemsk rättspraxis som berör spelmodifieringar.⁴⁴

Vid avsaknaden av starkt förpliktande rättskällor så får de *tillåtna* rättskällorna en större betydelse. I syfte att utröna forskningsfrågorna i denna avhandling har jag därför valt att fästa mycket vikt i upphovsrättsrådets utlåtanden, som får en större roll som vägledande tolkningsunderlag för analysen.⁴⁵ Därtill spelar *doktrinen* en mycket stor roll för att klargöra och utröna betydelseinnehållet i de upphovsrättsliga och avtalsrättsliga bestämmelserna som är relevanta för diskussionen. På grund av de stora likheterna i de nordiska ländernas upphovsrättsliga lagstiftning, så tillämpas doktrin från de övriga nordiska länderna (särskilt från Sverige) som kompletterande doktrinärt tolkningsmaterial för att förtydliga tolkningen av de nationella bestämmelserna och även för att ge ett kompletterande argumentvärde till analysen av den finska upphovsrättslagen.⁴⁶

Eftersom det saknas nationella rättskällor som berör spelmodifiering, så förefaller det naturligt att tillämpa utländskt material som stöd för argumentationen. Praxis och doktrin som berör spelmodifiering kommer nästan uteslutande från USA och kommer att tillämpas vid behov. Detta sätt att närma sig frågan är inte normativ, utan har ett *empiriskt* syfte. Det

⁴² Se Sorvari 2005, s. 19.

⁴³ De lagrum som här avses är upphovsrättslagens bestämmelser om upphovsrätt, bearbetning och samlingsverk i 1 § och 4–5 § URL samt bestämmelserna om upphovsrättsens övergång, och då främst 27 § och 29 § URL.

⁴⁴ Såsom *Pihlajarinne* anger, så kan praxis fungera som användbart tolkningsmaterial endast i de fall då den verksamhetsmiljö de förhåller sig till hålls någorlunda statisk, vilket är möjligt endast under den förutsättningen att det finns ett tillräckligt långt tidsspann under vilket domstolarna kan ge beslut (*Pihlajarinne* 2012b, s. 547–558).

⁴⁵ Upphovsrättsrådet är ett centralt organ som enligt 55 § URL har till uppgift att tolka bestämmelserna i upphovsrättslagen. Upphovsrättsrådets utlåtanden är inte bindande, men har en stor betydelse mot bakgrund av dess egenskap som ett sakkunnigorgan och domstolarna brukar i regel följa dem vid rättstillämpningen (Sorvari 2005, s. 20. Se även Mylly 2016, s. 918).

⁴⁶ Beredningen av den nationella upphovsrättsliga lagstiftningen har skett i nära samarbete med de övriga nordiska länderna med utgångspunkten att nå en nordisk samordning. Se Haarmann 2005, s. 8–9. Även om de nordiska upphovsrättslagarna har kommit att splittrats åt olika håll på grund av senare lagändringar, så kvarstår de dock fortfarande tillräckligt koherenta till sin uppbyggnad, struktur och innehåll.

här innebär att det utländska materialet närmast fungerar som praktiskt stödmaterial för att ge perspektiv på det egna rättssystemet beträffande rättsliga frågor som berör spelmodifiering, och inte för att dra några rättsliga tolknings slutsatser utifrån dem.⁴⁷

Utöver de rent rättsvetenskapliga källorna används även icke-juridiska vetenskapliga artiklar som berör spelmodifiering och verksamheten kring det. Detta görs huvudsakligen för att förankra temat och skapa en gedigen grund för en upphovsrättslig analys av spelmodifieringar. *Sihvonens* avhandling om spelmodifieringar spelar en stor roll i analysen och fungerar som utgångspunkt för typindelningen av modifieringar. Syftet med användningen av dylika icke-juridiska källor är inte att göra några normativa ställningstaganden på basen av dem, utan det handlar närmast om att förankra temat med hjälp av dem för att på ett bättre sätt kunna belysa fenomenet för den oinvidde.

1.4 Disposition

Uppsatsen är disponerad på så sätt att efter introduktionsavsnittet följer uppsatsens andra avsnitt, som har som syfte att inledningsvis klargöra det upphovsrättsliga skyddet för videospel för att på detta sätt kunna förankra spelmodifieringar i upphovsrätten och klargöra upphovsmannaskapet för videospel. Det tredje avsnittet är ägnat åt avhandlingens första fråga som handlar om ifall upphovsrätt till spelmodifieringar kan uppstå och hur omfattande denna upphovsrätt är medan det fjärde avsnittet är ägnat åt avhandlingens andra fråga där det förs en diskussion om hur de formella och materiella förutsättningarna inom avtalsrätten förhåller sig till verkställandet av slutanvändaravtal som ett medel för över- och upplåtelse av spelmodifieringar. Det femte och avslutande avsnittet innehåller en sammanfattning av uppsatsens innehåll och även en slutdiskussion om olika lösningsmodeller.

⁴⁷ Se Pihlajarinne 2012b, ss. 555–557 och Pihlajarinne 2012a, s. 29.

2 Det upphovsrättsliga skyddet för videospel

2.1 Videospelets tekniska uppbyggnad och funktion

Det är viktigt att illustrera hur ett videospel fungerar under ytan för att bättre kunna analysera upphovsrätten till videospel och få ett grepp om hur modifieringar tekniskt sett samspelar med videospel. Ett videospel kan huvudsakligen delas in i en *spelmotor* och *spelinnehåll*.⁴⁸ Det hjälper att föreställa sig en spelmotor som en *plattform* som fungerar både som ett verktyg för spelutveckling och som den drivande motorn till spelet.⁴⁹ I spelmotorn ingår en uppsättning av återanvändbara programmoduler som är dyra och tidskrävande att utveckla.⁵⁰ En spelmotor består vanligtvis av en grafik- och fysikmotor, en 3D-genererare och olika program för ljud och AI (artificiell intelligens).⁵¹ Spelmotorn har som uppgift att styra alla funktioner i spelet och få allt spelinnehåll att fungera tillsammans.

Det är en allt mera vanlig trend inom spelutvecklingsbranschen att återanvända populära spelmotorer och lägga mera resurser på utvecklingen av den komplicerade grafiken och spelinnehållet istället för att satsa på utvecklingen av egna spelmotorer. Spelutvecklare startar sällan med att utveckla ett spel helt från grunden, utan istället licensierar de färdiga mellanprogram (middleware) som erbjuder enkla lösningar med färdigt konstruerade grundmoduler med vars hjälp det är möjligt att snabbt utveckla nya spel.⁵² Spelmotorer är till sin tekniska design väldigt modulära och kan anpassas i enlighet med de konstnärliga målsättningar som spelutvecklaren har ämnat med spelet. Det här innebär att endast en liten del av koden i spelmotorn är anpassad för ett specifikt spel.⁵³ Denna utvecklingsmodell har föranlett en centraliserad produktionsmodell inom spelindustrin, där utvecklingen av spelmotorer koncentreras till ett fåtal aktörer.⁵⁴

⁴⁸ Baldrice 2012, s. 790–791.

⁴⁹ Ramos 2013, s. 11.

⁵⁰ Baldrice 2012, s. 790.

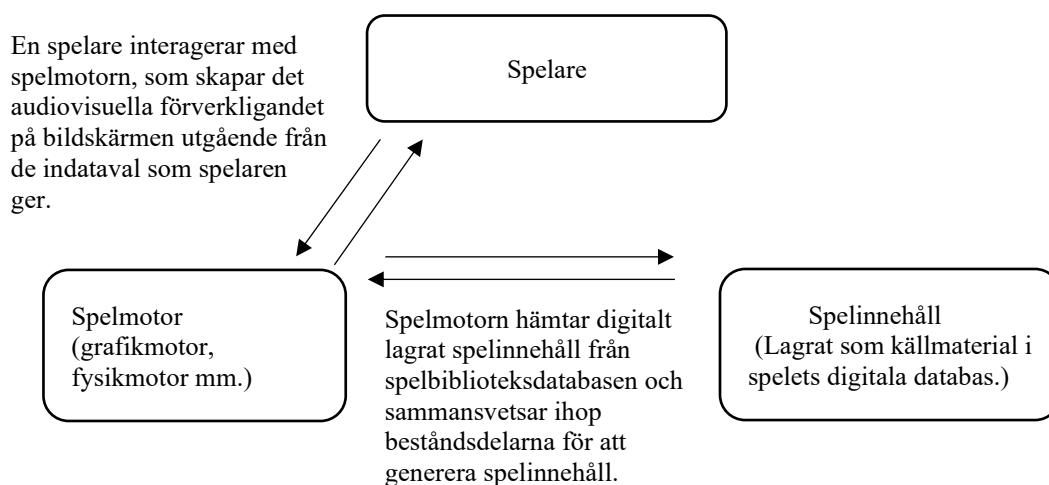
⁵¹ Ibid. s. 790–791.

⁵² Ramos 2013, s. 11. Se även Ramos 2014.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Baldrice 2012, s. 797.

Spelinnehållet, å sin sida, består av en mängd olika audiovisuella beståndsdelar som kan förekomma i många olika uttrycksformer, såsom grafiska konstnärliga speltillgångar, spelkaraktärer, spelobjekt, spelhandlingar, text, ljud och musik.⁵⁵ Interaktionen mellan spelmotorn och spelinnehållet sker på så vis att spelmotorn hämtar det digitalt lagrade spelinnehållet i form av bilder och ljud från de skilda filerna som är lagrade i spelets databas, ”jämkar” dem samman i grafikmotorn och genererar det som visuella uttryck i form av rörliga bilder och ljud på bildskärmen i enlighet med de indataval som spelaren gör.⁵⁶ Eftersom spelutveckling i hög grad sker med licensierade spelmotorer, så består största delen av det originella innehållet i ett videospel av själva spelinnehållet.⁵⁷ Således skiljer sig olika speltitlar åt från varandra främst på basen av deras unika spelinnehåll.



Figur 2. Illustration av funktionen i ett videospel och samverkan mellan spelmotorn och spelinnehållet.

⁵⁵ Ibid., s. 791.

⁵⁶ Wallace 2014, s. 227.

⁵⁷ Enligt Wolk kan den grafiska bildskärmsdesignen normalt lätt separeras från spelmotorn, som i sin tur kan återanvändas i spelutveckling (Wolk 2016, s. 46–47). Det här betyder att inte allt spelinnehåll är originellt på så sätt att det härstammar från spelutvecklaren.

2.2 Klassificeringen av videospel från ett internationellt perspektiv

Hur videospel ska skyddas är ännu oklart. Internationellt sett råder det ingen enighet om hur videospel ska klassificeras. Svårigheten med att ge videospel upphovsrättsligt skydd hänger delvis samman med att det för närvarande saknas en egen verkskategori för videospel. Det här har lett till att olika länder har löst problemet olika, och även inom EU förekommer det skillnader i klassificeringen mellan medlemsländerna. I en internationell komparativ studie förrättad av WIPO framgår det att videospel på nationell nivå huvudsakligen klassificeras som antingen *datorprogramverk*, *sammanfogade verk* (dvs. där de enskilda beståndsdelarna som ingår i spelet åtnjuter ett individuellt skydd var för sig i enlighet med den verkskategori de hör till) eller *audiovisuella verk*.⁵⁸

Alla de ovan nämnda klassificeringsmetoderna kommer dock med sina brister. Det kan nämligen få orimliga följder av att trycka in videospel i gamla traditionella verkskategorier. Att enbart begränsa skyddet för videospel i sin helhet till någondera kategorin datorprogram eller audiovisuella verk gör att någondera delen i videospel bortprioriteras i skyddet till förmån för den andra, och därmed förenklar skyddet genom att göra det alltför snävt och bristfälligt.⁵⁹ Således förbises det faktumet att ett videospel består av både ett datorprogram (spelmotorn) och audiovisuella speltillgångar. I den tredje klassificeringsmetoden, där de ingående beståndsdelarna åtnjuter ett självständigt skydd var för sig, så undviker man i sin tur problemet med en förenkling av skyddet. Däremot innebär det ett mera fragmentariskt skydd, som kan leda till att den upphovsrättsliga analysen blir mer svårhanterlig ur en praktisk synvinkel, såsom vid t.ex. fastställande av originalitet eller sökandet efter likheter mellan två olika videospel.

⁵⁸ Ramos 2013, s. 10–11.

⁵⁹ Att t.ex. skydda videospel huvudsakligen som programverk innebär att det inte tas i beaktande att videospel vanligtvis skapats med en licensierad spelmotor och s.k. mellanprogram. Dessa mellanprogram utgör oftast grunden för ett videospel, där endast en liten del av koden anpassas till ett specifikt spel (Ramos 2014). Då skyddet huvudsakligen begränsas till spelprogrammet, så innebär det att mycket av de övriga kreativa uttrycksformerna (spelinnehållet) som spelutvecklaren skapat för spelet blir förbisedda. De länder som skyddar videospel som någondera kategorin programverk eller audiovisuella verk bortser nödvändigtvis inte helt från de övriga uttrycksformerna, men oftast hamnar dessa i skymundan på ett sätt som gör att slutresultatet inte blir fördelaktigt för skyddet av videospel som helhet. Genom att fokusera enbart på den beståndsdel som anses utgöra den viktigaste beståndsdel i videospel, så är det lätt hänt att de övriga kreativa beståndsdelarna förbises och inte tas i beaktande fullt ut.

Den kanske största utmaningen när det kommer till skyddet av videospel grundar sig i att ingendera av det nuvarande metoderna tar hänsyn till vad som onekligen utgör den mest centrala och värdefullaste beståndsdelen i ett videospel - nämligen *spelupplägget*. Interaktiviteten (spelupplägget) kan beskrivas som den viktigaste egenskapen i ett videospel.⁶⁰ Spelupplägget är en datorspelsterm som är avsedd att definiera sättet som spelet spelas på, och innefattar den formaliserade interaktionen som sker när en spelare följer reglerna i spelet och upplever regelsystemet via spelande.⁶¹ Det sätt som ett videospel spelas på är av fundamental vikt för spelets framgång och popularitet och därför ligger en stor del av attraktiviteten och underhållsvärdet i ett spel i det interaktiva spelupplägget. Ingen av de existerande klassificeringsmetoderna lyckas dock med att på ett fördelaktigt sätt ”fånga in” skyddet av själva spelupplägget, då det inte framträder på något konkret eller påtagligt sätt i varken audiovisuella verk, programverk eller i någondera av de traditionella verkskategorierna.⁶² Det här gör spelutvecklare väldigt sårbara för kloning av deras spel, och leder till att det i spelutveckling läggs mera fokus på utvecklingen av spelgrafiken till förmån för innovativa spelupplägg.⁶³ Av denna anledning har det till och med föreslagits att videospel skulle inkluderas i lagstiftningen som en egen verkskategori för att täcka in spelupplägget i skyddet.⁶⁴

⁶⁰ *Nichols* beskriver videospel som ofullständiga utan att spelas (*Nichols* 2007, s. 101). Se även *Stamatoudi* 2004, s. 167. På ett liknande sätt betonar *Grosheide m.fl.* att spelarens möjlighet att *styra och kontrollera händelseförloppet* i spelet är det som är den avgörande faktorn som gör att videospel skiljer sig åt från filmverk. Spelaren är i direkt kontroll över utgången i spelet och kan styra händelseförloppet i olika riktningar genom att göra olika val (*Grosheide m.fl.* 2014, s. 10–11).

⁶¹ *Green* 2018 s. 395 (särskilt fotnot 5). *Katzenbach m.fl.* beskriver spelupplägget som en *dynamisk aspekt* av ett videospel som enbart framkommer genom interaktion mellan spelaren och spelet (*Katzenbach m.fl.* 2016, s. 843).

⁶² Jfr. TN 1994:7, s. 1–2, där upphovsrättsrådet konstaterade att spelreglerna och funktionsprinciperna i ett brädspel inte kan åtnjuta skydd.

⁶³ *Lee* 2012, s. 867, *Corbett* 2016, s. 615 och *Katzenbach m.fl.* 2016, s. 843. Se även *Lunsford* 2013, s. 99. Svårigheten med att skydda spelupplägget hänger mycket samman med principen om avgränsningen mellan idé och uttrycksform. Spelupplägget utgör inte en uttrycksform, utan anses omfatta idéer och principer (som alltså inte skyddas av upphovsrätten), och hamnar därmed utanför det upphovsrättsliga skyddsomfånget. Enligt *Lee* skulle ett skydd av spelupplägget inte skilja sig mycket åt från skyddet av TV-format, som under vissa förutsättningar kan åtnjuta skydd som upphovsrättsliga alster i många länder (*Lee* 2012, s. 868–870).

⁶⁴ EGDF 2009, s. 11.

2.3 Den upphovsrättsliga klassificeringen av videospel i finsk upphovsrätt

Det upphovsrättsliga skyddet för videospel har hittills varit föremål för väldigt lite uppmärksamhet i finsk upphovsrätt. För närvarande ingår inte videospel som en kategori i 1 § URL. Det finska upphovsrättsrådet har i en rad utlåtanden (1992:3, 2001:15, 2015:7, 2015:8) tagit ställning till den upphovsrättsliga klassificeringen av videospel.⁶⁵ Därutöver har EU-domstolen i Nintendo- domen berört klassificeringen av videospel.⁶⁶ Både upphovsrättsrådets utlåtanden och Nintendo- domen utgör tillsammans det upphovsrättsliga underlaget för skydd av videospel i nationell lagstiftning. I det följande kommer jag att redogöra för hur videospel har klassificerats i den nationella rätten utgående från upphovsrättsrådets utlåtanden och EU-domstolens Nintendo- dom.

Upphovsrättsrådet har i alla sina utlåtanden kommit till slutsatsen att de i ärendena gällande videospelen utgör *sammanfogade verk* (TN 1992:3 och TN 2001:15) eller *audiovisuella multimedieverk i egenskap av sammanfogade verk* (2015:7 och TN 2015:8), där kombinationen av de i videospellet ingående beståndsdelarna åtnjuter ett självständigt skydd i förhållande till varandra i enlighet med den verkskategori de hör till, på så sätt att spelprogrammet åtnjuter skydd som ett *litterärt verk*, bilderna åtnjuter skydd som *bildkonstverk* och musiken som *musikaliska verk* (förutsatt att de är originella).⁶⁷

I sina utlåtanden har upphovsrättsrådet uttryckligen konstaterat att videospel inte utgör filmverk; även med utgångspunkt från en väldigt bred definition av begreppet filmverk. Trots att videospel och filmverk till sin karaktär har likheter med varandra på grund av de rörliga bildernas betydelse i dem, så skiljer de sig så åt från varandra. De rörliga bilderna i ett videospel har i utgångsläget ingen självständig betydelse; bilderna rör sig endast vid spelande och den helhet som de rörliga bilderna framkallar varierar från spelomgång till spelomgång på basen av de val som spelaren gör. Därtill uttryckte upphovsrådet att videospel är ämnade för att spelas och inte för att åses, och har således ett annat användningsändamål än filmverk.⁶⁸ Upphovsrättsrådet har även konstaterat att videospel inte utgör programverk i

⁶⁵ Se allmänt TN 1992:3, TN 2001:15, TN 2015:7 och TN 2015:8.

⁶⁶ EU-domstolens dom i mål C-355/12 Nintendo vs. PC Box (*Nintendo*).

⁶⁷ TN 1992:3, s. 6, TN 2001:15, s. 13, TN 2015:7, s. 7 och TN 2015:8, s. 6.

⁶⁸ TN 1992:3, s. 5–6. Sveriges högsta domstol har även ansett att videospel inte skall betraktas som filmverk (se NJA 2000:87). - Upphovsrättsrådets uttalande om att offentligt framförande av videospel inte har någon märkbar betydelse kan mot rådande omständigheter i dagens läge sägas ha tappat sin betydelse. Nuförtiden är

egentlig mening, utan har ett annat användningsändamål. Spelprogrammets huvudsakliga syfte handlar om att styra spelet, och därav kan videospel inte betraktas som programverk.⁶⁹

Upphovsrättsrådet har i sina två senaste utlåtanden gällande videospel (TN 2015:7 och TN 2015:8) även tagit i beaktande EU-domstolens beslut i målet C-355/12 Nintendo mot PC Box och 9Net (Nintendo-domen), där EU-domstolen tagit ställning till den upphovsrättsliga klassificeringen av videospel. I Nintendo-domen konstaterade domstolen att videospel utgör ”komplexa skapelser som inte bara innefattar datorprogram utan även beståndsdelar i form av bilder och ljud som, även om de förvisso har kodats i ett programmeringsspråk, har ett eget kreativt värde som inte kan reduceras till enbart programkoden.” Vidare framhöll domstolen att ”i den mån delar av ett videospel – i förevarande fall dess beståndsdelar av bilder och ljud - bidrar till verkets originalitet är de skyddade, tillsammans med verket i dess helhet, av upphovsrätten inom ramen för det regelverk som inrättats genom direktiv 2001/29”.⁷⁰

Det är värt att belysa EU-domstolens avgörande i Nintendo-domen lite närmare. Även om det i ärendet ansågs att Datorprogramdirektivet utgör *lex specialis*⁷¹ i förhållande till Infosocdirektivet, så ska videospel enligt EU-domstolen åtnjuta skydd i sin helhet endast under Infosocdirektivet, eftersom detta möjliggör ett skydd för det unika kreativa värdet i videospel och gör att skyddet för videospel som helhet blir starkare. I domen uttalades det bland annat att ”även om ett videospel realiseras genom ett datorprogram, så följer det ett förlopp som är förutbestämt [--] på ett sätt som innebär att bilder och ljud presenteras med en viss konceptuell självständighet.⁷² Det går att tolka EU-domstolens uttalande som att det *självständiga kreativa värdet* i videospel inte skulle åtnjuta ett tillräckligt starkt skydd under Datorprogramdirektivet. Detta grundar sig på att de övriga beståndsdelarna som bidrar till originaliteten i ett videospel inte går att separeras från varandra för att använda spelet, vilket innebär att de måste skyddas tillsammans med helheten.

direktsänd videoströmning (streaming) av videospel en väldigt populär underhållningsform i relation till videospel, särskilt tack vare streamingtjänster som Twitch och Let's Play. Antalet samtidiga tittare av Twitch, som främst fokuserar på streaming, men erbjuder även sändningar från många e-sporttävlingar, har t.ex. stigit till över 2 miljoner år 2021. Se närmare om detta <https://www.businessofapps.com/data/twitch-statistics/> (senast besökt 2.12.2020).

⁶⁹ TN 2001:15, s. 13, 2015:7, s. 7 och 2015:8, s. 6–7.

⁷⁰ Punkterna 21–23 i *Nintendo*.

⁷¹ Punkt 51 och 56 i *UsedSoft*.

⁷² Punkt 16 i *Nintendo*.

Då videospel åtnjuter skydd i sin helhet under Infosocdirektivet, så betyder det att skyddet för spelmotorn blir oklart. Datorprogramdirektivet är nämligen tillämpligt på videospel endast i de fall då skyddsändamålet helt och hållet omfattas av tillämpningsområdet för Datorprogramdirektivet eller då spelföretaget har skilda säkerhetsåtkomstskydd för både programmet och det övriga innehållet.⁷³ Det här innebär att skyddet för spelmotorn blir väldigt snävt. För att skyddet av videospel ska bli så effektivt som möjligt måste den komplexa karaktären i videospel tas i beaktande på så sätt att både kodnivån (spelmotorn) och den audiovisuella nivån (spelinnehållet) beaktas vid klassificeringen. Datorprogramdirektivet är mera rik på undantagsbestämmelser i jämförelse med Infosocdirektivet. Då skyddet av videospel i sin helhet faller under Infosocdirektivet, så blir det oklart om Datorprogramdirektivets undantagsbestämmelser kan tillämpas på videospel. Bland annat kan den teknologiska kontexten påkalla ett behov att tillämpa fler än ett direktiv.⁷⁴ Det ska också tilläggas att ett förhandsavgörande med liknande frågeställning var på väg upp i EU-domstolen när Nintendo-domen föll.⁷⁵ Denna begäran återtog dock efter att EU-domstolen släppt sitt beslut i Nintendo-domen. Möjligen hade EU-domstolen för avsikt att återkomma till frågan i detta fall. Något säkert om detta går dock inte att säga. För videospelens del bör det dock vara möjligt att tillämpa Datorprogramdirektivets bestämmelser på spelmotorn och Infosocdirektivets på spelinnehållet. Särskilt när det gäller upphovsrättsliga frågor som berör digitalt konstnärligt skapande i samband med spelutveckling, så bör bestämmelserna från båda direktiven kunna tillämpas, speciellt för att utvärdera vilka undantagsbestämmelser som ska gälla för de olika delarna som ingår i ett videospel (spelmotorn och spelinnehållet). Det här är väldigt viktigt med tanke på att videospel oftast är skapat av flera olika upphovsmän som bidragit till spelet med olika kreativa insatser.

Nintendo-domen bör även tolkas i ljuset av annan EU-rättslig praxis. Då videospel endast åtnjuter skydd under Infosocdirektivet, så innebär det här att det audiovisuella

⁷³ Punkt 34 i Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-355/12 (*Nintendo*).

⁷⁴ Se Mylly 2018, s. 67 och Wolk 2016, s. 194–196.

⁷⁵ C-458/13 – *Grund m.fl. och Nintendo* (EU:C: 2013:581). Se även punkt 37 i Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-355/12 (*Nintendo*).

förverkligandet som spelmotorn genererar visuellt och auditivt på bildskärmen åtnjuter ett självständigt upphovsrättsligt skydd i förhållande till spelprogrammet.⁷⁶ De audiovisuella uttrycksformerna i ett videospel har, till skillnad från det grafiska användargränssnittet i ”vanliga program”, som oftast är dikterade av sin tekniska funktion, ett annat syfte eller ändamål än att uppfylla en rent teknisk funktion. Till den del som ett videospels bildskärmsuttryck fungerar som en länk mellan spelprogrammet, hårdvaran och spelaren, där spelprogrammets huvudsakliga uppgift är att styra funktionerna i spelet, så kännetecknas den endast av sin tekniska funktion och åtnjuter inte skydd, eftersom de inte ger upphovsmannen möjlighet att uttrycka sin skaparanda på ett originellt sätt.⁷⁷ Däremot är det audiovisuella förverkligandet i ett videospels bildskärmsuttryck vanligtvis på en så hög kreativ nivå att de förtjänar ett eget självständigt upphovsrättsligt skydd.⁷⁸ Det här innebär att det ska göras en tydlig gränsdragning mellan kod- och bildskärmsnivån i ett videospel, vilket innebär ytterligare ett skäl för att kunna ta i beaktande flera än ett direktiv vid skyddet av videospel.

Slutligen kan konstateras att både upphovsrättsrådets Nintendo-utlåtanden och EU-domstolens Nintendo-dom fungerar sida vid sida för att klargöra det upphovsrättsliga skyddet för videospel. Videospel ska varken betraktas som datorprogram eller filmverk, utan som sammanfogade verk, där helheten ska tas i beaktande på så sätt att det kreativa värdet i spelet ska kunna komma i åtnjutande av skydd. För att kunna skapa en bättre bild av det upphovsrättsliga skyddet för videospel, och dess betydelse det kan ha för spelmodifieringar, så är det nödvändigt att närmare granska begreppet sammanfogade verk.

2.4 Upphovsmannaskapet och skyddet av videospel som sammanfogade verk

Även om sammanfogade verk är en etablerad verkskategori i finsk upphovsrätt, så är den förknippad med en del oklarheter. Tidigare utgjorde samlingsverk, sammanfogade verk och gemensamma verk en egen sammanhängande grupp av verk som består av kreativa insatser

⁷⁶ Se punkt 16 i *Nintendo*.

⁷⁷ Punkterna 44–50 i *BSA* och punkt 39 i *Football Dataco*.

⁷⁸ Se bland annat punkt 25 i Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-355/12 (*Nintendo*). Se även Mylly 2018, s. 66 och Wolk 2016, s. 80.

från två eller flera upphovsmän.⁷⁹ Alla dessa tre typer av verk ingick i den tidigare upphovsrättslagen av år 1927 (14–16 §). Vid den tidpunkten betraktades ett sammanfogat verk som en specialform av ett samlingsverk, men skiljde sig dock till sin karaktär åt från samlingsverk på två viktiga punkter. För det första så skiljde sig samlingsverk och sammanfogade verk åt från varandra på så vis att utgångspunkten för ett samlingsverk var att de bestod av en sammanställning av sinsemellan likvärda verk, dvs. verk av samma slag, såsom t.ex. två olika litterära verk som sammanförts med varandra, medan ett sammanfogat verk bestod av flera verk som tillhörde olika verkskategorier, såsom t.ex. ett litterärt verk kombinerat med ett musikaliskt verk.⁸⁰ För det andra så skiljde sig ett sammanfogat verk åt från samlingsverk även på så vis, att själva *helheten* i ett sammanfogat verk inte skyddades, utan vardera upphovsmännen som bidragit till verket åtnjöt upphovsrätt på ett liknande sätt som vid samäganderätt (samegendom).⁸¹ Sedermera togs bestämmelsen om sammanfogade verk bort i samband med att den nuvarande upphovsrättslagen från år 1961 stiftades. Upphovsrättskommittén ansåg att bestämmelsen var så självklar att den betraktades som överflödig. Samtidigt uppgav upphovsrättskommittén att de grundläggande principerna beträffande sammanfogade verk skulle kvarstå som oförändrade.⁸²

Med tiden har de ursprungliga definitionerna på samlingsverk och sammanfogade verk, såsom lagstiftningsrådet av år 1920 avsåg dem, förändrats och luckrats upp. Ännu då upphovsrättslagen av år 1927 var i kraft, så tillämpade domstolen bestämmelserna om samlingsverk på ljudfilmer, vilka bestod av verk av olika slag, såsom bilder och musik.⁸³ Särskilt på senare tid har upphovsrättsrådet varit benägen att avvika ifrån den ursprungliga definitionen på ett samlingsverk (verk av samma slag) genom att även anse kombinationer av verk tillhörande olika verkskategorier som samlingsverk såsom avses i URL 5 §, förutsatt

⁷⁹ Se lagstiftningsrådets förslag av år 1920, s. 30 - Kivimäki 1948, s. 147–149.

⁸⁰ Detta framgår uttryckligen i lagstiftningsrådets förslag, där det anges att det är frågan om ett samlingsverk då det består av verk som tillhör samma kategori, medan det är frågan om ett sammanfogat verk då det består av verk som tillhör olika verkskategorier (lagstiftningsrådets förslag av år 1920, s. 30). Bestämmelsen om samlingsverk intogs slutligen i 1927 års upphovsrättslag, dock i en lite annorlunda form (RP 89/1926, s. 3).

⁸¹ Lagstiftningsrådets förslag av år 1920, s. 30–31. Se även KB 5/1953, s. 50.

⁸² KB 5/1953, s. 50.

⁸³ HD 1936 II 476 och HD 1936 I 59.

att valet och kombinationen av dessa verk uppfyller kravet på originalitet. Bland annat har upphovsrättsrådet ansett att ett *multimediaverk i ett CD-rom-format*, i vilket det ingick en kombination av filmverk, kartor, fotografier, bilder, text och musik, datoranimationer (rörliga bilder) och datorprogram mm. i en enda enhet, kan antingen kategoriseras som ett sammanfogat verk eller som ett samlingsverk.⁸⁴ På ett liknande sätt ansåg upphovsrättsrådet att ett utbildningspaket bestående av fotografier, tabeller och texter utgjorde ett samlingsverk.⁸⁵ På detta sätt har de fasta definitionerna på begreppen luckrats upp och kommit att användas sida vid sida med varandra.

Å andra sidan är det inte heller alltid så lätt att skilja åt gränsen mellan sammanfogade verk och gemensamma verk såsom avses i 6 § URL. Det här grundar sig på att båda dessa typer av verk är ett resultat av samarbete mellan två eller flera upphovsmän. Bestämmelserna om gemensamma verk tillämpas dock inte på sammanfogade verk, eftersom vardera upphovsmännens bidrag till ett sammanfogat verk är självständigt.⁸⁶ Enligt upphovsrättsrådet spelar själva *skapandeprocessen* mellan de upphovsmän som medverkat till uppkomsten av verket en avgörande roll för huruvida verket är att betrakta som ett gemensamt verk eller ett sammanfogat verk. Om upphovsmännens bidrag till verket klart går att urskilja som självständiga verk ur helheten av slutresultatet, så lutar det mera mot att det är frågan om ett sammanfogat verk.⁸⁷ Upphovsrättsrådet nämner att gränsdragningen kan vara särskilt svår att dra ifall de bidrag som ingår i ”verkshelheten” hör till samma verkstyp.⁸⁸

⁸⁴ TN 2001:15, s. 12. Värt att nämna är att upphovsrättsrådet i dessa utlåtanden ansåg att videospel åtnjuter skydd enkom som sammanfogade verk, utan att ta ställning till om videospel kan skyddas som samlingsverk. Se även TN 2015:7, s. 5 och TN 2015:8, s. 4.

⁸⁵ TN 2013:6.

⁸⁶ Detta framgår tydligt av ordalydelsen i 6 § URL om gemensamma verk, där det i bestämmelsen anges att det är frågan om ett gemensamt verk ifall upphovsmännens bidrag icke utgör självständiga verk. Således skiljer sig ett sammanfogat verk åt från ett gemensamt verk baserat på huruvida de bidrag som ingår i verket går att urskilja som självständigt skapade verk från två eller flera upphovsmän. Även om ett sammanfogat verk uppkommit i samarbete, så fråntar det inte dess karaktär som ett sammanfogat verk, så länge som det består av en sammansättning av flera upphovsmäns självständigt skapade bidrag (se även Stray Vyrje 1987, s. 192).

⁸⁷ TN 2003:11, s. 8–9. Enligt upphovsrättsrådet så är det däremot främst frågan om ett gemensamt verk ifall verket uppkommit till följd av ett tätt ömsesidigt arbete mellan upphovsmännen. På ett liknande sätt beskriver *Kivimäki* att det är frågan om ett gemensamt verk om det uppstått till följd av att upphovsmännen arbetat i ett *ömsesidigt* och *inspirerande samförstånd*, vilket antingen kan äga rum samtidigt eller på så sätt, att upphovsmännen successivt bidrar till verket i efterhand (*Kivimäki* 1966, s. 52).

⁸⁸ *Ibid.*, s. 9.

Detta uttalande går att utläsa som att den tidigare föreställningen om betydelsen av vilken verkskategori upphovsmännens bidrag bestod i som ett sätt att skilja åt sammanfogade verk, gemensamma verk och samlingsverk från varandra har kommit att tappa sin betydelse. Överlag kan det konstateras att sammanfogade verk skiljer så åt från gemensamma verk utgående från huruvida upphovsmännen bidragit till helheten av originaliteten i verket eller endast till originaliteten av sitt eget bidrag som ingår i helheten av verket.⁸⁹

Det är också värt att notera att sammanfogade verk inte motsvarar definitionen av s.k. *kollektiva* eller "*samägda*" verk (collective works) såsom de avses i Bernkonventionen. Bernkonventionsguiden (WIPO Glossary of Copyright and Related Rights) beskriver ett kollektivt verk som en "sammanställning av verk från flera olika upphovsmän som sker på initiativ och under ansvar av en fysisk eller juridisk person som publicerar verket i sitt eget namn (som sedermera blir innehavare av upphovsrätten till verket), och i vilket de olika bidragen i sammanställningen – på grund av de stora antalet eller den indirekta karaktären i bidragen – sammanställs till en helhet som gör att det blir omöjligt, eller åtminstone opraktiskt, att skilja dem åt från varandra."⁹⁰ Även om sammanfogade verk i vissa fall kan betraktas som kollektiva verk, så uppfyller sammanfogade verk vanligtvis inte definitionen av begreppet kollektivt verk. I ett sammanfogat verk är bidragen allt som oftast klart urskiljbara, medan det i ett kollektivt verk är praktiskt taget omöjligt att skilja åt alla de bidrag som ingår i verket.

Således är det frågan om ett sammanfogat verk då det består av en kombination av flera upphovsmäns självständiga kreativa bidrag som går att skilja åt från varandra som *självständiga verk* ur helheten av verket.⁹¹ Däremot kan själva helheten som det sammanfogade verket utgör inte åtnjuta ett eget separat skydd utöver det skydd som det

⁸⁹ I t.ex. ett fall från Åbo Hovrätt (2.8.1985, Nr. 451, Dnr. 1985 S 7 Tre IV) ansågs en gemensam upphovsrätt föreligga då B hade förverkligat skapandet av grafiska illustrationer som A hade designat. I fallet ansågs både A och B ha bidragit till helheten av originaliteten i det gemensamma verket, utan att deras bidrag ansågs utgöra självständiga verk. Därmed ansågs både A och B vara medupphovsmän till verket baserat på deras bidrag. Jfr. fallet HD 1956 II 76, där domstolen konstaterade att då texten och musiken till en operett var för sig utgjorde ett självständigt verk, och då det inte kunde visas att textförfattaren bidragit till skapandet av musiken på ett sådant sätt att upphovsrätten skulle ha tillkommit honom gemensamt med kompositören, så bifölls rättsinnehavarens anspråk på ersättning för framförandet av operetten endast för textens del. I fallet ansågs operetten alltså utgöra ett sammanfogat verk. – Avgörandet av vem som bidragit till ett verk och hur detta bidrag ägt rum tillämpas samtidigt även som en grund för att skilja åt tekniska medhjälpare från de upphovsmän som bidragit med den skapande insatsen till verket (se Olsson 2018, s. 88, Vasa hovrätt 1985 S 84/486 och TN 1989:7, s. 8). Jfr. med KB 8/1987, s. 65.

⁹⁰ WIPO glossary of copyright and related rights, s. 275.

⁹¹ Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 85 och Haarmann 2005, s. 105. Typexempel på sammanfogade verk är operetter, operor, och bilderböcker (KB 5/1953, s. 50 och SOU 1956:25, s. 142).

ingående beståndsdelarna åtnjuter.⁹² Vardera upphovsmannen som bidragit till ett sammanfogat verk har således en till de övriga upphovsmännen självständig oberoende upphovsrätt och förfoganderätt över sin egen del av verket. Ett videospel är allt som oftast skapat av flera personer. Allt spelinnehåll som ingår i ett videospel kan åtnjuta ett självständigt och individuellt upphovsrättsligt skydd, förutsatt att det uppnår kravet på originalitet. Upphovsrättsrådet har i sina utlåtanden nämnt datorprogram, bilder och musik som skyddade speltillgångar.⁹³ Denna uppräknings ska dock inte betraktas som uttömmande, utan det bör stå klart att även övriga och icke ännu kända uttrycksformer i ett videospel kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd.⁹⁴

2.5 Sammanfattande slutsatser om det upphovsrättsliga skyddet för videospel

Ett videospel består av en spelmotor (spelprogrammet) och spelinnehåll i form av bilder, ljud och text. Videospelets komplexa karaktär gör det svårt att placera in videospel i någon av de traditionella verkskategorierna. Internationellt har detta lett till att olika länder klassat videospel olika. De vanligaste klassificeringsmetoderna för videospel är programverk, audiovisuella verk eller sammanfogade verk.⁹⁵ I finsk rätt utgör videospel dock varken renodlade programverk eller audiovisuella verk, utan följer den sistnämnda klassificeringsmetoden, där åtminstone spelprogrammet, bilderna och musiken har ansetts

⁹² Ett sammanfogat verk kan endast uppstå med avtal mellan de olika upphovsmännen (Kivimäki, 1966, s. 54). Vardera upphovsmannen behåller dock de befogenheter och rättigheter som han hade till verket även om de utåt sett ingår i en helhet som är avsedd att framstå som en enhet då de förekommer i sitt sammanfogade skick. Eftersom upphovsrätt inte kan uppstå medelst avtal, utan endast på basis av lag (ex lege), så innebär det att själva "sammanfogningen" av de olika verken till en helhet inte medför till att det uppstår ett nytt, skilt upphovsrättsligt verk utöver de verk som ingår i helheten. Enligt *Weincke* så bortser man således för sammanfogade verks del från föreställningen om att någon enskild person skulle ha sammanställt verken i ett sammanfogat verk med ändamålet att skapa ett självständigt verk (Weincke 1976, s. 48).

⁹³ Se fotnot 67 ovan.

⁹⁴ För en utförlig lista av vilka olika speltillgångar som kan bli föremål för upphovsrättsligt skydd i ett videospel, se Ramos 2013, s. 8 och Burk 2010 under "Copyright." Databaser brukar även anses utgöra upphovsrättsligt skyddade delar i ett videospel (Stokes 2014, s. 215). I vissa fall har det dock hävdats att ett videospels databas inte uppfyller villkoren för upphovsrättsligt skydd, särskilt med avseende på att innehållet inte är sökbart och därmed inte individuellt tillgängligt på så sätt som avses i Databasdirektivet (Grosheide 2014, s. 10) eller med avseende på att kombinationen och sammanställningen av beståndsdelarna inte är strukturerade på ett originellt sätt (Burk 2009, s. 9). I finsk upphovsrätt spelar kravet på individuell tillgänglighet ingen roll, eftersom kravet på individuell tillgänglighet inte utgör ett krav för skydd av databaser enligt URL.

⁹⁵ Se kapitel 2.2 ovan.

kunna åtnjuta skydd. Utöver dessa verk bör även vilka andra som helst verk som ingår i ett videospel kunna omfattas av upphovsrättsligt skydd.

Frågan om ett videospel ska skyddas som ett enhetligt verk eller som en sammansättning av flera enskilda verkskategorier är inte helt klart. Skyddet för videospel som sammanfogade verk innebär att de enskilda delarna kan erhålla upphovsrättsligt skydd självständigt från helheten. Då ett videospel utgör någonting mera än *summan av dess delar*, så ska det kreativa värdet också beaktas i skyddet, vilket innebär att videospellet kan åtnjuta skydd i sin helhet.⁹⁶ Både upphovsrättsrådets utlåtanden och EU-domstolens Nintendo-dom kompletterar varandra med avseende på det upphovsrättsliga skyddet av videospel på så sätt att Nintendo domen stärker skyddet för videospellet som helhet medan verkskategorin sammanfogade verk fungerar för att tydliggöra upphovsmannskapet som är förknippat med ett videospel och hjälper till att identifiera de olika uphovsmännen som är involverade i skapandet av ett videospel.⁹⁷

För att kunna förrätta en upphovsrättslig analys av spelmodifieringar är det nödvändigt att kunna ta i beaktande och särskilja det enskilda speltillgångarna i videospellet, såsom spel- och datafiler. I sammanfogade verk erhåller de enskilda speltillgångarna ett självständigt skydd var för sig, förutsatt att de är originella. Vid analysen av modifieringar är det viktigt att särskilja de visuella speltillgångarna såsom de kommer till uttryck på bildskärmen i ett rörligt händelseförlopp från hur spelmodifiering förverkligas i praktiken. Vid modifiering interagerar spelaren vanligtvis med enskilda speltillgångar, och därmed indirekt med det audiovisuella förverkligandet, vilket omgestaltas på basen av de modifierade speltillgångarna. För att analysen av modifieringar ska kunna förverkligas, så är det således nödvändigt att fokusera på de modifierade speltillgångarna åtskilt från det audiovisuella förverkligandet, eftersom det skulle bli nästintill omöjligt att på förhand avgöra exakt hur modifieringarna möjligtvis skulle framställas bildskärmsmässigt i alla potentiella bildskärmskonstellationer som sker vid spelande.

⁹⁶ Se kapitel 2.3 ovan.

⁹⁷ Se kapitel 2.3 och 2.4 ovan.

3 Upphovsrättsligt skydd till spelmodifieringar

3.1 Utländsk rättspraxis rörande spelmodifieringar

Spelmodifieringar har varit föremål för domstolsprövning i främst USA, där många spelbolag är lokaliserade och många rättstvister som berör videospel har förts. Utgående från de tre rättsfall som berört spelmodifieringar i amerikanska domstolar (*Midway*,⁹⁸ *Galoob*⁹⁹ och *Microstar*¹⁰⁰), så anses modifieringar utgöra derivativa verk. Det måste dock påpekas att dessa rättsfall är relativt föråldrade sett i förhållande till hur snabb utvecklingen av videospel har varit sen fallen gjordes.¹⁰¹ Det mest relevanta och belysande rättsfallet för frågeställningen i denna avhandling är fallet *Microstar*, eftersom det är det enda fallet där spelmodifieringars rättsliga status analyserats direkt på basis av upphovsrättslagen.¹⁰²

Föremålet i *Microstar*-fallet gällde en samling spelarskapade banor till spelet *Duke Nukem 3D* och frågan var om de utgjorde otillåtna derivativa verk. Dessa spelbanor var skapade av enskilda spelare med hjälp av en i spelet tillhörande *baneditor*. Spelarna tilläts att ladda upp dessa spelbanor på spelbolagets hemsida kostnadsfritt. *Microstar*, som var svaranden i målet, hade utan spelutvecklarens medgivande samlat ihop en mängd spelarskapade banor och distribuerat dem som en kommersiell samling modifieringar vid namn *Nuke It*. Domstolen förklarade att de aktuella spelbanorna bestod av s.k. MAP-filer, dvs. speltillägg (eng. add-ons), som bara kunde fungera tillsammans med originalspelet. Koden som beskrev MAP-filerna innehöll inte någon del av koden från originalspelet eller dess spelinnehåll, utan bestod av tilläggskod som ger detaljerade instruktioner åt spelmotorn hur den ska kombinera och placera det redan befintliga spelinnehållet (dvs. speltillgångarna i form av audiovisuella beståndsdelar som ingår i *Duke Nukem* spelet) på ett nytt sätt för att på detta sätt skapa nya spelbanor i form av 3D-spelmiljöer.¹⁰³ Domstolen ansåg att instruktionerna som denna tilläggskod bestod av var tillräcklig permanenta för att betraktas som kopior av originalspelet och likställde dem med ett derivativt verk – ungefär på samma sätt som ett stycke musiknoter.¹⁰⁴ Enligt domstolen innehöll MAP-filerna upphovsrättsligt skyddade uttrycksformer i egenskap av *spelets handling* från originalspelet (*Duke Nukem 3D*) och

⁹⁸ *Midway Mfg. Co. v. Artic Int'l, Inc.*, 704 F.2d 1009 (1983).

⁹⁹ *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.*, 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992).

¹⁰⁰ *Micro Star v. FormGen*, 154 F.3d 1107, 1112 (9th Cir. 1998).

¹⁰¹ Som en följd av åldern i rättsfallen har de hunnit samla på sig en del kritik. Se bl.a. Ochoa 2004, Garlick 2005, Rosen 2006, Nichols 2007, Baldrice 2007, Burk 2010, Ochoa 2012 och Baldrice 2012.

¹⁰² *Wallace* påpekar att *Microstar*-fallet fortfarande än idag håller ett slags ”prejudikatvärde” för hur spelmodifieringar ska betraktas juridiskt (*Wallace* 2014, s. 239). Vad gäller de två övriga rättsfallen, *Midway* och *Galoob*, så berörde de hårdvarumodifiering, som numera är en något förlegad typ av modifiering, och kommer därför inte att beaktas närmare här (se fotnot 16 ovan).

¹⁰³ *Micro Star*, 154 F.3d på sid 1110. - Se även kapitel 2.1 ovan gällande funktionen av ett videospel.

¹⁰⁴ *Ibid.* s. 1111–1112.

ansågs därmed utgöra otillåtna derivativa verk i egenskap av fortsättningsverk för Duke Nukem 3D-spelet.¹⁰⁵

Microstar-fallet har på många olika sätt kritiserats i den amerikanska doktrinen. Bland annat har *Nichols* menat att domstolen, med beaktande av de omständigheter som förelåg i fallet, åtminstone borde ha övervägt möjligheten att betrakta de spelarskapade banorna som gemensamma verk, till vilka både spelutvecklaren och spelarna skulle ha upphovsrätt till. Enligt *Nichols* påvisade spelutvecklarens aktiva uppmuntrande till spelarna att ge sina egna kreativa bidrag till spelet en klar *avsikt* om att de spelarskapade nivåerna skulle utgöra gemensamma verk.¹⁰⁶ *Burk* har däremot ifrågasatt domstolens resonemang om att likställa MAP-filer, som innehåller instruktioner som dikterar placeringen och följderna av speltillgångarna i Duke Nukem 3D-spelet, med derivativa verk som ger uttryck för nya berättelser till spelhandlingen. Han understryker att även om dessa MAP-filer består av instruktioner till originalspelets databas för speltillgångarna, så *innehåller* de inget av själva Duke Nukem-spelets speltillgångar och klarar således inte själva av att kunna ge uttryck för handlingen i spelet.¹⁰⁷ *Garlick*, å sin sida, anser att det mot bakgrund av det faktumet att MAP-filerna i sig själva inte innehöll några delar av originalspelets speltillgångar – utan drog dessa direkt ur Duke Nukem-spelets biblioteks-databas – så tillämpade domstolen en ”orättfärdigt omfattande likhetsbedömning” genom att hävda att ”instruktionerna som endast beskrev de visuella speltillgångarna i Duke Nukem-spelet ansågs vara detsamma som en kopia av dessa.”¹⁰⁸ Enligt *Baldrice* går det att tolka Microstar-fallet på så sätt att endast ”uttrycksformerna av ett spel är skyddade,” vilket innebär att möjligheten för spelmodifierare att erhålla upphovsrätt till mera omfattande och sofistikerade modifieringar, såsom totalomvandlingar, inte är helt utesluten.¹⁰⁹ *Baldrice* anser att detta skulle vara möjligt genom

¹⁰⁵ Ibid. s. 1112. Enligt domstolen så skulle slutresultatet ha varit detsamma ifall fortsättningsverket istället för spelbanor skulle ha kommit till uttryck i bokform, även om [boken] inte innehållit några bilder.

¹⁰⁶ *Nichols* 2007, s. 125–127.

¹⁰⁷ *Burk* 2009, s. 13. Se även *Ochoa* 2004, s. 1029–1031. Det verkar dock som att *Burks* ifrågasättande främst var riktad mot det särskilda resonemanget som domstolen förde i Microstar-fallet, eftersom han i ett senare skede hävdar att (tillåtna) spelarskapade modifieringar troligtvis utgör derivativa verk, eller möjligtvis gemensamma verk. Se *Burk* 2010, under ”Copyright.”

¹⁰⁸ *Garlick* 2005, s. 448.

¹⁰⁹ *Baldrice* 2012, s. 802–805 och *Baldrice* 2007, s. 708.

att i den rättsliga analysen av modifieringar lägga mera fokus på hur omgestaltande uttrycksformerna är i modifieringarna i förhållande till uttrycksformerna i originalspelet och tillägger att man i analysen bör frånga från den tekniska växelverkan mellan modifier och originalspelets kod.¹¹⁰ Sammanfattningsvis anser amerikanska domstolar att modifieringar utgör derivativa verk medan det inom doktrinen framgår att det behövs ett mera nyanserat synsätt som tar i beaktande omständigheterna vid modifieringsskapandet, vilket kan lämna utrymme för att ta i beaktande spelarnas upphovsrättsliga intressen till spelmodifieringar. Eftersom spelmodifieringar blivit alltmer komplexa och sofistikerade, så är utgångspunkten för dem en helt annan både vad gäller skapandemöjligheterna och det sätt på hur de bör analyseras från en upphovsrättslig synvinkel.

3.2 Grunder för upphovsrättslig analys av spelmodifieringar

3.2.1 Spelmodifierarens roll som skapare och upphovsman vid spelmodifiering

Utgångspunkten i upphovsrätten är att den fysiska person som självständigt bidragit med sin kreativa insats och därmed skapat ett verk som uppfyller vissa i lag angivna krav ska anses vara upphovsman till verket.¹¹¹ Detsamma gäller även för digital bearbetning och skapande av verk med hjälp av ett datorprogram.¹¹² Ibland kan det uppstå situationer där det är svårt att avgöra om upphovsrätten till ett verk som skapats med hjälp av dator även ska tillfalla den som skapat programmet.¹¹³ I det här avseendet måste det avgöras ifall den som skapat programmet har bidragit till originaliteten i det verk som skapats med programmet. Datorn utgör vanligtvis ett tekniskt hjälpverktyg (för bearbetning och hantering av materialet) som är till hjälp vid den kreativa skapandeprocessen. I dessa fall är programmeraren vanligtvis inte berättigad till upphovsrätt till det som skapats på detta sätt. Vid skapande av verk med hjälp av datorprogram så är det endast den person som bidragit med den skapande insatsen

¹¹⁰ Baldrice 2007, s. 701. I Microstar-fallet var det frågan om relativt enkla modifieringar. Det är även värt att nämna att MAP-filerna som var aktuella i Microstar-fallet redan vid tidpunkten för när fallet behandlades i domstolen ansågs vara något antika och främst förbehållna äldre spel som är mera grafiskt begränsade, medan dagens 3D-spel erbjuder ett mycket större utrymme för skapande vid modifiering (Rosen, 2006, s. 199–201).

¹¹¹ Haarmann 2005, s. 100, Kivimäki 1948, s. 133–137 och Olsson 2018, s. 261.

¹¹² KB 8/1987, s. 64 och RP 161/1991, s. 12. Det här innebär samtidigt att en dator inte kan vara upphovsman och skapare till ett verk, utan utgör enbart ett tekniskt verktyg som fungerar som ett hjälpmedel vid skapandet.

¹¹³ Haarmann 2014, s. 68 och KB 8/1987, s. 64–65.

som kan vara upphovsman till verket. En programmerare skulle således kunna betraktas som medupphovsman till ett datorskapat verk vid sidan av skaparen till verket endast i de fall där originaliteten i verket inte utan programmerarens kreativa insats skulle uppnå kravet på originalitet.¹¹⁴

Spelmodifiering utgör en form av datorstödd skapandeverksamhet som sker i en datorprogrammiljö. Skapandet av spelmodifieringar bygger i mångt och mycket både på användningen av modifieringsverktyg som spelutvecklaren tillhandahåller och på utnyttjandet av speltillgångar från originalspelet. Vid skapandet av spelmodifieringar används modifieringsverktygen som ett tekniskt hjälpverktyg som erbjuder tekniska funktioner som är till hjälp vid hantering och bearbetning av spelinnehållet. Det här innebär att det som skapas med hjälp av ett modifieringsverktyg utgör ett resultat av spelmodifierarens självständiga kreativa insatser. Att helt enkelt ställa till förfogande utvecklingsverktyg för modifiering innebär inte en sådan kreativ insats från spelutvecklarens sida som berättigar till upphovsrätt till det som skapats. Mot bakgrund av detta är utgångspunkten i denna avhandling att modifieringar inte ska betraktas som gemensamma verk, utan som skilda verk.¹¹⁵ Det här innebär att spelaren ensam ska betraktas som upphovsman till modifieringarna. Mot bakgrund av det komplexa förhållandet mellan spelarna och spelutvecklaren, så kan utgångspunkten dock vara en annan.

3.2.2. Originalitet som en skyddsförutsättning

För att ett verk ska kunna åtnjuta skydd måste den uppnå en viss originalitetsnivå. Även om det inte framgår direkt ur lagtexten, så är den etablerade synen i den finska upphovsrätten

¹¹⁴ KB 8/1987, s. 64–65. Se även SOU 1985:51, s. 42.

¹¹⁵ Det här kan motiveras med att både spelutvecklarens och spelarnas insatser går att skilja åt från varandra på ett klart och tydligt sätt som skilda verk, vilket innebär att modifieringar inte uppfyller de krav som ställs på gemensamma verk såsom avses i URL 6 § (där vardera upphovsmannens bidrag inte går att skilja åt från varandra som självständiga verk) och har därmed inte karaktären av gemensamma verk (se fotnot 86 ovan). Vid spelmodifiering är det också svårt att föreställa sig att det råder ett ömsesidigt samarbete mellan spelarna och spelutvecklaren på så sätt att de skulle ha en uttrycklig avsikt att deras bidrag ska utgöra ett gemensamt verk (se fotnot 87 ovan). Enligt mig kan modifieringar svårigen ses som gemensamma verk såsom avses i 6 § URL. Detta är även förenligt med upphovsmannaskapet som är förknippat med videospel i finsk rätt och de inbördes rättsförhållandena mellan upphovsmännen till ett sammanfogat verk, där delarna skyddas självständigt och åtskilt från varandra (se fotnot 91 ovan).

den att ett verk måste vara självständigt och originellt för att kunna åtnjuta skydd.¹¹⁶ Traditionellt har kravet på självständighet och originalitet i finsk upphovsrätt ansetts uppfyllt om det uppnår det s.k. *verkshöjdskravet*, som fungerat som en allmän förutsättning och som en slags lägsta tröskel för när ett litterärt eller konstnärligt verk kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd.¹¹⁷ Verkshöjdskravet anses vara förhållandevis *lågt ställt* och skyddströskeln har lättats upp med tiden.¹¹⁸ Verkshöjdskravet har kommit till uttryck i det s.k. *dubbelskapandekriteriet*, och anses uppfyllt då det bedöms att ingen annan skulle ha skapat ett identiskt verk.¹¹⁹ Denna bedömningsgrund bygger således på statistiska kriterier för originalitet, även om utgångspunkten ska vila på subjektiva kriterier.¹²⁰ Inga andra krav får ställas på skyddet. För skyddets del innebär det här att den konstnärliga, kvalitativa eller estetiska nivån i verket och likaså syftet med skapandet av ett verk saknar betydelse för originalitetsbedömningen. Det spelar heller ingen roll hur stort eller omfattande verket är eller hur mycket arbete, tid och energi som nedlagts vid skapandet av det.¹²¹

Den juridiska definitionen av *upphovsmannaskap*, *verk* och *originalitet* har fått en egen innebörd i EU-rätten som tillsammans kommer till uttryck i det EU-rättsliga originalitetsbegreppet, som är ett självständigt unionsrättsligt begrepp som har kommit att ersätta det nationella verkshöjdskravet vid originalitetsbedömningen. EU-domstolen har som ett led i sin praxis med början från *Infopaq-domen* strävat efter att harmonisera originalitetsbegreppet beträffande alla verkstyper.¹²² Enligt *Infopaq-domen* är det frågan om ett verk som är upphovsrättsligt skyddat om det är originellt på så sätt att det är *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*.¹²³ I *Infopaq-domen* och därpå efterföljande domar har EU-domstolen i varierande ordalag preciserat och klargjort när det är frågan om

¹¹⁶ Dessa krav framgår indirekt ur innebörden i orden *skapat* och *verk* i lagtexten (KB 5/1953, s. 44).

¹¹⁷ Haarmann 2005, s. 59–61 och Olsson 2018, s. 60 ff.

¹¹⁸ Olsson 2018, s. 61 och Haarmann 2005, s. 63.

¹¹⁹ Haarmann 2005, s. 63–64.

¹²⁰ *Ibid.*, s. 64. Till skillnad från patenträtten, så förutsätts verket inte ha ett objektiva nyhetskrav, utan för upphovsrätt krävs endast ett subjektivt nyhetskrav.

¹²¹ Kivimäki, 1948 s. 75, Haarmann 2005, s. 67 och Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 17.

¹²² Harmoniseringen av det EU-rättsliga originalitetsbegreppet hade på direktivnivå dittills ägt rum vad beträffar datorprogram, databaser och fotografier, medan det i *Infopaq-domen* utvidgades till att gälla alla typer av verk.

¹²³ Punkterna 33–37 i *Infopaq*. Detta har sedan bekräftats av EU-domstolen i punkterna 45–46 i *BSA*, punkt 87 i *Painer*, punkt 37 i *Football Dataco*, punkt 36 i *Levola Hengelo* och punkt 29 i *Cofemel*.

en intellektuell skapelse som ska anses vara upphovsmannens egen: domstolen har betonat upphovsmannens litterära förmåga vid ”*valet, dispositionen och kombinationen*” av ord i enskilda meningar,¹²⁴ det ”*särskilda arrangemanget eller gestaltningen*” av element i ett bildskärmsuttryck,¹²⁵ ”*urvalet eller sammanställningen*” av innehållet i en databas,¹²⁶ och upphovsmannens ”*personliga prägel*” och kreativa kapacitet att göra ”*fria och kreativa val*” i samband med skapande av ett porträttfotografi.¹²⁷ Bakom de olika ordalydelseerna är det tydligt att definitionerna pekar på samma sak: upphovsmannens möjlighet att kunna uttrycka sin kreativitet genom att göra fria och kreativa val är den väsentliga utgångspunkten för originalitet i EU.¹²⁸ Därtill har EUD konstaterat att endast de element som ger uttryck för upphovsmannens skapande verksamhet på ett precist och objektivt sätt kan åtnjuta skydd.¹²⁹

Utgående från EUD:s fasta praxis ska ett verk som utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse och som resulterat i konkreta uttrycksformer anses vara originellt. Då originalitetsbedömningen numera ska göras utgående från den EU-rättsliga begreppsinnebörden av originalitet, så är frågan om verkshöjdskravet är förenligt med det EU-rättsliga originalitetsbegreppet eller om det borde sänkas. Enligt *Haarmann* föranleder originalitetskravet inga större ändringar i den nationella rätten vad beträffar originalitetsbedömningen och tillägger att det inte finns några hinder att tillämpa begreppet verkshöjd.¹³⁰ Det har dock ifrågasatts om begreppet verkshöjd fortfarande kan tillämpas.¹³¹ Upphovsrättsrådet har i sina utlåtanden på ett indirekt sätt tagit i beaktande originalitetskravet och tillämpat kraven för det EU-rättsliga originalitetskravet såsom det uttryckts i Infopaq-

¹²⁴ Punkt 45 i *Infopaq*. Se även punkt 67 i *SAS Institute* för ett liknande resonemang.

¹²⁵ Punkt 48 i *BSA*.

¹²⁶ Punkt 37–38 och 45 i *Football Dataco*.

¹²⁷ Punkterna 88–92 och punkt 94 i *Painer* och punkt 14 i *Renckhoff*.

¹²⁸ Jfr. med punkt 93 i *Painer*, där upphovsmannens utrymme för att uttrycka sin kreativa kapacitet ”är avgörande för att bedöma originaliteten i ett porträttfotografi.”

¹²⁹ Punkt 37 och 40 i *Levola Hengelo* och punkt 29 och 32 i *Cofemel*.

¹³⁰ *Haarmann* 2014, s. 55–56. Se även *Haarmann* 2005, s. 62–63, där det framgår att samma resonemang framfördes redan tidigare mot bakgrund av originalitetskravet såsom det är uttryckt i *Datorprogramdirektivet* (2009/24/EG), *Databasdirektivet* (96/9/EG) och *Skyddstidsdirektivet* (2006/116/EG).

¹³¹ Bl.a. har det i doktrin ifrågasatts om dubbelskapandekriteriet är förenligt med originalitetskravet. Se Mylly 2016, s. 929 och Wolk 2016, s. 82. Såsom *Levin* påpekar, har dubbelskapandekriteriet ingen självständig funktion, men kan fungera som ett *hjälpkriterium* vid bedömningen. Se *Levin* 2017, s. 86.

domen.¹³² Därmed kan upphovsrättsrådets praxis användas som underlag vid originalitetsbedömningen ifall de är förenliga med det EU-rättsliga originalitetsbegreppet.

3.2.3 Bearbetning, sammanställning och kombination som en form av kreativt skapande

Sammantaget kan konstateras att allt digitalt skapande inom ramen för spelmodifiering grundar sig på spelarens konkreta möjligheter att med hjälp av modifieringsverktyg eller integrerade spelfunktioner välja, kombinera, arrangera, sammanställa, sammanslå, forma, placera och planera uppsättningen och sammansättningen av olika beståndsdelar i ett spel inom ramen för de valalternativ som spelmotorn och övriga modifieringsverktyg erbjuder. *Bearbetning* kan beskrivas som vilket som helst typ av sätt att ändra ett verk, som antingen kan ske genom att nya delar läggs till verket eller gamla delar avlägsnas från det samtidigt som föremålet för ändringarna kan vara verket i sin helhet eller enskilda delar av verket.¹³³

En originell *kombination* och *sammanställning* av olika tidigare verk eller delar därav kan åtnjuta skydd som ett samlingsverk såsom avses i 5 § URL. För att ett samlingsverk ska kunna omfattas av upphovsrättsligt skydd krävs det att valet och sammanställningen av de olika beståndsdelarna i verket skett efter en viss *originell plan*.¹³⁴ Traditionella exempel på samlingsverk är antologier, uppslagsböcker, tidningar och tidskrifter och vissa typer av databaser.¹³⁵ Därtill har även datorprogram (TN 2005:7), multimedieprodukter (TN 2001:15, TN 2015:7–8), och undervisningsmaterial (TN 2013:6) fått skydd som samlingsverk under 5 § URL.

Hur gränsen ska dras till 5 § URL när det gäller spelmodifieringar är dock något oklar. För modifieringars del skulle det kunna bli aktuellt att skydda dem som samlingsverk enligt 5 § URL i sådana situationer där spelaren genom val, disposition, kombination och sammanställning av färdiga 2D- eller 3D-visuella spelstrukturer åstadkommer nya spelnivåer. Alternativt kunde dylika sammanställningsverk lämpligen åtnjuta skydd under

¹³² Se härom bl.a. i utlåtandena TN 2010:5, TN 2015:5, TN 2016:8 och TN 2018:9 och TN 2020-fallet.

¹³³ Se t.ex. Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 31 och s. 71.

¹³⁴ KB 5/1953, s. 50 och SOU 1956:25, s. 138.

¹³⁵ Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 83–84, Olsson 2015, s. 75 och Haarmann 2005, s. 58.

4.2 § URL. Enligt *Nordell* ska verk som utgör sammanställningar nämligen ha en faktisk ”sammanställningsfunktion.” Det som blir avgörande i det här avseendet är enligt *Nordell* huruvida de i sammanställningen ingående delarna har en ”aktiv” eller ”passiv” funktion i det nya verket. Om de olika delarna som ingår i ett verk har en aktiv funktion, så bidrar de till en ny *självständig helhet* med ett *eget meningsinnehåll* där skyddet sträcker sig längre än till enbart själva sammanställningen. En sammansättning av flera olika aktiva beståndsdelar som i sitt sammansatta skick är ägnat att utgöra någonting mera utöver sammanställningen ska enligt *Nordell* betraktas som *ett självständigt verk* under 4.2 § URL. Passiva sammanställningar utgör däremot samlingsverk i egentlig bemärkelse i enlighet med upphovsrättslagen 5 § URL, emedan syftet med de samlade verken i samlingsverket är att förbli ”passiva” och ”vilande.”¹³⁶ Aktiva sammanställningar har däremot som syfte att utgöra någonting mera utöver summan av dess delar och bör därmed ses som självständiga verk, eftersom originaliteten i dem inte grundar sig på själva sammanställningen i sig. Även om *Nordells* förslag har en viktig upphovsrättslig betydelse, särskilt i förhållande till modifieringar, så är det inte helt klart om det är nödvändigt att ett verk behöver ha en sammanställningsfunktion för att kunna skyddas som ett samlingsverk under 5 § URL.¹³⁷ Av denna anledning tar jag i beaktande att vissa typer av modifieringar i vissa specifika fall kan komma att åtnjuta skydd som sammanställningar.

¹³⁶ Nordell 1991, s. 378. Detta hänger samman med att upphovsmannen vid sammanställandet av ett samlingsverk inte tillför eller skapar någonting nytt utöver det som redan ingår i de sammanställda verken (Kivimäki 1966, s. 50 och Olsson 2018, s. 76 och SOU 1956:25, s. 138). *Välimäki* beskriver skapandet av ett samlingsverk som att det utgör en *redaktionell sammanslagning* där delarna kan skiljas åt från varandra som självständiga delar (2006, s. 29–30).

¹³⁷ Detta kan förklaras med hjälp av skyddet för datorprogram. I sitt lagförslag har den svenska upphovsrättskommittén framhållit att ett program som består av flera olika programmoduler kan åtnjuta skydd som ett samlingsverk (SOU 1985:51, s. 90). *Nordell* har argumenterat emot detta genom att hävda att den nya programhelheten beskriver någonting helt annat än de programmoduler av vilka det är sammansatt. Således saknas en sammanställningsfunktion, eftersom de ingående programmodulerna har en aktiv funktion (1991, s. 378). Jfr. Wolk 2016, s. 68. I finsk rätt så har däremot upphovsrättsrådet ansett att ett datorprogram kan åtnjuta skydd som samlingsverk (TN 2005:7, s. 11). Av denna anledning kan *Nordells* förslag inte tillämpas fullt ut gällande samlingsverk.

3.2.5 Metoder för att skilja åt bearbetningar och självständiga verk

Kreativt skapande verksamhet bygger till viss del, antingen direkt eller indirekt, på inspiration från tidigare verk.¹³⁸ Upphovsrättsligt är det fullkomligt tillåtet att inspireras av tidigare verk och använda dem som förebilder i skapandet utan att detta för den delen medför att upphovsrätten till dem bortfaller eller utesluter möjligheten för dem att skyddas som självständiga verk. Genom att fritt ändra på tidigare verk kan man således åstadkomma helt nya verk. Utöver originellt nyskapande så omfattas även mera konkreta bearbetningar av tidigare verk av upphovsrättsligt skydd. Exempel på sådana verk är bearbetningar, översättningar, och överföring av verk till en annan litteratur- eller konstform (4.1 § URL).¹³⁹ I den nationella terminologin kallas dessa verk för *härledda verk* (derivativa verk).¹⁴⁰

Bearbetningar befinner sig någonstans emellan en icke-originell bearbetning (eller en oskyddad kopia) av ett tidigare verk och ett självständigt verk beroende på graden av originaliteten i dem.¹⁴¹ En originell bearbetning är inte ett självständigt verk, utan befinner sig inom originalverkets *skyddsomfång*. För att kunna göra en korrekt upphovsrättslig analys av de upphovsrättsliga intressena som är förknippade med spelmodifieringar så är det nödvändigt att utarbeta olika sätt som kan fungera som hjälpverktyg för att kunna klargöra ifall en modifiering är en *icke-originell bearbetning*, ett *härlett verk* eller ett helt *självständigt verk* i förhållande till originalspelet.

¹³⁸ Se KB 5/1953, s. 50, Nordell 1991, s. 371 och Olsson 2018, s. 74). Både Nordell och Olsson anger att en upphovsman både medvetet och omedvetet kan bli inspirerad av tidigare skapelser. Det här innebär att upphovsmän alltid på något sätt influeras av tidigare verk.

¹³⁹ Således måste även bearbetningar vara originella för att de ska kunna åtnjuta skydd. Däremot måste kravet på originaliteten i dem bedömas på ett lite annorlunda sätt, eftersom bearbetarens insats inte kan vara av nyskapande slag. Ordet skapat ska således inte tolkas lika strängt för bearbetningars del, utan det räcker med att de påvisar ett rimligt mått av originalitet för att kunna komma i åtnjutande av skydd. Se Haarmann 2005, s. 90, Kivimäki 1966, s. 44 och SOU 1956:25, s. 133.

¹⁴⁰ Utgående från Bernkonventionens guiden så kan Bernkonventionens definition på begreppet *derivativt verk*, utöver bearbetningar, översättningar och anpassningar av tidigare verk (art. 2.3), även innefatta sammanställningar eller ”samlingsverk” (art. 2.5) och ”övriga omändringar” (art. 8). Se WIPO glossary of copyright and related rights, 2013 s. 81-82 och s. 281. Samlingsverk är i realiteten *härledda verk* på så vis att skapandet av dem är beroende av tidigare verk som sedan sammanställs och kombineras (Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 83–84 och Haarmann 2014, s. 64). I denna avhandling ingår dock inte samlingsverk inom ramen för begreppet bearbetningar, såvida det inte uttryckligen anges.

¹⁴¹ Deichmann 2004, s. 102.

För att kunna skilja åt härledda verk från en icke-originell bearbetning eller kopia därav så spelar originaliteten i verket en avgörande betydelse. Enklare verk skyddas inte. Skydd uppnås inte heller för verk som åstadkommits genom ett allenast mekaniskt eller rutinmässigt arbete.¹⁴² Detta beror på att dylika verk inte påvisar någon form av kreativitet. Den skapande insatsen måste således utgöra någonting mera än en obetydlig ändring och påvisa någon form av kreativitet för att skydd ska kunna uppnås.¹⁴³ Ett rent mekaniskt och rutinmässigt arbete utgör t.ex. skriftliga rättelser eller transponering av musik.¹⁴⁴

I vissa fall kan gränsdragningen mellan icke-skyddade ändringar och bearbetningar vara svår att dra. Denna svårighet kan exempelvis illustreras genom att jämföra ett fall från Vasa Hovrätt med några utlåtanden från upphovsrättsrådet. Det första fallet handlade om ifall ett sammandrag av ett teaterstycke som hade gjorts genom att förkorta och slå ihop vissa delar kunde åtnjuta skydd som bearbetning. Även om sammandraget förekom i en avsevärt förkortad version jämfört med originalstycket, där manuskriptet i den sammandragna versionen bestod i 42 sidor, 5 akter och 12 delar, jämfört med originalet, som bestod av 150 sidor, 8 akter och 27 delar, så ansåg domstolen att redigeringen (ändringen) inte innefattade någonting nytt och utgjorde därmed ingen originell uttrycksform, varav domstolen kom till slutsatsen att sammandraget inte utgjorde en skyddad bearbetning såsom avses i 4.1 § URL.¹⁴⁵

I jämförelse med detta fall har upphovsrättsrådet i två utlåtanden som liknar det fallet som behandlades av Vasa Hovrätt kommit till en annan slutsats. I det första fallet (TN 1998:8) fick en artikel, som baserade sig på ett beslut från konsumentskydds nämnden, skydd som en bearbetning. Artikelns hade bearbetats på så sätt att vissa av beslutets meningar och stycken hade lämnats bort, meningsinnehållet i meningarna hade kombinerats samtidigt som bearbetaren hade använt andra uttryckssätt än de som förekom i beslutet, dock utan att tillföra någon egen analys.¹⁴⁶ I det andra fallet (TN 2002:18) ansåg upphovsrättsrådet att ett preparandkursmaterial, som bestod i en sammanfattning av ordagranna citeringar som var direkt utvalda från en upphovsrättsligt skyddad kursbok, och som upphovsmannen hade upprättat med användning av ”klippa och klistra-metoden”, utgjorde en skyddad bearbetning enligt 4.1 § URL. Upphovsrättsrådet grundade sitt utlåtande på att sammandraget kunde upprättas på många olika sätt beroende på vilka delar som upprättaren av materialet ansåg som viktiga och som borde ingå i sammanfattningen. Det faktum att kursboken som citerades

¹⁴² Kivimäki 1966, s. 44.

¹⁴³ Kivimäki 1948, s. 103–104. Såsom med all annan skapande verksamhet förutsätts det i enlighet med upphovsrätten *ett visst mått av kreativitet* i bearbetarens insats för att ett verk ska kunna åtnjuta skydd som en bearbetning (KB 5/1953, s. 49 och KB 8/1987, s. 66 och s. 168).

¹⁴⁴ SOU 1956:25, s. 133.

¹⁴⁵ Vasa Hovrätt 26.2.1981 V 153/1978.

¹⁴⁶ TN 1998:8, s. 3.

var 228 sidor lång, ansågs ge den som upprättat sammanfattningen, som bestod av ett tiotal sidor, flera olika valmöjligheter och relativt fria tyglar att åstadkomma en bearbetning.¹⁴⁷

När det kommer till att skilja åt bearbetningar från självständiga verk är verksavgränsningen något svårare att dra. För att ett verk ska anses ha tillkommit i fri anslutning till ett tidigare verk enligt 4.2 § URL måste det vara både *nytt* och *nyskapande* i förhållande till originalverket. Eftersom originaliteten i detta fall ska bedömas utgående från samma krav som vid nyskapande av originalverk, så måste gränsdragningen mellan en bearbetning och ett tidigare verk göras utgående från hur nära *anknytning* de har till varandra, dvs. är ett senare skapat verk inom originalverkets *skyddsomfång*. Om upphovsmannen vid skapandet av ett verk endast har influerats av tidigare verk och tillägnat sig idéer, stildrag, manér och konstnärliga effekter från dem och använt dem som förebild vid skapandet, så kan det fortfarande uppstå en självständig upphovsrätt till verket.¹⁴⁸ En sådan svag anknytning till tidigare verket beaktas således inte på något sätt. Av denna anledning måste det finnas någonting mera konkret som går att påvisa att det finns en koppling till ett tidigare verk för att det ska kunna betraktas som ett bearbetningsverk, dvs. ett härlett verk.

För att avgöra om ett alster har en betydelsefull koppling till ett tidigare verk så finns det ett antal *teser* eller *tillvägagångssätt* att tillgå för detta ändamål. Det ena sättet går ut på att granska verkets *inre* och *yttre* form för att utröna ifall det råder en eventuell koppling mellan verken. En bearbetning lämnar vanligtvis originalverkets inre form oförändrad och behåller de *väsentliga dragen* i originalverket även om de framstår i en ny yttre form.¹⁴⁹ Utgående från denna tillämpningsmetod kan det konstateras att ett självständigt verk karaktäriseras av

¹⁴⁷ TN 2002:18, s. 9–10. Utöver detta utlåtande har upphovsrättsrådet även kommit till samma slutsats gällande en sammanfattning av en handbok om affärsverksamhet (TN 2005:16, s. 8–9) och gällande en uppdaterad version av en handbok om arbetsmetoder (TN 2021:1, s. 8–9).

¹⁴⁸ KB 5/1953, s. 50 och SOU 1956:25, s. 68–69. Detta hänger samman med att det upphovsrättsliga skyddet endast sträcker sig till den originella konkreta uttrycksformen i ett verk och inte till idéerna bakom verket. Ett konkret exempel på tillämpningen av denna regel framkommer i ett beslut från Kouvola hovrätt, där domstolen ansåg att tillgodogörandet av teman, koncept och metoder i ett kursmaterialpaket inte var tillräckligt för att verket skulle utgöra en bearbetning såsom avses i URL 4.1 §. Se Kouvola hovrätt 31.12.1998, Nr. 1531, Dnr. R 97/713.

¹⁴⁹ SOU 1956:25, s. 136. Enligt *Kivimäki* kan det också vara frågan om en bearbetning om verket endast får en ny *inre* form, men behåller den *yttre* formen (*Kivimäki* 1948, s. 105–106).

både en annan *inre* och *yttre form* än det ursprungliga verket medan det däremot är frågan om en icke-originell bearbetning om verket behåller både den inre och yttre formen. Ett problem med denna metod är att man måste utröna verkets inre form från både verkets yttre form och från den (oskyddade) abstrakta idén som ligger till grund för verket för att kunna skilja dessa åt från varandra.¹⁵⁰ I många fall kan det vara väldigt svårt att identifiera verkets innersta ”ting,” vilket gör denna metod väldigt svårtillämplig.¹⁵¹

En mera praktiskt tillämpbar metod, som på ett tydligare sätt kan hjälpa till för att skilja åt bearbetningar från självständiga verk, är den s.k. *likhetsbedömningen*.¹⁵² Vid likhetsbedömningen är utgångspunkten den att om två verk *uppfattas* som ett och samma verk så är det antingen frågan om en icke-originell bearbetning eller en efterbildning av ett tidigare verk, eller högst endast en bearbetning därav såsom avses i 4.1 § URL.¹⁵³ Om verket inte inger en upplevelse av likhet, så bör det betraktas som självständigt.¹⁵⁴ För att likhetsbedömningen ska kunna förverkligas fullt ut är de nödvändigt att i praktiken ty sig till både en *juridisk* och *estetisk* bedömning.¹⁵⁵ Därtill ska likhetsbedömningen även grunda sig på en bedömning av verket i sin helhet och på detaljnivå. Enbart *association* till det tidigare verket räcker inte till för att verket ska väcka en upplevelse av likhet. Det här beror på att de enskilda detaljerna i verken kan skilja sig åt märkbart från varandra.

¹⁵⁰ Nordell, 1991, s. 374. Se även Haarmann 2014, s. 67.

¹⁵¹ KB 5/1953, s. 50.

¹⁵² Haarmann 2014, s. 67 och Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 77.

¹⁵³ TN 2012:3, s. 6. Se även Kivimäki 1948, s. 106–107 och Levin 2017, s. 174, där båda författarna fäster avseende vid den *effekt* som verket har på iakttagaren som den avgörande faktorn för huruvida verket ska betraktas som ett härlett verk eller ett självständigt verk. *Kivimäki* utgår ifrån att det är frågan om ett nytt och självständigt verk om det senare verket inte präglas av det tidigare verkets upphovsmans *personlighet*. Om däremot originalupphovsmannens personlighet framkommer i bearbetningen är det inte frågan om ett självständigt verk (Kivimäki 1948, s. 106). *Levin*, å sin sida, hävdar att det är frågan om samma verk om det ger samma *estetiska upplevelse*, trots att de må förekomma eventuella skillnader i verket (Levin 2017, s. 174). - Det är dock värt att notera att även om en likhetsbedömning tillämpad i praktiken förtydligar verksavgränsningen och kan ge svar på om verket är självständigt eller inte, så kan den inte ge ett svar på om det är en kopia av originalverket eller en bearbetning därav, eftersom båda dessa framkallar en upplevelse av likhet med originalverket.

¹⁵⁴ Enligt *Kivimäki* kan det inte längre vara frågan om en bearbetning ifall ändringarna är så omfattande att identiteten mellan det tidigare och det nya verket försvinner helt och går förlorad (Kivimäki 1948, s. 104). I detta fall så bryts kopplingen till originalverket och verket får en ny identitet.

¹⁵⁵ Levin 2017, s. 174.

Detta kan särskilt belysas med ett ärende från upphovsrättsrådet (TN 2013:3) som gällde ett scenografiskt verk av Sibeliusmonumentet. Vid skapandet av det scenografiska verket hade upphovsmannen utnyttjat idén och helhetsintrycket av Sibeliusmonumentet. Vid bedömningen ansågs det förekomma mera olikheter än likheter mellan de två verken. Bland annat så skilde sig formen och de olika delarnas storlek åt från varandra betydligt. Upphovsrättsrådet kunde inte heller identifiera några enskilda delar som skulle vara kopierade rakt av från Sibeliusmonumentet. Då det förekommer betydande skillnader på detaljnivå, så räcker det inte med att det hos betraktaren av verket kan uppstå en *association* till det tidigare verket på ett allmänt plan för att det ska anses utgöra en bearbetning eller en efterbildning av ett tidigare verk. Därav ansåg upphovsrättsrådet att det scenografiska verket utgjorde ett självständigt verk.¹⁵⁶

Utslagsgivande för när ett verk kan tänkas väcka en upplevelse av likhet synes vara om det förekommer en *väsentlig likhet* mellan verken. Följande avgörande (HD 1964 II 59) från högsta domstolen belyser denna gränsdragning. I ärendet var domstolens uppgift att med hjälp av en likhetsbedömning avgöra ifall en senare utgiven lärobok utgjorde en bearbetning av en tidigare publicerad lärobok om samma tema. Domstolen konstaterade att den senare läroboken var både till sin struktur och sitt innehåll väsentligen lika den först publicerade läroboken. Då de märkbara likheterna påvisades bero på att båda uphovsmännen använt sig av samma källor, så ansågs den senare läroboken vara väsentligen originell och inte en bearbetning av det tidigare verket och erhöll därmed ett självständigt skydd.¹⁵⁷ I det här fallet skulle utfallet möjligtvis ha kunnat bli ett annat om dessa fakta inte fanns till hands.

Eftersom två verk sällan är helt identiska måste man i likhetsbedömningen fastställa vilka likheter som har en uphovsrättslig betydelse.¹⁵⁸ Det är enbart de väsentliga delarna i ett skyddat verk som jämförs. Frågan är då vad som räknas som väsentliga delar. I det här avseendet utgår *Deichmann* ifrån att likheten i ett verk bör bestämmas utgående från den *mängd* enskilda beståndsdelar som används från tidigare verk. Enligt *Deichmann* är det frågan om en bearbetning ifall det i ett senare skapat verk ingår en betydande mängd beståndsdelar utgörande av själva konceptet eller den strukturerade kombinationen av beståndsdelar från ett tidigare verk.¹⁵⁹ Även om *Deichmann* hade litterära verk i fokus, så bör samma premisser även kunna appliceras på digital bearbetning av bilder, och kan därmed fungera som ett värdefullt verktyg i det här avseendet.

¹⁵⁶ Se särskilt TN 2012:3, s. 7.

¹⁵⁷ HD 1964 II 59. Se även TN 2018:3, s. 7 (punkt 30), där två barnböcker ansågs utgöra två självständiga verk, då de konkreta uttrycksformerna mellan båda böckerna skiljde sig åt från varandra.

¹⁵⁸ Se Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 77–78.

¹⁵⁹ Deichmann 2004, s. 115–117.

Det kan härmed konstateras att det inte spelar någon roll ifall upphovsmannen vid sitt skapande har tillgodogjort sig tidigare existerande verk i sitt skapande, så länge som det nya verket uppfyller dubbelskapandekriteriet.¹⁶⁰ Således kan man dra slutsatsen att ifall sannolikheten för att någon annan skulle ha skapat ett helt identiskt verk är praktiskt taget utesluten, samtidigt som verket inte frammanar en upplevelse av likhet med ett tidigare verk, så ska det åtnjuta ett självständigt skydd, även om verket tillkommit på så sätt att upphovsmannen i samband med skapandeprocessen har använt sig av delar från ett eller flera tidigare verk.¹⁶¹

3.3 Tillämpningen av upphovsrätten på spelmodifieringar

3.3.1 Inledande synpunkter på den upphovsrättsliga bedömningen av modifieringar

Ovan har jag redogjort för de grundläggande principerna för upphovsrättsligt skydd. I det följande kommer jag att tillämpa dessa principer för att klargöra spelarnas kreativa utrymme vid spelmodifiering med utgångspunkt i *Sihvonens* typindelning av modifieringar som presenterades i introduktionen.¹⁶² Jag kommer att systematiskt gå igenom de olika typerna av modifieringar i tre olika kapitelavsnitt för att klargöra hur spelarnas möjlighet till originalitet praktiskt kan förverkligas inom ramen för de olika typerna av modifieringar. Syftet med denna del av uppsatsen är inte att ge något heltäckande och definitivt svar på det upphovsrättsliga skyddet av modifieringar. Det är viktigt att komma ihåg att bedömningen

¹⁶⁰ Nordell 1991, s. 381 och s. 383.

¹⁶¹ Se härför KB 8/1987, s. 116. Upphovsrättskommittén uppger att resultatet av behandling av en bild (fotografi) med hjälp av dator kan resultera i ett verk som kan anses vara nytt självständigt ifall helhetsintrycket väsentligt skiljer sig åt från det ursprungliga fotografiet (till skillnad från en närmast retuscherad version av bilden). Enligt upphovsrättskommittén gäller detta även om det förekommer *tydligt identifierbara likheter* i det nya verket och det ursprungliga fotografiet. Även om detta gäller bearbetning av fotografier, så finns det ingen anledning att även kunna tillämpa samma premisser på alla övriga verk. Å andra sidan så påvisar ett utlåtande från upphovsrättsrådet TN 1998:16 (som gällde skydd av datorprogram) en motsvarande slutsats. I sitt utlåtande konstaterade upphovsrättsrådet att ett program kan åtnjuta ett självständigt skydd i förhållande till ett tidigare program, så länge som det nya programmet har skapats på ett originellt sätt *utan att ha använt skyddade delar* från ett tidigare program (TN 1998:16, s. 10). Se även fallen HD 1979 II 64 och NJA 2017 s. 75. Jfr. HD 2018:21, där domstolen på basen av en helhetsbedömning ansåg att en målning av ett fotografi gav en likhetsupplevelse till det avmålade fotografiet. Huruvida användandet av tidigare beståndsdelar får fungera som en källa i den kreativa processen ska alltid grunda sig på en *helhetsbedömning*. De olika slutresultaten i målen påvisar att det är väldigt mycket fast i omständigheterna huruvida användandet av tidigare beståndsdelar får fungera som en källa i den kreativa processen för att slutresultatet ska kunna utmynna i ett självständigt verk.

¹⁶² Se kapitel 1.1.2 ovan, särskilt figur 1.

av det upphovsrättsliga skyddet i spelmodifieringar alltid är beroende av de särskilda omständigheterna i fallet, vilket innebär att bedömningen av originaliteten i en enskild spelmodifiering alltid i slutändan bör göras från fall till fall för att avgöra dess upphovsrättsliga status. Syftet med analysen handlar istället om att på ett allmänt plan identifiera och utvärdera vilka aspekter och argument som ska tas i beaktande vid en upphovsrättslig analys av spelmodifieringar från en upphovsrättslig synvinkel.

3.3.2 Omkonfigurering och återgivning av videospel

Omkonfigurering och återgivning innebär att en spelare sammanställer, sätter ihop och kombinerar beståndsdelar och spelelement från ett urval av befintliga beståndsdelar och speltillgångar i videospel.¹⁶³ Den omkonfigurering och återgivning som i det här sammanhanget behandlas är begränsad till den *estetiska nivån* av originalspelet.¹⁶⁴ På denna nivå är spelarnas interaktion med spelet begränsat till den funktionalitet som är förbehållet i det grafiska användargränssnitt som är integrerad (eller ”inbäddad”) i själva spelet.¹⁶⁵ Spelarna är i detta avseende mera begränsade med vilka verk de kan åstadkomma. Kännetecknande för omkonfigurering och återgivning är att spelarna inte kan lägga till ny kod eller göra ändringar i spelmotorn. Av denna anledning sträcker sig spelarnas modifieringsmöjligheter till skapandet av visuella och litterära uttrycksformer, såsom *avatarer* och *kreativa namn*. Härmed berör detta kapitel endast dessa typer av verk.¹⁶⁶

Avatarer. Internationellt sett har det upphovsrättsliga skyddet till *avatarer* fått en del uppmärksamhet i rättsliga kretsar och mycket tyder på att avatarer kan, under vissa förutsättningar, vara värda ett upphovsrättsligt skydd. Med utgångspunkt i amerikansk rätt

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Såsom nämnts tidigare, så utövar spelarna ingen form av kreativitet vid omkonfigurering och återgivning på den operationella nivån. Kreativt spelande med utnyttjande av spelets funktionalitet kan inte bli föremål för upphovsrättsligt skydd. Se not 24 ovan.

¹⁶⁵ Spelutvecklarna begränsar och styr vad användarna kan göra, och vilka spelupplevelser de kan förverkliga. Enligt *Scacchi* så föranleder anpassning av gränssnittets utseende inte några ändringar på den grundläggande funktionaliteten och spelmekaniken i spelet, som är tillgänglig för alla spelare och kvarstår som oförändrade (*Scacchi* 2010, s. 3).

¹⁶⁶ Till den del som spelarna även har möjlighet att skapa övriga typer av speltillgångar med en liknande skapandeprocess, såsom olika spelobjekt, så bör dessa vara föremål för en liknande upphovsrättslig analys.

skriver *Ochoa* att om en spelare har *tillräckligt många valmöjligheter* att välja mellan vid skapandet av en avatar, så kan det resulterande alstret åtminstone delvis utgöra ett resultat av spelarens kreativa insatser.¹⁶⁷ På ett liknande sätt anser *Van Den Bulck* och *de Bellefroid*, med utgångspunkt i fransk rätt, att en spelare kan få upphovsrätt till sin avatar om den uppfyller kravet på originalitet. Enligt dem är detta åtminstone möjligt om avataren skapas med *modernt hantverk*, där spelarna har tillgång till mera avancerade modifieringsverktyg som erbjuder en stor valfrihet och flexibilitet för spelarna att skraddarsy det visuella utseendet på sin avatar med omfattande 3D-modelleringsmöjligheter.¹⁶⁸ Sammanfattningsvis kan det konstateras att spelarens möjlighet att göra *fria och kreativa val* utgör grunden för att en avatar ska kunna åtnjuta upphovsrättsligt skydd.

Samma grunder för skyddet av avatarer är även tillämpliga i finsk upphovsrätt. Som utgångspunkt kan det tänkas att en avatar kunde åtnjuta skydd antingen som ett samlingsverk eller som ett självständigt verk. För att en avatar ska kunna skyddas som ett samlingsverk krävs det att den består av en originell kombination och sammanställning av tidigare verk eller delar därav. I det här fallet är det frågan om en sådan skapandeprocess som kan förnimmas med traditionellt hantverk i enlighet med *Van Den Bulck* och *de Bellefroids* terminologi.¹⁶⁹ Det råder dock en viss tvetydighet ifall avatarer kan uppnå skydd med denna metod.¹⁷⁰ För det första är modifieringsverktyg som kännetecknas av traditionellt hantverk av mer rudimentär karaktär och erbjuder nödvändigtvis inte ett tillräckligt brett spektrum av valmöjligheter för spelaren att genom val och kombination åstadkomma ett originellt slutresultat.¹⁷¹ Det som därtill talar emot ett skydd för avatarer som ett samlingsverk är att

¹⁶⁷ *Ochoa* 2012, s. 974–976 och s. 982 och *Ochoa – Banks* 2018, s. 296. Se även *Burk*, under ”Copyright,” där han hävdar att även om alla beståndsdelar tidigare är skapade av spelutvecklaren, så kan spelarna på grund av de omfattande valmöjligheterna ordna de olika beståndsdelarna i väldigt komplexa kombinationer.

¹⁶⁸ *Van Den Bulck – de Bellefroid* 2009, s. 262–263. Enligt författarna till artikeln erbjuder dessa verktyg omfattande möjligheter för spelarna att påverka utseendet på avataren genom att bl.a. ändra på *formen (de fysiska dimensionerna), storleken, stilen och färgerna*. På detta sätt så skiljer sig *modernt hantverk* åt *traditionellt hantverk*, som närmast omfattar ”samling och hopsättning av befintliga beståndsdelar.”

¹⁶⁹ Se föregående fotnot (fotnot 168).

¹⁷⁰ Enligt *Van Den Bulck* och *de Bellefroid* kan en avatar som uppstått enkom genom val, kombination och sammanställning av ”befintliga beståndsdelar från spelprogrammets databas” inte åtnjuta skydd (*Van Den Bulck – de Bellefroid* 2009, s. 263).

¹⁷¹ Vid ”traditionellt hantverk” sträcker sig spelarens kreativa valmöjligheter till att, från ett mer eller mindre begränsat urval av en uppsättning färdigt uppställda konstruktions- och valmöjligheter, välja ut specifika delar

spelaren inte har möjlighet att fullfölja någon originell plan.¹⁷² Valen är oftast baserade på spelarens tycke och smak och handlar främst om att personifiera spelaren och framhäva de attribut som spelaren ser som önskvärda. Detta kan sägas vara fallet, då avataren vanligtvis kan ses som spelarens representation av sin själv i den virtuella spelvärlden. På grund av dessa faktorer kan det härmed konstateras att avatare inte ska betraktas som samlingsverk såsom avses i 5 § URL.¹⁷³ För avatarers del står det närmare till hands att utgå ifrån det som *Nordell* skrivit om åtskillnaden mellan passiva och aktiva beståndsdelar för att bestämma hur en avatar ska skyddas.¹⁷⁴ Syftet med en avatar är inte att fungera som en passiv representation av olika verksdelar. Avatare har oftast en av de viktigaste rollerna i spelet och representerar allt det som spelaren åtar sig i samband med spelande. Därför är det mera korrekt att betrakta en avatar som en egen helhet där de ingående delarna har en klart aktiv funktion vars syfte är att tillsammans skapa en helhet som utgör någonting mera än en passiv sammanställning av olika verk. Av denna anledning ska avatare betraktas som *ett självständigt verk* på så sätt som *Nordell* beskriver och inte som ett samlingsverk.

I finsk upphovsrätt kan avatare som är skapade med *modernt hantverk*, dvs. med tillräckligt flexibla och avancerade modifieringsverktyg, mycket väl resultera i ett självständigt verk. Så länge som modifieringsverktyget erbjuder spelaren ett tillräckligt stort utrymme för kreativ frihet med omfattande valmöjligheter för att göra *fria och kreativa val* så kan en avatar resultera i ett verk som utgör *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*.

för avataren som ska anpassas till en grundmodell som representerar en kroppslig avbildning där alla olika delar har sitt eget ställe. Spelarna kan således inte vid skapandet av avataren fritt disponera och bestämma över placeringen av de ingående delarna efter eget gottfinnande. I det här fallet är det oklart om endast möjligheten att bestämma över valet om kombinationen utgör en tillräckligt stark grund för att uppfylla originalitetskravet.

¹⁷² Se fotnot 134 ovan.

¹⁷³ För att en avatar ska kunna skyddas som ett samlingsverk överhuvudtaget krävs det att de olika delarna som den är uppbyggd av åtnjuter ett självständigt skydd. Vanligtvis är de enskilda delarna som en avatar består av så allmänna till sin natur att de inte åtnjuter ett eget skydd i sitt separata tillstånd. Däremot är det möjligt att en sammanställning av annars oskyddade beståndsdelar kan åtnjuta skydd på basis av 1 § URL som ett självständigt verk, förutsatt att urvalet och kombinationen av dem gjorts på ett originellt sätt. Dock talar de nyss nämnda förutsättningarna tillsammans emot ett dylikt skydd, såsom bland annat avsaknaden av en originell plan, vilket är en skyddsförutsättning för samlingsverk.

¹⁷⁴ Se fotnot 136 ovan.

Det bör här anmärkas att även om spelutvecklaren ställt till förfogande avancerade modifieringsverktyg (*character creation kit*) för spelarna, så borttar detta inte spelarnas upphovsrätt. Såsom nämnts tidigare, så erhåller den som ställt till förfogande verktyg för skapande inte någon upphovsrätt till det som skapas med hjälp av dem, oberoende av egenskaperna i dem.¹⁷⁵ Således kan spelarskapade avатарer åtnjuta ett självständigt upphovsrättsligt skydd som ett *bildkonstverk* ifall spelaren åtnjuter ett tillräckligt stort kreativt utrymme vid skapandet.¹⁷⁶

Namn på spelkaraktärer. En spelare ska ge ett namn åt sin avatar. Beroende på spelutvecklaren, så erbjuds spelaren en möjlighet att namnge sin spelkaraktär med upp till ett visst antal bokstäver, siffror och tecken.¹⁷⁷ Mot bakgrund av att spelaren har ett begränsat utrymme för hur många bokstäver, siffror och tecken som får användas, så är frågan om karaktärsnamn kan åtnjuta ett självständigt skydd. Enbart enskilda ord i sig kan inte åtnjuta skydd som ett verk. Det är enbart genom ”valet, dispositionen och kombinationen av ord som upphovsmannen kan ge uttryck för sin kreativitet på ett originellt sätt.”¹⁷⁸ Om det tas i beaktande att spelaren kan kombinera både bokstäver, siffror och tecken, så kan det sägas förekomma ett visst utrymme för att kreativa namn på spelkaraktärer kan utgöra *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Dock bör upphovsrättsligt skydd för namn på spelkaraktärer tolkas väldigt restriktivt.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Se KB 8/1987, s. 64–66. Se även Ochoa 2012, s. 974–975, Hetcher 2008, s. 860, Van Den Bulck – Bellefroid 2009, s. 262 och Connors 2010, s. 422–423. *Ochoas* liknelse av ett modifieringsverktyg med ordbehandlare och ritprogram är träffande i det här sammanhanget, då han lyckas påvisa att även om upphovsrätten till dessa utvecklingsverktyg hör till den som skapat dem, så tillfaller inte upphovsrätten till de verk som skapats med hjälp av dessa upphovsmannen till ordbehandlaren eller ritprogrammet, utan till den som använder dem i sitt skapande.

¹⁷⁶ Upphovsrättsrådet har i utlåtandena TN 1993:25 och TN 2006:16 ansett att den originella uttrycksformen av en karaktär kan åtnjuta ett självständigt skydd som ett *bildkonstverk*. I utlåtandena TN 2018:12 och TN 2020:6 (som båda gällde skyddet av en 3D-karaktär) har upphovsrättsrådet understrukt att endast de konkreta förverkligandena av uttrycksformerna i en karaktär kan åtnjuta skydd. Skyddet sträcker sig således endast till den konkreta originella uttrycksformen i en karaktär och inte till den ”abstrakta” karaktären *i sig*.

¹⁷⁷ Antal bokstäver som får ingå i ett namn varierar, men det minsta antalet karaktärer (bokstäver, siffror och tecken) brukar vara 3 och det högsta antalet 20. Vissa spel tillåter både ett för- mellan och efternamn, vilket ökar på antalet kombinationer med det tredubbla.

¹⁷⁸ Punkterna 45–46 i *Infopaq*. Domstolen framhöll att ett utdrag om elva ord kan få upphovsrätt, men lämnade detta till den nationella domstolen att pröva om så är fallet (punkt 48 i *Infopaq*).

¹⁷⁹ Upphovsrättsrådet har i sina utlåtanden gång efter gång ansett att korta uttryck och namn inte kan skyddas. Se bl.a. TN 2010:11 (”Kuningas kutsui narrin kilistimellä luokseen”), TN 2001:12 (”Puhdas Elämä Lapselle”)

3.3.3 Omvandling av videospel

Spelomvandlingar inbegriper ändringar både på den *estetiska* eller *operationella* nivån i spelet eller en kombination av bådadera. Eftersom det tekniska och funktionella förverkligandet skiljer sig åt mellan dessa två nivåer, så behandlas dessa skilt var för sig.

Estetiska nivån. Modifiering på den estetiska nivån sker med hjälp av tillgång till innehållet i speldatabasen. Avgörande för i vilken mån den estetiska nivån kan modifieras är beroende på filformatet i de spelfiler (speltillgångar) som ingår i spelmotorns databas.¹⁸⁰ Spelarnas interaktion med spelet omfattar i detta avseende modifiering av de grafiska speltillgångar som är förbehållna i spelet, såsom ändring och anpassning av *spelstrukturer* (textures), 3-dimensionella *polygonnät* (meshes) och modeller av spelobjekt.¹⁸¹ Omvandling på den estetiska nivån omfattar även skapandet av *nya utrymmen* (i estetisk bemärkelse), såsom nya spelområden och spelkartor. Vid omvandling på den estetiska nivån blir det extra viktigt att kunna skilja åt självständiga verk från härledda verk och sådana modifieringar som närmast kan betraktas som icke-originella modifieringar eller efterbildningar av de ursprungliga speltillgångarna. Till följd av detta är det också fördelaktigt att behandla dessa två aktiviteter åtskilt från varandra.

Vad beträffar spelarnas skapandetrymme mellan de två olika aktiviteterna av estetisk omvandling, så kan det konstateras att spelarnas skapandetrymme är klart mera begränsad vid ändring och anpassning av speltillgångarna. Syftet med denna typ av aktivitet är främst att ge det existerande spelinnehållet en ny yttre design. Spelarna kan ändra på färgerna, strukturera formen och storleken i spelinnehållet, lägga till delar och anpassa

och TN 1995:16 ("Save the Wildlife"). Mot bakgrund av dessa utlåtanden är möjligheten att få upphovsrätt till spelkaraktärsnamn i det närmaste obefintlig. Detta är egentligen helt förenligt med upphovsrätten, eftersom sannolikheten för att någon annan skulle använda samma namn på sin avatar är påfallande hög och skulle lätt leda till en monopolisering på korta uttryck.

¹⁸⁰ Sihvonen 2009, s. 49. Spelarnas modifieringsmöjligheter begränsas i den mån som speltillgångarna i databasen (datafiler i form av bild- och ljudfiler) förekommer som icke-standardiserade (skyddade) filformat.

¹⁸¹ Även om de auditiva speltillgångarna (spelmusik och ljudeffekter) inte finns omnämnda i *Sihvonens* förteckning av modifieringar, så kan även dessa speltillgångar vanligtvis vara föremål för spelarskapad modifiering. Eftersom de auditiva speltillgångarna i huvudsak kan bli föremål för liknande bedömningsgrunder som gäller för de visuella speltillgångarna, så finns det ingen anledning att skilt beakta dessa.

spelargränssnittets grafiska egenskaper med olika teman och tilläggskomponenter. Alla dessa aktiviteter resulterar vanligtvis i utseendemässiga ändringar som endast är förknippade med den *yttre formen* av verket, vilket i enlighet med vad som anförts ovan, hindrar verket från att åtnjuta ett självständigt skydd.¹⁸² Estetiska omvandlingar på denna nivå behåller sannolikt den skyddade uttrycksformen i originalverket så till den grad att det hos betraktaren väcker en *upplevelse av likhet* mellan omvandlingen och originalspeltillgångarna. Således blir det avgörande att bedöma ifall de utmynnar i härledda verk eller i icke-originella bearbetningar och efterbildningar. Denna bedömning hänger mycket på ifall spelmodifierarens insats i samband med den estetiska omvandlingen kan betraktas som originell.

Däremot är det inte helt uteslutet att estetisk omvandling av speltillgångarna kan åtnjuta ett självständigt skydd. Som tidigare anförts, så utesluter det inte möjligheten för ett verk att betraktas som självständigt även ifall det tillkommit på så sätt, att tidigare verk faktiskt använts eller att det fanns vetskap om dem vid skapandet av verket.¹⁸³ Om de ingående speltillgångarna är strukturerade och sammanställda på ett sätt som resulterar i nya originella uttrycksformer i förhållande till originalspeltillgångarna, och inte ger upphov till en likhetsupplevelse, så finns det inget som hindrar dem att åtnjuta skydd som självständiga verk. I det här avseendet spelar det ingen roll ifall spelarna åstadkommit modifieringarna med modifieringsverktyg som spelutvecklaren ställt till förfogande.¹⁸⁴

När det gäller skapandet av *nya utrymmen* (digitala dimensioner) så har spelarna ett klart större kreativt utrymme. I dessa fall används även befintliga speltillgångar från originalspelet, men målsättningen med denna aktivitet är här för spelarna att åstadkomma

¹⁸² Se fotnot 149 ovan. Utgående från *Deichmanns synsätt*, så är dessa bearbetningar inte tillräckliga för att verket ska bli tillräckligt distanserat från den skyddade uttrycksformen i originalverket. Se Deichmann 2004, s. 104. Kopplingen till originalverkets skyddsomfång bryts inte vid enbart ändring av den yttre formen av ett bildkonstverk. Således finns det alltid en koppling mellan bearbetningen och originalverket i dessa fall. Detta framgår särskilt beträffande fotografiers skyddsomfång. Se RP 161/1990, s. 58. Se även fotnot 161 (gällande omfattningen av skyddet för ett fotografi i bearbetat tillstånd).

¹⁸³ Se fotnoterna 160–161 ovan.

¹⁸⁴ Se kapitel 3.2.1 ovan. Spelutvecklaren har varken någon mer eller mindre rätt till spelarskapade alster oberoende av om de tillkommit med modifieringsverktyg som spelutvecklaren tillhandahåller eller genom att spelutvecklaren erbjuder spelarna tillgång till standardiserade speldatafiler, såsom punktmatriser och bitkartor, som spelarna sedan kan modifiera med fristående redigeringsprogram, såsom ritprogram och grafikeditorer.

helt nytt spelinnehåll, såsom nya spelnivåer, spelbanor, spelkartor och spelområden, och handlar inte enbart om att ändra på egenskaperna i de befintliga speltillgångarna. Det här betyder att det nya spelinnehållet sannolikt kan få en *ny inre form*. Samtidigt innebär det också att det är mindre sannolikt att det uppstår en upplevelse av likhet mellan modifieringen och originalspelets speltillgångar. Nya spelnivåer kan vara förknippade med nya uppdrag och narrativa handlingar. Därtill kan spelarna inkludera nya spelkaraktärer och spelobjekt i spelnivåerna. Spelarna åstadkommer på så sätt nya helheter där alla delar som ingår i en spelnivå bidrar till att skapa *en ny helhet*. För att en spelnivå ska kunna skyddas som en helhet i det här avseendet, så förutsätts det att det utgör ett enda verk. Spelnivåer kan liknas vid ett 2- eller 3-dimensionellt *bildkollage* och kan i det avseendet betraktas som *ett* verk där alla ingående delar har en aktiv funktion och hör samman.

Vid estetisk omvandling kan skapandet av nya spelnivåer i vissa fall påminna om skapandet av ett samlingsverk. Det här gäller särskilt i de fall där spelaren med hjälp av *nivåeditorer* kan konstruera och bygga ihop nya spelnivåer och spelområden med ”drag and drop-principen” från ett utbud av färdigsydda spelstrukturer, spelkaraktärer, spelobjekt och övriga speltillgångar som används som byggstenar vid konstruerandet av spelnivåerna, som sedan placeras på en färdig grundplatta för spelnivån. Skapandet av nya spelnivåer enligt detta förfaringssätt erbjuder spelaren en klart större kreativ frihet än vad fallet är vid skapandet av avatarer, såsom diskuterats tidigare.¹⁸⁵ Därtill följer en spelnivå vanligtvis ett logiskt händelseförlopp som möjliggör att spelhandlingen kan föras framåt, vilket tillåter skaparen av en spelnivå att fullfölja en särskild detaljerad *originell plan*. Även i dessa fall så saknar modifieringsprocessen en *sammanställningsfunktion*.¹⁸⁶ Målet med skapandet av spelnivåer

¹⁸⁵ Vid sammanställandet av en avatar är spelaren enbart förpassad till att placera de olika delarna som ingår i en avatar i enlighet med en färdigt uppställd konstruktionsmall i form av en kroppslig avbildning, där alla olika delar har sitt eget ställe: huvud, händer, ben, och fötter, och där spelarna även är uteslutna från möjligheten att fullfölja en originell plan. Till skillnad från detta, så har spelaren vid skapandet av nya nivåer ett klart större spelutrymme att placera de olika speltillgångarna på olika sätt. Det som utvidgar spelarens kreativa utrymme är att de olika speltillgångarna kan kombineras och placeras på olika sätt i ”grundplattan” i ett nästintill oändligt antal olika variationer och kombinationer. Den enda begränsningen är att spelarna måste förhålla sig till färdigt designerade start- och slutpunkter i dylika spelnivåer. I övrigt kan spelaren designa spelnivån efter sitt eget gottfinnande där endast spelarens fantasi sätter gränserna.

¹⁸⁶ Se fotnot 136 ovan.

är att åstadkomma nya helheter, och handlar inte om att sammanställa befintliga beståndsdelar. I dessa fall är det också mera korrekt att utgå ifrån att dessa typer av modifieringar resulterar i självständiga verk, där summan av delarna i en spelnivå utgör någonting mer än summan av dess delar.

Operationella nivå. Modifiering på den operationella nivån omfattar ändring av funktionerna, egenskaperna och beteendet som är associerat med spelinnehållet, dvs. rumsliga utrymmen, spelkaraktärer och spelobjekt, och kan förverkligas på två olika sätt. Det ena sättet som spelarna kan ändra på funktionerna i spelet är via inbyggda modifieringsverktyg som erbjuder ”dialogboxar” med ett enkelt hanterbart användargränssnitt (GUI) som fungerar enligt ”drag and drop-principen,” där spelaren inte själv behöver skriva ny kod. Huruvida spelaren ändrar koden direkt eller indirekt har betydelse för det upphovsrättsliga skyddet till koden. Om koden ändras indirekt via interaktion med ett användargränssnitt, så kan upphovsrätt till den nya koden inte uppstå. Det andra sättet som en spelare kan ändra på funktionerna i spelet är med kodbaserade modifieringar i skriptspråk (skriptbaserade kodremсор), där den skriptbaserade koden kan ses som ett separat kodtillägg som tekniskt sätt är kompatibel med originalspelet och samverkar med spelmotorn. Detta sker genom att spelarna ”manuellt” skriver ny kod som kommunicerar med ett applikationsanvändargränssnitt (API-gränssnitt). Eftersom spelarna endast i undantagsfall har tillgång till källkoden i spelmotorn,¹⁸⁷ så innebär det att manuell spelarskapad skriptkod skapas självständigt i förhållande till källkoden i originalspelet. Spelarna ändrar inte på den befintliga koden i spelet, utan skapar ny kod i förhållande till originalspelets kod.¹⁸⁸ Därmed kan den spelarskapade skriptbaserade koden skyddas som ett

¹⁸⁷ Se fotnot 160 ovan.

¹⁸⁸ Se punkt 44 i *SAS Institute* som jämförelse. I de fåtal fall som spelutvecklarna erbjuder spelarna tillgång till källkoden i spelmotorn kan spelarna åstadkomma härledda verk genom att omprogrammera och bygga vidare på den befintliga koden. Eftersom det är otroligt sällsynt att spelarna har tillgång till källkoden, så kommer denna typ av modifiering inte att närmare beaktas här.

självständigt verk, förutsatt att den utgör *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*.¹⁸⁹

Däremot skyddas inte hur simpla program som helst.¹⁹⁰

En annan sak att ta i beaktande vid modifiering på den operationella nivån är att spelutvecklarna nödvändigtvis inte ens behöver förvärva rättigheterna till dessa, ifall de önskar att implementera dem i sina spel. Det här beror på att värdet i operationella spelomvandlingar vanligtvis ligger i det sätt som de ändrar på spelupplägget, såsom förverkligandet av ny spelmekanik eller korrigerig av buggar i den befintliga spelmekaniken. Skyddet av den spelarskapade koden sträcker sig nämligen enbart till den konkreta litterära uttrycksformen av den och inte till funktionerna som den representerar.¹⁹¹ Det här betyder att operationella spelomvandlingar som ger uttryck för innovativa och originella speluplägg vanligtvis faller utanför skyddet. Således behöver spelutvecklarna inte ens förvärva dessa rättigheter skilt, utan kan utan hinder tillägna sig dessa, så länge som de inte kopierar den spelarskapade koden rakt av.

3.3.4 Omdirigering av videospel

Spelarna kan även omdirigera spelet genom att använda det för att skapa helt oberoende framställningar, såsom *machinima* och *gamics*. Omdirigeringar skiljer sig åt från övriga modifieringsaktiviteter emedan syftet med de övriga modifieringarna av videospellet är att underlätta skapandet av dessa. På så sätt används videospellet utanför sitt egentliga användningsområde, dvs. i annat syfte än interaktiv underhållning, och omdirigeras till att fungera som ett kreativt verktyg för skapandet av nya uttrycksformer som resulterar i någonting helt annat än ett spel. Det som är kännetecknande för omdirigeringar från ett upphovsrättsligt perspektiv är att de vanligtvis skapas i syfte att förmedla en berättelse eller framföra ett budskap som avviker från videospellet. Omdirigeringar kan komma till uttryck i audiovisuella alster, såsom *machinima*, eller i bildliga framställningar, såsom skärmdumpar och *gamics*.

¹⁸⁹ Se kapitel 3.2.2 ovan.

¹⁹⁰ Enligt upphovsrättskommittén uppnår sådana enkla program som består av en serie för fackmännen närmast självklara funktioner, eller som i övrigt bygger på allmänt anlitade lösningar, inte kravet på originalitet. Se KB 8/1987, s. 169.

¹⁹¹ Se punkterna 39–46 i *SAS Institute* och skäl 10 i Datorprogramdirektivet. Se även RP 161/1990, s. 17.

Omdirigeringen av spelsessionerna kan liknas vid s.k. *spinoffer*. Vid omdirigering fokuserar man på att spela ett spel till ändamålet att framställa spelsessionen på ett sätt som bänder och utvidgar spelvärden till att omfatta nya handlingar med antingen ett vidare syfte och en annan karaktär och innebörd eller på så sätt att spelkaraktärer och spelobjekt framställs i helt främmande miljöer som går långt utöver de ramar och gränser som spelutvecklaren ämnat för spelet. Samtidigt står det klart att spelarna i stor utsträckning använder speltillgångar från originalspelet, såsom bl.a. spelkaraktärer och bakgrundsmiljöer. Här uppstår det en oklarhet om denna omständighet innebär att dessa skapelser utgör härledda verk. Till att börja med, så är det fullkomligt tillåtet att anamma stildrag, idéer och beståndsdelar från tidigare verk.¹⁹² Därtill är det svårt att föreställa sig att den som betraktar t.ex. en machinima skulle förväxla den med en *kopia* av videospel.¹⁹³ Dock är det högst troligt att den hos betraktaren kan väcka en *direkt association* till videospel - vilket oftast också är meningen med dylika verk. För att avgöra när likheterna mellan omdirigeringen och videospel börjar bli så påtagliga att det snarare är frågan om förekomsten av en väsentlig likhet och inte längre enbart en upplevelse av association måste göras med en bedömning *in casu*. Utöver detta måste det slutligen tas i beaktande syftet med omdirigeringen. I det fall en omdirigering skiljer sig märkbart från videospel, vilket är fallet med parodier och travestier, så kan det påverka utgången i bedömningen.¹⁹⁴

Här måste det återigen understrykas att det saknar betydelse från en upphovsrättslig synvinkel att det är spelmotorn i originalspelet som driver själva förverkligandet av en omdirigering, såsom en machinima.¹⁹⁵ I det här sammanhanget fungerar spelmotorn som ett tekniskt hjälpmedel för att framställa omdirigeringen på en bildskärm. Ett sådant tekniskt förfarande

¹⁹² Se fotnot 148 ovan. I finsk rätt är det möjligt att ett verk kan åtnjuta skydd som ett självständigt verk även om det åstadkommit på så sätt att det vid skapandet använts tidigare verk.

¹⁹³ Jfr. TN 2012:3 i fotnot 156 ovan.

¹⁹⁴ Parodier och travestier betraktats som tillåtna inom upphovsrätten. Se bland annat punkt 33 i *Deckmyn*. För närvarande föreslås en ändring av 23 § i upphovsrättslagen, vars syfte är att införa ett undantag för bl.a. användning av verk i karikatyr-, parodi- och pastischsyfte. Denna ändring har som syfte att motsvara artikel 17.7 i DSM-direktivet. Se närmare om detta i VN/2245/2020, s. 27. - Även om det för närvarande inte finns några specialbestämmelser om parodier i URL, så kan dessa som sådana oftast skyddas som självständiga verk som tillkommit i fri anslutning till originalverket enligt 4.2 § URL (Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 79 och Haarmann 2005, s. 67). Se även Kivimäki 1948, s. 108.

¹⁹⁵ Den liknelse som *Baldrice* gör mellan videospel och filmverk är väldigt beskrivande i det här sammanhanget. Han hävdar att "en modifiering mera logiskt kan betraktas som att lägga en annan filmrulle [--] i en och samma projektor (Baldrice 2007, s. 704). Jfr. Wallace 2014, s. 241–242.

har ingen inverkan på äganderätten till verket i det här avseendet. Av denna anledning har spelutvecklaren på basen av detta ingen upphovsrätt till verk av detta slag.

3.4 Sammanfattande slutsatser om upphovsrätt till spelmodifieringar

Modifieringar omfattar ett brett spektrum av olika aktiviteter som tillåter spelarna att bidra med eget skapat innehåll till videospel. Spelarna kan bidra till spelet antingen genom att ändra på befintliga speltillgångar som därigenom framkallar nya spelupplevelser eller genom att åstadkomma helt nytt spelinnehåll. Spelmodifieringar kan antingen förverkligas med olika typer av modifieringsverktyg eller med hjälp av inbyggda funktioner i spelet. I denna uppsats har jag utgått ifrån *Sihvonens* typindelning av modifieringar i: *återgivning*, *(om)konfigurering*, *omvandling* och *omdirigering*.¹⁹⁶ Utgående från denna typindelning har jag argumenterat för på vilket sätt de upphovsrättsliga principerna i finsk upphovsrätt kan tillämpas på spelmodifieringar.¹⁹⁷

Upphovsrättslagen ger inte ett entydigt svar på ifall en modifiering kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd eller inte. Därtill existerar det ingen nationell rättspraxis som berör spelmodifiering. Därför ska bedömningen av det upphovsrättsliga skyddet för spelmodifieringar i slutändan avgöras på basen av samma premisser som för övriga upphovsrättsliga verk. Det här innebär att spelmodifieringar kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd i fall de är originella. En modifiering kan sannolikt betraktas som originell ifall spelaren i samband med skapandet har ett tillräckligt stort utrymme att kunna uttrycka sin kreativitet med fria och kreativa val och som resulterat i konkreta uttrycksformer.

Dagens videospel består av väldigt komplexa och sofistikerade uttrycksformer, vilket lämnar utrymme för en spelare att beklä spelinnehållet, såsom spelkaraktärer, spelobjekt och spelbanor, med nya, originella uttrycksformer. Den kan dock vara svårt att avgöra ifall spelmodifieringar kan åtnjuta ett självständigt skydd i förhållande till originalspelet, eller om de alltid utgör härledda verk. Såsom konstaterats, så skyddas modifieringar i USA

¹⁹⁶ Se kapitel 1.1.2 ovan – figur 1.

¹⁹⁷ Se allmänt kapitlen 3.3.2–3.3.4.

huvudsakligen som derivativa verk.¹⁹⁸ Ett lika strängt förhållningssätt till det upphovsrättsliga skyddet av spelmodifieringar kan dock inte anses gälla absolut i en finsk upphovsrättslig kontext. Det är fullkomligt möjligt att utgå ifrån att spelarnas kreativa insatser kan resultera i ett nytt och självständigt verk i förhållande till originalspelet såsom avses i 1 § och 4.2 § URL.¹⁹⁹ Detta är åtminstone möjligt i följande situationer:

1. Om modifieringen inte innehåller något av originalspelets skyddade speltillgångar, utan har åstadkommit enkom på basen av utnyttjandet av de olika modifieringsverktyg som spelutvecklaren ställt till förfogande för spelarna.
2. Om spelaren använder befintliga speltillgångar, men ändrar dessa så till den grad att det inte uppstår en likhetsupplevelse mellan modifieringen och originalspelets speltillgångar.

Självständiga verk kan åstadkommas både med diverse modifieringsverktyg och med spelimplementerad mjukvara, såsom vid skapandet av avatarer. Däremot kan de i spelet inbyggda modifieringsverktygen i många fall vara av så rudimentär karaktär att de inte erbjuder spelarna ett tillräckligt stort kreativt utrymme för att kunna skapa nya och originella uttrycksformer.²⁰⁰

Även om det är fullt möjligt för spelarna att skapa originella uttrycksformer som kan utnyttas i självständiga verk, så är det troligast att modifieringarna i de flesta fall utgör härledda verk. I de fall en spelare ändrar den visuella uttrycksformen i befintliga speltillgångar, såsom t.ex. vid spelomvandlingar på den estetiska nivån, eller vid omdirigeringar, så kan slutresultatet utgöra sådana verk som kan åtnjuta skydd som ett härlett verk såsom avses i 4.1 § URL.²⁰¹ För att en spelmodifiering ska kunna åtnjuta skydd som ett härlett verk måste den originella uttrycksformen i modifieringen vara tillräckligt originell i förhållande till originalspelets

¹⁹⁸ Se kapitel 3.1 ovan.

¹⁹⁹ Både bestämmelsen i 1 § och 4.2 § URL uttrycker ett skydd som är detsamma som *nyskapande*. Bestämmelsen i 4.2 § URL avser sådana verk som uppkommit i fri anslutning till ett tidigare verk. Dessa verk är frikopplade från ursprungsverkets skyddsomfång och åtnjuter ett självständigt skydd som är oberoende av upphovsrätten till originalverket (Haarmann 2014, s. 65). Bestämmelsen i 4.2 § URL är egentligen onödig, men har införts i lagstiftningen i förtydligande syfte (KB 5/1953, s. 50). Se även SOU 1956:25, s. 136.

²⁰⁰ Se allmänt kapitel 3.3.2 ovan.

²⁰¹ Se kapitel 3.3.3 ovan.

speltillgångar. Således blir det nödvändigt att bedöma nivån på originaliteten i modifieringen från fall till fall utgående från en *likhetsbedömning*.²⁰² Därtill kan en modifiering i vissa fall också skyddas som ett samlingsverk såsom avses i 5 § URL. Detta är fallet särskilt för spelnivåer som skapats med en enkel baneditor där spelaren endast valt ut, kombinerat och sammanställt ("pusslat ihop") flera olika färdigsydda beståndsdelar från ett urval av färdiga speltillgångar. Dessa faller således under kategorin härledda verk.

Slutligen så måste det medges att spelmodifieringar i många fall inte uppnår kravet på originalitet och förblir därmed oskyddade. Detta anses vara fallet särskilt i följande situationer:

1. Då förverkligandet av modifieringen endast är ett resultat av ett mekaniskt eller rutinmässigt arbete, såsom anpassning av spelargränssnittets egenskaper; eller
2. Då modifieringen inte påvisar någon form av originalitet från spelarens sida eller innehåller minimalt med nya originella uttrycksformer, såsom t.ex. enklare modifieringar som endast sträcker sig till smärre stilistiska eller funktionella ändringar.

Spelarnas skapandemöjligheter skiljer sig åt betydligt mellan de olika typerna av modifieringar. Det här leder till att de olika modifieringsverksamheterna är förknippade med olika upphovsrättsliga frågor som får mera eller mindre relevans vid den upphovsrättsliga analysen beroende på vilken modifieringsverksamhet det gäller. Vid spelmodifieringar som är *förbehållna i spelet* (dvs. sådana som är direkt kopplade till de funktioner som är integrerade i spelet) ligger tyngdpunkten på själva originaliteten i modifieringen. Här spelar spelarens kreativa utrymme en viktig roll vid den upphovsrättsliga analysen. Spelarens utrymme att uttrycka kreativitet hänger i dessa fall på egenskaperna i modifieringsverktyget och på hur avancerade egenskaper och valmöjligheter de erbjuder spelarna. Vad beträffar *användarutvidgade modifieringar*, så ligger tyngdpunkten i analysen på att avgöra huruvida modifieringen utgör ett självständigt verk eller ett härlett verk. Det här beror främst på att det är mera sannolikt att originalitetskravet uppfylls för dessa typer av modifieringar. Som en följd av detta blir det väsentligt att avgöra hur mycket av de befintliga speltillgångarna från

²⁰² Se fotnoterna 152–156 och fotnot 161 ovan om likhetsbedömningen.

originalspelet som används i modifieringen (både kvalitets- och kvantitetsmässigt) och hur stor relevans denna användning ska tillmätas från en upphovsrättslig synvinkel. Även frågor om parodier och travestier kan bli aktuella för omdirigeringarnas del.

Till den del som en spelmodifiering åtnjuter skydd så ska spelaren uteslutande anses vara den ursprungliga upphovsmannen till modifieringen. I det här fallet spelar det ingen roll för spelarens upphovsrätt att modifieringen skapades inom ramen för en spelplattform eller med hjälp av spelutvecklarens modifieringsverktyg. På liknande grunder spelar det heller ingen roll att modifieringar endast kan drivas med originalspelets spelmotor. Därtill har jag argumenterat för att det varken är förenligt med den upphovsrättsliga doktrinen eller ändamålsenligt att betrakta spelmodifieringar som gemensamma verk såsom avses i 6 § URL.

Slutligen måste det tas i beaktande att hanteringen av äganderätterna till modifieringar kan vara svårt att göra från en praktisk synvinkel. Det här beror på att en *spelmodifiering (mod)*, på samma sätt som videospel, vanligtvis inte förekommer som ett enskilt verk. Istället förekommer spelmodifieringar oftast ihop klumpade i ett knippe bestående av flera olika spelmodifieringsalster som kan bestå av både skyddade och oskyddade element. Det här betyder att det skulle krävas att varenda enskild uttrycksform i modifieringen skulle behöva identifieras för att på ett tillförlitligt sätt kunna klargöra de upphovsrättsliga intressena som är förknippade med modifieringar. Ett dylikt förfaringssätt är således inte fördelaktigt från en praktisk synvinkel.

Av denna anledning är det mera ändamålsenligt att särskilja äganderättigheterna till spelmodifieringar genom att dela in modifieringarna i *modifieringsalster som inte åtnjuter upphovsrättsligt skydd* (oskyddade modifieringar), *modifieringsalster som är härledda från spelet* (bearbetningar och sammanställningar) och *modifieringsalster som åtnjuter ett självständigt skydd* (självständiga verk). För spelutvecklarens del innebär det här följande:

1. Oskyddade delar i spelmodifieringar, såsom icke-originella uttrycksformer inklusive spelregler, spelmekanik och funktionella element som består av idéer kan fritt utnyttjas av

spelutvecklarna. Det betyder samtidigt att spelutvecklarna inte kan få uteslutande rättigheter till dessa, eftersom spelarna inte har en upphovsrätt till dessa verk till att börja med.

2. De originella inslagen i härledda verk åtnjuter ett självständigt skydd i förhållande till originalspelet. Det här betyder att spelutvecklaren måste förvärva rättigheterna till dessa för att ekonomiskt få utnyttja dem. På motsvarande sätt behöver spelaren medgivande från spelutvecklaren för att kunna förfoga över dessa modifieringar.²⁰³
3. Originella modifieringsalster åtnjuter ett helt självständigt skydd i förhållande till originalspelet, vilket innebär att spelutvecklaren måste förvärva rättigheterna till dessa från modifieraren för att kunna utnyttja dem. Det här innebär också att modifieraren har en uteslutande rätt med därtill hörande ekonomiska rättigheter att fritt förfoga över dessa modifieringsalster utan spelutvecklarens medgivande.

Spelutvecklarna kan fritt bestämma i vilken utsträckning de anser det nödvändigt att förvärva rättigheterna till de spelmodifieringar som ingår i de två sistnämnda punkterna ovan (härledda verk och självständiga verk). Det finns inga direkta orsaker till att spelutvecklarna skulle behöva förvärva spelmodifieringar exempelvis till omdirigeringar för att kunna hantera spelplattformen, eftersom dessa alster inte har någon koppling till den digitala spelmiljön och är på så sätt inte en del av själva spelet. Däremot kan spelutvecklarna vara tvungna att förvärva spelarskapade modifieringar inom ramen för ett flerpelarspel, eftersom spelutvecklaren måste få tillgång till det spelarskapade innehållet för att kunna hantera spelplattformen och spelservern i ett flerpelarspel. Av denna anledning kommer jag att i det följande diskutera på vilka sätt spelutvecklarna brukar förvärva rättigheterna till spelmodifieringar med hjälp av slutanvändaravtal som är kopplade till spelprodukten.

²⁰³ Det här innebär att vardera parten kan förhindra den andra från att utnyttja de rättigheter som föreligger i det härledda verket. Det här gäller oberoende av om det är frågan om en bearbetning eller en sammanställning. Se Kivimäki 1948, s. 109 och Stray Vyrje 1987, s. 135. Förhållandet mellan bearbetningar och sammanställningar är, vad gäller de delvisa rättigheterna i dem, detsamma. Se KB 5/1953, s. 49–50.

4 Spelmodifieringar och slutanvändaravtal

4.1 Allmänt om slutanvändaravtal för videospel

Alla videospel kommer nuförtiden med ett slutanvändaravtal som spelarna måste godkänna (antingen genom att klicka på ”OK” eller ”jag godkänner”) för att få tillgång till spelplattformen och komma åt och spela spelet. Ett slutanvändaravtal (End User License Agreement eller enbart ”EULA”) innehåller villkor som reglerar vilka rättigheter och skyldigheter som spelarna respektive spelutvecklarna har gentemot varandra och utgör det *främsta kontraktsrättsliga instrumentet* mellan spelaren och spelutvecklaren.²⁰⁴ Inom spelbranschen är det en allmänt utbredd kutym att reglera eventuella upphovsrätter som kan uppstå kring videospel med hjälp av villkor i slutanvändaravtal. Slut användaravtal är en typ av en s.k. *clickwrap-licens* (den modernare varianten av *shrinkwrap-licenser* ”förpackningslicens”) som är en vanlig anslutningsteknik som tillämpas online inom mjukvarubranschen.²⁰⁵

I USA har diskussionen gått het om validiteten i användningen av *clickwrap-licenser* och verkställandet av dem gentemot licenstagare (vanligtvis slutkonsumenter och slutanvändare) och de har även varit föremål för domstolsprövning i ett antal fall. Amerikanska domstolar har i allmänhet betraktat verkställandet av *clickwrap-* och *shrinkwrap-licenser* som verkställbara.²⁰⁶ Däremot har många rättsforskare ifrågasatt, oftast i starka ordalag,

²⁰⁴ I akademiska kretsar beskrivs slutanvändaravtal vanligtvis som väldigt rigorösa och allmänomfattande; till och med drakoniska. Bland annat har *Grimes* beskrivit dem som den ”rättsliga stommen” i den digitala spelmiljön (*Grimes* 2013, s. 685) medan *Gilbert* beskriver dem som ett ”rättesnöre i den virtuella världen” (*Gilbert* 2009, s. 238).

²⁰⁵ *Rustad – Onufrio* 2012, s. 1105 och *Pihlajarinne* 2012a, s. 230. *Clickwrap-avtal* är i allt väsentligt *shrinkwrap-avtal* som träffas online och är sprunget ur mjukvarumarknaden. Såsom *Rustad* och *Onufrio* påpekar, så förekommer det en flora av olika beteckningar för licensanvändarvillkoren som nyanserats i takt med den digitala utvecklingen, såsom *clickwrap-* och *shrinkwrap*, *quickwrap* och *browserwrap-licenser*, men som i slutändan har en liknande funktion, även om de tekniskt sett kan skilja sig åt. Se allmänt om uppkomsten och utvecklingen av *clickwrap-* och *shrinkwrap-licenser* (*Rustad – Onufrio* 2012, s. 1098–1116). Allmänt om *clickwrap-* och *shrinkwrap-licenser*, se *Smith* 2020, s. 1095–1099 och *Classen* 2020, s. 334–338.

²⁰⁶ Det amerikanska rättsfallet *ProCD 2 Inc. v. Zeidenberg* från år 1996 är det första rättsfallet där en domstol ansåg att en *shrinkwrap-licens* var verkställbar. Med tillämpning av bestämmelserna i *Universal Commercial Code (U.C.C)* ansåg distriktsdomstolen att en köpare av ett program kunde acceptera villkoren i avtalet på förpackningen till programprodukten genom att ta i bruk programmet och ta del av villkoren i *shrinkwrap-avtalet*. Då *Zeidenberg* inte hade hävt köpet genom att återlämna varan ansågs han bunden av villkoren i avtalet. Sedan *ProCD-fallet* har trenden varit den att många domstolar valt att upprätthålla giltigheten och

giltigheten i användningen av clickwrap-licenser.²⁰⁷ Bland vissa forskare råder en alltigenom negativ inställning till slutanvändaravtal för videospel, där det bland annat hävdats att slutanvändaravtalen ”ger spelutvecklarna en ensidig, oinskränkt gudomlig makt, medan slutanvändarna har få eller inga rättigheter.”²⁰⁸ Trots att det förekommit kritik gentemot slutanvändaravtal, så tjänar slutanvändaravtalen *de facto* som det ”styrande rättsliga instrumentet” för reglering av upphovsrätter i digitala spelmiljöer.²⁰⁹

För diskussionens skull är det värt att åtminstone nämna ett rättsfall från amerikansk rättspraxis som särskilt berör verkställigheten av slutanvändaravtal i relation till spelmodifiering, eftersom det är det tydligaste rättsfallet vad gäller konflikten mellan modifierare och spelutvecklare. I fallet *Davidson & Associates v. Internet Gateway*²¹⁰ behandlades frågan om ett slutanvändaravtal är verkställbart även om det innehåller villkor som står i strid mot rätten att utföra baklängeskonstruktion (reverse engineering) som en form av tillåten användning, genom att åsidosätta denna rätt. I ärendet ansåg domstolen att svarandena hade ”med avtal avstått från sin lagstadgade rätt att hävda tillåten användning” genom att godkänna licensavtalet och att de till följd av detta godkännande ansågs ”vara bundna av detta avstående.”²¹¹ Därtill förkastade domstolen argumentet om att slutanvändaravtalet är icke-verkställbart på den grunden att det ”inte motsvarar parternas rimliga förväntningar” som en följd av den ojämlika förhandlingspositionen mellan parterna eller på den grunden att avtalsvillkoren skulle ha varit så ensidiga att de ”förvånar en förnuftig människa.”²¹² Domstolens beslut upprätthölls efter överklagan.²¹³

verkställbarheten i shrinkwrap-licenser (Lemley 2006, s. 459–460). En del domstolar har dock inte upprätthållit domstolens beslut i ProCD-fallet (Terasaki 2014, s. 471–473).

²⁰⁷ Se bl.a. Terasaki 2014, s. 468 ff. I förhållande till slutanvändaravtal för videospel, se Gilbert 2009 och Kunze 2008. I förhållande till villkor som används inom ramen för sociala medier, såsom Facebook, har *Hetcher* hävdats att vissa av Facebooks slutanvändaravtalsvillkor är att anses som *unconscionable* (vilket närmast motsvarar oskäliga) (Hetcher 2008, s. 842 ff.). *Ahuja* har i sin tur granskat slutanvändaravtal mot bakgrund av konsumenträtten (Ahuja 2017).

²⁰⁸ Kunze 2008, s. 107.

²⁰⁹ Grimes 2013, s. 685.

²¹⁰ *Davidson & Associates v. Internet Gateway*, 334 F.Supp.2d 1164 (E.D. Mo. 2004).

²¹¹ *Ibid.* s. 1181.

²¹² Se Festinger – Metcalfe – Ripley 2012, s. 95. I samband härmed poängterade domstolen att de svarande var dataprogrammerare och administratörer som var bekanta med det språk som används i slutanvändaravtal och ansågs därmed inte att ha ”tagits med förvåning” av innehållet i villkoren.

²¹³ Se rättsfallet *Davidson & Associates v. Jung*, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005). Den åttonde appellationsdomstolen bekräftade uttryckligen att ”privata aktörer är fria att med avtal avstå sina grundläggande rättigheter att åberopa tillåten användning på basen av upphovsrättslagen.” I anslutning till Davidson-fallet har det uttryckts att spelutvecklare uppenbart kan åsidosätta väletablerade upphovsrättsliga principer om upphovsmannaskap med ett slutanvändaravtal (Festinger – Metcalfe – Ripley 2012, s. 96). Se även Ahuja 2017, s. 395 och Hayes 2008, s. 574.

Vad innehåller då detta mytomspunna avtal? Ett slutanvändaravtal för videospel innehåller vanligtvis en uppsättning standardiserade villkor som berör spelprodukten, däribland villkor om äganderätten till spelarskapade modifieringar. Dessa villkor är vanligtvis utformade för att vara så breda och allomfattande som möjligt som, enligt Grimes, ”*sveper allting med sig.*”²¹⁴ Med dessa villkor strävar spelutvecklaren efter att förvärva sig rättigheterna till allt potentiellt spelarskapat innehåll.²¹⁵ Spelutvecklarna kan förverkliga detta genom att välja mellan tre olika typer av upphovsrättsliga förvärv: spelutvecklarna kan kräva upplåtelse antingen i form av antingen en exklusiv-licens eller en icke-exklusiv licens, eller så kan de kräva en överlåtelse av rättigheterna till spelmodifieringar.²¹⁶ För att illustrera detta följer nedan här ett axplock av tre stycken konkreta verkliga exempel på dylika villkor.²¹⁷

Det första exemplet gäller ett överlåtelsevillkor, som är den strängaste varianten (total överlåtelse), och kan hittas i de slutanvändaravtal som används av *Blizzard Entertainment*.

“Custom Games are and shall remain the sole and exclusive property of Blizzard. Without limiting the foregoing, you hereby assign to Blizzard all of your rights, title and interest in and to all Custom Games, and agree that should Blizzard decide that it is necessary, you agree to execute future assignments promptly upon receiving such a request from Blizzard.

²¹⁴ Grimes 2013, s. 684–685. Detta står även väl i linje med vad som iakttagits om det rådande läget av den arbetsgrupp som tillsattes av undervisnings- och kulturministeriet för att utvärdera behovet av en revidering av upphovsrättslagens 3 kapitel gällande upphovsrättsliga överlåtelser. I upphovsrättskommitténs utlåtande framgår det att upphovsrättsliga överlåtelser antingen är väldigt snäva och preciserade eller så allomfattande som möjligt. Se OKM 2010:9., s. 33.

²¹⁵ Münch 2013, s. 2. Se även Miller 2003, s. 463. Dessa typer av villkor påminner om och fungerar på samma sätt som s.k. ”grant back-klausuler” som används inom mjukvarusektorn. Detta kommer till uttryck i att spelutvecklaren ger spelarna tillgång till spelplattformen i utbyte mot att använda och kontrollera de alster som skapas inom spelvärlden (Wenzel 2013, s. 192 och Reuveni 2006, s. 321). På detta sätt kan spelutvecklarna upprätta en slags *monopsoni* för spelarskapade modifieringar (Baldrice 2012, s. 794–795). Dessa licensvillkor kan antingen uppfattas som väldigt exploaterande eller som en del av den affärsmodell som de flesta spelutvecklare inom spelindustrin tillämpar i sin affärsverksamhet. Villkoren i slutanvändaravtalen är vanligtvis uppbyggda så att de uttryckligen tillåter slutanvändarna att skapa spelmodifieringar, samtidigt som rätten att förfoga över dem begränsas både upphovsrättsligt och ekonomiskt (Wallace 2014, s. 229).

²¹⁶ Alla dessa alternativ tillåter spelutvecklarna att på ett eller annat sätt kunna använda modifieringar i sin verksamhet. Vilket av dessa alternativ som en spelutvecklare väljer att tillämpa beror i slutändan på hur starkt den vill skydda sina upphovsrättigheter. Av marknads- och konkurrensmässiga skäl väljer t.ex. vissa spelutvecklare att tillämpa villkor som ger dem mera omfattande rättigheter till spelmodifieringar för att på detta sätt kunna kontrollera alla tillgångar som är kopplat till spelprodukten.

²¹⁷ Det är värt att påpeka att alla slutanvändaravtal till vars villkor här hänvisas inte regleras under finsk lag. Dock är upplåtelse- och överlåtelsevillkor som tillämpas av spelutvecklarna överlag väldigt enhetliga till sin natur, vilket innebär att de exempel som här anförs ger en klar bild av hur villkoren generellt sett är utformade bland spelutvecklarna.

*Blizzard may modify, remove, disable, or delete Custom Games at any time in its sole and absolute discretion.*²¹⁸ (min kursivering)

Det andra exemplet gäller ett upplåtelsevillkor i form av en exklusiv licens, och kan hittas i *Supercells* allmänna slutanvändaravtal (Terms of Service).

*“You hereby grant to Supercell an irrevocable, perpetual, transferable, fully paid-up, royalty-free, worldwide license (including the right to sublicense and assign to third party) and right to copy, reproduce, fix, adapt, modify, create derivative works from, manufacture, commercialize, publish, distribute, sell, license, sublicense, transfer, lease, transmit, publicly display, publicly perform, or provide access to electronically, broadcast, communicate to the public by telecommunication, display, perform, enter into computer memory, and use and practice, in any way, your User Content as well as all modified and derivative works thereof in connection with our provision of the Service, including marketing and promotions of the Service.*²¹⁹ (min kursivering)

Slutligen, så kan ett exempel av en icke-exklusiv licens hittas i Rovio Entertainments allmänna slutanvändaravtal (Terms of Service).

*In exchange for use of the Services, you hereby grant Rovio a non-exclusive, royalty-free, perpetual, irrevocable, fully transferable and sub-licensable worldwide right and license to use your User Contributions in any way and for any purposes including, but not limited to, the right to reproduce, copy, adapt, modify, perform, display, publish, broadcast, transmit, or otherwise communicate to the public by any current or future means and to distribute your User Contributions without any further notice or compensation to you of any kind.*²²⁰ (min kursivering)

Av spelindustrins globala karaktär följer att villkoren i slutanvändaravtalen om över- eller upplåtelse vanligtvis är utformade till att vara så vittomfattande som möjligt för att i största möjliga mån kunna täcka in ett så stort antal spelarskapade alster som möjligt. Därtill förutsätts spelarna enligt villkoren allt som oftast att överföra sina upphovsrätter till spelutvecklaren utan ersättning. De som därför närmast kan sägas skilja villkoren åt från varandra är dels vilken typ av över- eller upplåtelse som gäller och dels omfattningen av villkoren (dvs. vilka alla modifieringar som de täcker), vilket oftast brukar framgå av hur begreppen i villkoren är formulerade i slutanvändaravtalet.²²¹

²¹⁸ <https://www.blizzard.com/en-gb/legal> (senast besökt 2.12.2021).

²¹⁹ <https://supercell.com/en/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021).

²²⁰ <https://www.rovio.com/terms-of-service/> (senast besökt 2.12.2021).

²²¹ Det är även möjligt att EULA:s har olika villkor eller bestämmelser dels för spelmodifieringar och dels för användarskapat innehåll (UGC) och på detta sätt skiljer dem åt från varandra. I de tre exemplen ovan används ”Custom Games,” ”User Content” och ”User Contributions.” De olika formuleringarna kan således påverka i vilken utsträckning över- och upplåtelsevillkoren gör anspråk på spelarskapat innehåll.

Utgående från dessa inledande synpunkter om slutanvändaravtal kommer jag i det följande att analysera den formella och materiella verkställigheten av upphovsrättsliga över- och upplåtelser av spelmodifieringar med ett slutanvändaravtal. I kapitel 4.2 behandlas de formella förutsättningarna för verkställighet av sådana villkor utgående från de krav på verkställighet som ställs enligt doktrinen om standardavtal. Kapitel 4.3 behandlar i sin tur den materiella verkställigheten av villkoren i slutanvändaravtal med utgångspunkt i doktrinen om jämkning av oskäligen avtalsvillkor. I kapitel 4.4. begrundas slutligen båda dessa verkställighetskrav tillsammans för att dra slutsatser om hur verkställigheten av över- och upplåtelser av spelmodifieringar med slutanvändaravtal förhåller sig till finsk rätt på ett allmänt plan.

4.2 Formell verkställighet av slutanvändaravtal

4.2.1 Standardavtalens uppkomst och ställning inom kontraktsrätten

Den moderna kontraktsrätten har ursprungligen vilat på principen om avtalsfrihet och principen om avtals bindande verkan (*pacta sunt servanda*).²²² Den liberalistiska kontraktsrättens grundidé vilar på uppfattningen om *privatautonomi*, som starkt betonar individens förmåga att handla inom sin egen frihetssfär efter eget förgottfinnande. Privatautomin bygger på uppfattningen om att varje individ är kapabel till att agera på ett rationellt sätt som gagnar både individen och samhället i stort.²²³ Med utgångspunkt i den enskilda individens förmåga till att ta rationella beslut förklarar den liberalistiska kontraktsrättens grundmodell uppkomsten, innehållet och de förpliktelser som avtalet medförde samt dess bindande kraft antingen mot bakgrund av partens avtalsavsikt eller av den av uppfattning som motparten haft om den andra partens avtalsavsikt.²²⁴

²²² Se allmänt Wilhelmsson 2008, s. 1–4, Hemmo 2007, s. 49–50 och s. 69 ff. och Pöyhönen 1988, s. 266–270.

²²³ Hemmo 2003, s. 70–71, Wilhelmsson 2008, s. 1–4 och Wilhelmsson 1979, s. 515

²²⁴ Hemmo 2008, s. 16–19. Ifall den faktiska partsviljan ligger till grund för avtalets bindande verkan, så innebär det att en avtalspart är bunden till avtalet endast till den del som det motsvarar den avsikt han eller hon hade vid ingåendet av avtalet. Om motpartens förväntningar däremot betonas, så utgör istället de tydliga tillkännagivanden som framgår av partens avsikt grunden för avtalets bindande verkan (Pöyhönen 1988, s. 199–207).

Avtalsverkligheten ser dock annorlunda ut och genom att lägga alltför mycket vikt i privatautomin leder till att den liberalistiska avtalsmodellens tankegrund inte längre motsvarar de faktiska förhållanden i vilka avtal sluts.²²⁵ Av denna anledning har en tredje princip, den s.k. *skyddsprincipen*, dykt upp som ett gensvar mot den liberala grundmodellen och intagit en egen ställning i avtalsläran vid sidan om de två övriga principerna. Skyddsprincipen ger uttryck för att det i vissa fall kan finnas ett behov att tillgripa utomstående korrigeringsåtgärder för att skydda den enskilda individen i ett avtalsförhållande.²²⁶ Skyddsprincipen är från ett bredare perspektiv förenat med uppkomsten av den sociala avtalsrätten.²²⁷

I takt med att avtalsrätten mer och mer började genomsyras av sociala aspekter, så började det läggas alltmera fokus på användningen av *standardavtal* i den avtalsrättsliga doktrinen.²²⁸ Med standardavtal avses en uppsättning av i förväg formulerade standardiserade villkor (standardvillkor), som är villkor avsedda att tillämpas i ett flertal enskilda kommande avtalssituationer.²²⁹ Från en avtalsrättslig synpunkt innebär användningen av standardvillkor

²²⁵ Mononen 2001, s. 135.

²²⁶ Taxell 1984, s. 610. Detta innebär en tyngdförskjutning från den liberalistiska avtalsmodellens ideal, där individen ansågs kapabel att se till sina egna intressen, till ett allt större yttre ingripande i avtalsförhållandena. Såsom Hemmo förklarar, så har synen på den enskilda individen i avtalsrätten förändrats på två grundläggande sätt i samband med detta. För det första har ett kollektivt element dragits in i bedömningarna, där individens grupptillhörighet (t.ex. konsument eller arbetstagare) fått en större inverkan. För det andra har synen på individen som en rationell beslutstagare kommit att ändra på så vis, att den enskilda avtalspartens kunskapsnivå, ekonomiska ställning och övriga egenskaper blivit faktorer som kan tas i beaktande vid den avtalsrättsliga bedömningen (Hemmo 2003, s. 71–72). Skyddsprincipen kommer särskilt tydligt fram i konsumentskyddet, där målet är att skydda konsumenterna mot sådana oskäligena villkor som på ett eller annat sätt rubbar balansen i avtalsförhållandet (Pöyhönen 1998, s. 138–140 och RP 8/1977, s. 34–35).

²²⁷ Se allmänt bl.a. Wilhelmsson 2008, s. 8–12 och Hemmo 2003, s. 19–24. Det bör dock understrykas att vikten av principen om *avtals bindande verkan* fortfarande är en av hörnstenarna även i den sociala kontraktsmodellen (Wilhelmsson 2008, s. 8); Hemmo 2003, s. 49 och s. 70) och Oesch 2005, s. 288. Jfr. Aho 1982, s. 525.

²²⁸ Den klassiska avtalsläran har huvudsakligen byggt på användningen av individuella avtal mellan två personer. Hemmo påpekar att rättshandlingslagen på normnivå är konstruerad för att reglera den avtalsprocess som råder vid individuellt baserade avtal, medan de särdrag som är anknutna till användningen av standardavtal inte förekommer i den. Med andra ord så saknas lagstiftning om hur standardavtal blir införlivande med enskilda avtal. (Hemmo 2003, s. 144). Se även Bernitz 2018, s. 17 och Ramberg – Ramberg 2019, s. 172. Wilhelmsson förklarar att uppkomsten av standardavtal var en följd av utvecklingen mot allt större produktions- och distributionsenheter (Wilhelmsson 2008, s. 6).

²²⁹ Wilhelmsson 2008, s. 35, Hemmo 2003, s. 148–149 och Olsson 1957, s. 8. Man brukar skilja åt mellan ensidigt utarbetade standardvillkor och gemensamt utarbetade standardavtal (agreed documents), som tillkommit efter förhandlingar mellan två olika parter för framtida avtalsförhållanden (Wilhelmsson 2008, s. 37

att den motstående avtalspartens (dvs. den part som inte deltagit i avtalsförhandlingarna) fria viljebildning rörande avtalsvillkoren har allt mer uppenbart kommit att framstå som en juridisk *fiktio*.²³⁰ Karaktäristiskt för standardvillkor är att motparten inte alls kunnat förhandla om dem på ett sätt som skulle motsvara dennes partsvilja, utan har enbart att välja mellan att antingen ingå avtalet enligt de uppsatta villkoren eller avstå från det helt ("take it or leave it").²³¹ Standardavtal är dock inte något genomgående negativt, utan uppfyller en nödvändig funktion i moderna avtalsförhållanden. En av fördelarna med standardavtal är att de fungerar som ett sätt att minska på transaktionskostnaderna som uppkommer till följd av en *rationalisering* (förenkling) av avtalsprocessen.²³² Kostnadsinbesparingarna som uppstår på detta sätt kommer sannolikt till konsumenternas fördel i viss mån.²³³ Det råder dock ingen genomgående acceptans gällande användningen av standardavtal. Istället har det ägnats mycket tid och energi på att finna lösningar på hur kraven om inkorporering av standardvillkor ska vara utformade för att på bästa sätt kunna förena standardavtals bindande verkan med läran om partsviljan som en grund för avtalsbundenhet. I det följande kommer frågan om hur standardvillkor kan inkorporeras i det enskilda avtalet att diskuteras.

4.2.2 Är ett slutanvändaravtal bindande för en spelare?

Utgångspunkten vid en analys av inkorporering av standardvillkor är att ingendera parten i en avtalsrelation kan ensidigt bestämma avtalets innehåll.²³⁴ Ifall enbart den ena parten skulle ha en sådan rätt, så skulle det vara svårt att hävda att det överhuvudtaget förekommer ett avtalsförhållande.²³⁵ Av denna anledning måste det finnas en *inkorporeringsgrund* för att

och Hemmo 2003, s. 146). I denna avhandling koncentrerar jag mig endast på ensidigt uppgjorda avtalsvillkor, eftersom villkoren i slutanvändaravtal har karaktären av dessa.

²³⁰ Wilhelmsson 2008, s. 6 och s. 63 och Wilhelmsson 1979, s. 516, Ramberg – Ramberg 2019, s. 160. Denna fiktion gör sig även påmind vid slutanvändaravtal för videospel. Se Burk 2010, s. 10.

²³¹ Bernitz 2018, s. 19, Wilhelmsson 2008, s. 53–54 och Mononen 2001, s. 137. Mot bakgrund av denna "avtalsverklighet" hävdar *Wilhelmsson* att den *faktiska avtalsfriheten* (i motsats till den *normativa avtalsfriheten*) är väldigt begränsad vid användningen av standardavtal (Wilhelmsson 2008, s. 53). *Mononen* beskriver denna situation såsom att motpartens roll i detta avseende förblir passiv (Mononen 2001, s. 137).

²³² Ramberg – Ramberg 2019, s. 168, Bernitz 2018, s. 23, Wilhelmsson 2008, s. 6 och s. 63, Hemmo 2007, s. 145 och Taxell 1984, s. 607.

²³³ Mononen 2011, s. 153 och s. 299.

²³⁴ Taxell 1972, s. 40.

²³⁵ Ett avtal brukar vanligtvis definieras som en överenskommelse mellan två eller flera fysiska eller juridiska personer där det i avtalsförhållandet råder en gemensam partsavsikt. En sådan situation där endast en part ensam

ensidigt uppgjorda standardvillkor ska kunna bli införlivade i det enskilda avtalet.²³⁶ En inkorporeringsgrund kan uppstå på olika sätt. Sättet som en inkorporeringsgrund uppstår på varierar i anslutningseffekt, dvs. i förhållande till hur stark den bindande effekten blir.²³⁷ Inom rättslitteraturen brukar man dela i inkorporeringsgrunderna i enlighet med graden av bindande verkan enligt följande (i fallande ordning):

1. Standardvillkoren ingår i eller är bifogat i sin helhet i avtalsdokumentet.
2. Huvudavtalet innehåller en uttrycklig hänvisning till standardvillkoren.
3. Standardvillkoren ingår inte i huvudavtalet och det finns ingen hänvisning till dem, men i) de har använts av samma parter i tidigare avtal (partsbruk), ii) villkoren är allmänt vedertagna inom en viss bransch (handelsbruk) och iii) användningen av standardvillkor kan på basis av omständigheterna som förelåg vid avtalsslutet anses vara en självklarhet.²³⁸

Standardvillkor som presenteras för användare enligt ett visst protokoll inom ramen för internet-handel räknas enligt *Hemmo* till den första gruppen av inkorporeringsgrunder ovan. Därtill förklarar *Hemmo* att de avtalstekniska detaljerna kring anslutningsprocessen inte har så stor betydelse för inkorporeringen, utan det som är avgörande är att användaren erbjuds möjlighet att *utan svårigheter* bekanta sig med standardvillkoren.²³⁹ I svensk doktrin anses ett giltigt godkännande av standardvillkor i elektroniskt ingångna avtal kunna förverkligas om motparten förutsätts att vidta en aktiv åtgärd innan avtalet sluts, såsom att t.ex. aktivt

kan bestämma om avtalsinnehållet innebär att den gemensamma partsavsikten försvinner och gör att "rättsförhållandet" mellan parterna blir till någonting helt annat än en gemensam avtalsöverenskommelse.

²³⁶ Taxell 1972, s. 40.

²³⁷ *Nurmi* anger att de särskilda förhållandena som föreligger vid avtalets ingående är avgörande för i vilken grad standardvillkor får en bindande effekt i ett avtalsförhållande (*Nurmi* 1997, s. 124). Enligt *Hemmo* står motpartens sakkunskap i omvänd proportion till graden på den bindande effekten; ju mera sakkunnig motparten är, desto lindrigare anknytningskrav ställs för att villkoren ska bli bindande för honom, medan det krävs ett starkare anknytningskrav ju mera resursfattig motparten är (*Hemmo* 2003, s. 152). Se även *Wilhelmsson* 2008, s. 65–66. *Taxell* hävdar däremot att standardvillkor som på ett negativt sätt påverkar motpartens intressen kan göras gällande endast om det föreligger ett klart anknytningsfaktum (*Taxell* 1972, s. 44).

²³⁸ *Ramberg – Ramberg* 2019, s. 171–172 och *Hemmo* 2007, s. 149–150. Ett exempel på punkt 3. iii ovan är ofta återkommande masstransaktioner som ingår underförstått i det vardagliga livet, såsom i t.ex. kollektivtrafiken (*Wilhelmsson* 2008, s. 74 och *Bernitz* 2018, s. 68). Det råder dock en viss oklarhet i vilken utsträckning standardvillkor av dylik karaktär, dvs. sådana som inte är förenade med någon uttrycklig viljeförklaring, kan bli en del av ett avtal. I t.ex. svensk doktrin råder det numera enighet om att det krävs någon form av referens eller partsbruk för att standardvillkor ska bli del av parternas avtal (*Ramberg – Ramberg* 2019, s. 172), Jfr. *Bernitz* 2018, s. 59–61 och s. 63). Se även *Wilhelmsson* 2008, s. 77. Jfr. *Taxell* 1972, s. 42.

²³⁹ *Hemmo* 2007, s. 149–150, särskilt fotnot 12.

klicka på en för detta ändamålet avsedd länk med en ”jag godkänner-knapp” eller en ”OK-ruta.”²⁴⁰ Det behövs krävs således att motparten avger en klar och uttrycklig viljeförklaring för att han eller hon ska anses ha godkänt villkoret.

Syftet med inkorporeringsgrunden är att försäkra att motparten haft vetskap om standardvillkorens existens vid avtalsslutet. Huvudregeln är således att villkoren i ett standardavtal måste *komma till motpartens kännedom* före avtalsslutet för att bli en del av avtalet och därmed bindande för motparten.²⁴¹ I detta avseende godtas således inte vilka som helst undanstuckna hänvisningar till standardvillkoren. Därtill krävs det att motparten har haft en *faktisk möjlighet att stifta bekantskap* med innehållet i standardvillkoren efter att ha fått kännedom om dem och före avtalsslutet.²⁴² Det är viktigt att poängtera att denna skyldighet endast sträcker sig till att erbjuda motparten en *möjlighet* till att kunna ta del av standardvillkoren före avtalsslutet.²⁴³

Mot bakgrund av detta kan det konstateras att även om förhållningssättet inom avtalsrätten generellt sett är avvaktande gentemot användningen av standardvillkor, så är tröskeln för inkorporering av dem förhållandevis lågt ställt. I praktiken blir standardvillkor som presenterats för motparten på ett sätt som erbjuder honom eller henne en faktisk möjlighet

²⁴⁰ Ramberg –Ramberg 2019, s. 173. Se även Bernitz 2018, s. 65 och Olsson 2018, s. 262. Detta stöds även av ett avgörande av EU-domstolen i målet El Majdoub punkt 40 (C 322/14), där EU-domstolen ansåg att en part kan godkänna standardvillkoren i ett elektronisk ingånget avtal med ett klick. Se även punkt 39 i *Ryanair DAC*.

²⁴¹ Bernitz 2018, s. 62 och Hedwall 2004, s. 42. Se även HD 1993:45 (där det ansågs att standardvillkor inte blivit införlivade då motparten inte hade kunnat bekanta sig med dem före avtalsslutet) och NJA 2011:53 (där det ansågs att standardvillkor inte ha blivit införlivade då motparten varken haft vetskap eller tillgång till dem). På liknande sätt förklarar *Hemmo* att den som använder standardvillkor måste uttryckligen tillkännage detta för motparten för att villkoren ska bli införlivade i avtalet (Hemmo 2003, s. 151). Detta leder på så samma sätt till att förekomsten av standardvillkoren kommer till motpartens kännedom.

²⁴² Taxell 1972, s. 41, Hemmo 2007, s. 155–156 och Wilhelmsson 2008, s. 69. Enligt *Taxell* anses motparten ha haft en verklig möjlighet att få ta del av villkoren även då de varit allmänt tillgängliga för motparten (Taxell 1972, s. 41). *Hemmo* anser att det är möjligt att tumma på detta krav ifall det av praktiska skäl med hänsyn till sättet som avtalet ingås visar sig vara oöverkomligt svårt att presentera villkoren för motparten (Hemmo 2003, s. 154 med hänvisning till KB 1990:20, s. 332–333). Däremot när det gäller konsumentavtal så måste kravet på en verklig möjlighet vara uppfyllt för att det ska vara förenligt med direktivet om oskäligen villkor i konsumentavtal (oskälighetsdirektivet). Enligt punkt (i) i bilagan till direktivet är det oskäligt i enlighet med artikel 3 i direktivet att ”oåterkalleligen binda konsumenten vid villkor som denne inte haft någon verklig möjlighet att ta del av innan avtalet ingicks.”

²⁴³ Nurmi 1997, s. 130, Hemmo 2007, s. 156, Wilhelmsson 2008, s. 67 och Olsson 2018, s. 262. Ett krav på att motparten faktiskt tagit del av villkoren vore nämligen orealistiskt (Bernitz 2018, s. 66).

att stifta bekantskap med dem före avtalsslutet i regel införlivade i det enskilda avtalet.²⁴⁴ Detta innebär dock inte att villkor som presenteras med shrinkwrap- eller liknande teknik först efter att spelprodukten införskaffats automatiskt skulle bli bindande. Förhållandet till shrink-wrap och click-wrap-avtal har i Finland, och även övriga Norden, varit återhållsam.²⁴⁵ Däremot kan shrinkwrap-villkor som presenteras för en spelare antingen i samband med ett köp över nätet (online transaktion) eller före installation av ett kostnadsfritt spel anses bli bindande för en spelare. Eftersom videospel nuförtiden främst distribueras och säljs via digitala distributionskanaler, så är det lättare för en slutanvändare att bekanta sig med slutanvändaravtalet före han köper spelet. Användaren måste i dessa fall vanligtvis skrolla ner till slutet av dokumentet för att kunna trycka på ”jag accepterar” eller klicka på en ”OK-ruta” före spelet kan installeras på datorn. Eftersom oskälighetsdirektivet (direktiv 93/13/EEG) förutsätter att alla medlemsstater har som krav att villkoren som tillämpas i konsumentköp presenteras före avtalsslutet för att de ska vara giltiga, så kan det antas att spelutvecklare i de flesta fall förmår att uppfylla inkorporeringskraven som tillämpas i den finska doktrinen om standardavtal. Särskilt direktivet om modernisering av unionens konsumentskyddsregler (direktiv (EU) 2019/2161) förutsätter medlemsländerna att vidta åtgärder för att uppnå en ändamålsenlig och avskräckande verkan vid utbredda överträdelser.

En annan fråga som kan dyka upp i samband med slutanvändaravtal är relaterad till språket som används. Många slutanvändaravtal är nämligen huvudsakligen skrivna på engelska.²⁴⁶ Inom ramen för konsumenthandel råder det viss oklarhet om hur man ska förhålla sig till språkliga frågor.²⁴⁷ *Loos m.fl.* meddelar att konsumenter från länder med mindre utbredda

²⁴⁴ Se fotnoterna 242–243 ovan. Wilhelmsson 2008, s.66 ff. och s. 99, Mononen 2001, s. 299.

²⁴⁵ Se RP 161/1990 i kapitlet ”1.3.4. Bedömning av nuläget och förslag till reformer” där det uttalats om att shrinkwrap-avtal vanligtvis inte medför att det uppstår ett bindande avtalsförhållande mellan en rättsinnehavare och slutanvändare. Se även SOU 1985:51, s. 102. *Välämäki* anser att även licensvillkor för datorprogram som presenteras först efter avtalsslutet bör anses bli bindande för slutanvändaren. I det här sammanhanget hänvisar han till det amerikanska rättsfallet *ProCD v. Zeidenberg*, som enligt honom nuförtiden blivit en allmänt utbredd kutym inom den digitala programmiljön (*Välämäki* 2006, s. 153). Det är dock svårt att godta shrinkwrap- och liknande tekniker som giltiga, särskilt i ljuset av de krav som uppställs i oskälighetsdirektivet ovan (se fotnot 242 ovan).

²⁴⁶ Det här kan bero på att praktiska omständigheter relaterat till hanteringen av slutanvändaravtalen och de extra kostnader de medför att tillhandahålla på många olika språk. Oftast har endast de stora spelbolagen tillräckliga resurser för att avfatta slutanvändaravtalsvillkoren på andra språk än engelska.

²⁴⁷ De EU-rättsliga direktiven som berör konsumenträttsliga frågor förutsätter att villkor i avtal med konsumenter ska vara skrivna på ett klart och lättbegripligt språk. Även om det framgår i punkt 15 till ingressen i direktivet om konsumenträttigheter (2011/83/EU) att detta direktiv inte bör harmonisera språkliga krav som

språk oftast hävdar att orsaken till att de inte förstod innebörden i avtalsvillkoren beror på att det var skrivna på ett främmande språk.²⁴⁸ *Wilhelmsson* är rentutav av den åsikten att ”standardvillkor på främmande språk knappast kan anses vara bindande” för konsumenten.²⁴⁹ Dock ser jag ingen direkt nödvändighet att ingripa i språkfrågan i samband med inkorporeringen av villkoren. Istället skulle det vara mera smidigt, särskilt i ljuset av de synpunkter som framförts i lagberedningen till ändringen av konsumentkyddslagstiftningen, att ha som utgångspunkt att inledningsvis acceptera villkor på främmande språk och lämna möjligheten öppen för att i efterhand ty sig till en bedömning *in casu* för att avgöra ifall oskälighet föreligger.²⁵⁰ I sista hand är huvudregeln dock den, att villkor skrivna på något av de inhemska språken i Finland är i högre grad verkställbara mot en finländsk medborgare än vad villkor skrivna på ett främmande språk är.

4.2.3 Införlivandet av överraskande och tyngande villkor

I det fall ett slutanvändaravtal som helhet lyckats med att ha blivit införlivat i det enskilda avtalet, så är det fortfarande nödvändigt att ta i beaktande de enskilda villkoren som ingår i avtalet. Införlivandet av enskilda standardvillkor kan nämligen åsidosättas i enlighet med *läran om överraskande och tyngande villkor*.²⁵¹ Enligt denna lära kan den *uttunnade partsviljan* som normalt kan läggas till grund för standardvillkors bindande verkan inte rimligtvis omfatta sådana överraskande och tyngande villkor som motparten inte varit medveten om.²⁵² Därför har det uppställts en *tilläggsförutsättning* för inkorporeringen av överraskande och tyngande villkor: för att dessa villkor ska bli bindande för motparten krävs det att man *särskilt har fäst hans uppmärksamhet vid dem*.²⁵³

tillämpas på konsumentavtal, så är grundregeln ändå den att konsumenten ska erbjudas en verklig möjlighet att kunna stifta bekantskap med innehållet i de villkor som framställs för honom eller henne. Således måste även språket ha en viktig betydelse i detta sammanhang.

²⁴⁸ Loos m.fl. 2011, s. 58.

²⁴⁹ *Wilhelmsson* 2008, s. 71-72.

²⁵⁰ I lagberedningen nämns att språkkrav kan inverka menligt på den gränsöverskridande handeln, vilket inte gör det motiverat att ta in ett sådant i lagen. Därtill anges det att konsumentombudsmannen även fortsättningsvis kommer att ha rätt att ingripa i enskilda fall med stöd av generalklausulen om oskäligen avtalsvillkor i 3.1 URL ifall oskälighet gällande språkfrågor skulle uppstå. Se RP 157/2013, s. 13.

²⁵¹ Namnet på läran kan te sig aningen vilseledande. Det här beror på att, såsom *Hemmo* poängterar, läran om *överraskande villkor* har en väldigt begränsad självständig betydelse. Ifall ett villkor inte är strängt, men uppfattas som överraskande av motparten av vilken orsak som helst, så borttar det nästan helt möjligheten för en motpart att dra några som helst fördelar med användningen av standardvillkor (*Hemmo* 2007, s. 163).

²⁵² *Wilhelmsson* 2008, s. 89. *Mononen* betonar att läran om överraskande och tyngande villkor på detta sätt framhäver *transparens* i avtalsförhållanden (*Mononen* 2001, s. 304).

²⁵³ *Wilhelmsson* 2008, s. 89, *Hemmo* 2007, s. 162 och *Bernitz* 2018, s. 71.

Det är nödvändigt att klargöra förhållandet mellan läran om överraskande och tyngande villkor och jämningsinstitutet. Både läran om överraskande och tyngande villkor och jämkning av avtalsvillkor fungerar båda som kontrollmetoder för liknande avtalsvillkor.²⁵⁴ Däremot går det inte att likställa dessa två korrektionsmetoder, eftersom det skulle innebära att läran om överraskande och tyngande villkor i så fall skulle tappa sin självständiga betydelse. Av denna anledning måste förutsättningarna för kravet på upplysningsplikten av oskäligen villkor vara lättare än de som ställs för att jämkning ska komma ifråga.²⁵⁵ Jämningsregeln har ett delvis annat perspektiv än läran om överraskande och tyngande villkor (vid jämkning fokuserar man även på oskälighet som ett villkor kan medföra), vilket innebär att ett villkor kan bli föremål för jämkning, även om upplysningsplikten i övrigt uppfyllts enligt läran om överraskande och tyngande villkor, om villkoret på andra grunder framstår som oskäligt.²⁵⁶

Huvudregeln är att ett överraskande och tyngande villkor inte är verkställbart och kan därmed inte bli en del av avtalet, ifall motparten inte har blivit särskilt upplyst om dem vid avtalsslutet. För att denna lära ska kunna tillämpas på ett korrekt sätt är det nödvändigt att för det första klargöra vad som utgör ett överraskande och strängt villkor. Därtill är det nödvändigt att reda ut hur långtgående upplysningsplikten är gällande överraskande och tyngande villkor. För enkelhetens skull används härefter begreppet ”stränga villkor” istället för ”överraskande och tyngande villkor.”

Det är bäst att börja med stränghet. Med läran om tyngande klausuler strävar man till att skydda motpartens *normalförväntning*.²⁵⁷ Eftersom ett sådant synsätt är väldigt personbundet, så blir det naturligt att ta i beaktande motpartens sakkunskap i det enskilda fallet.²⁵⁸ Som en allmän tumregel gäller att ju mera ett villkor inte motsvarar vad som normalt kan förväntas inom ett avtalsförhållande, desto större är sannolikheten för att villkoret är att betrakta som strängt. För att denna regel ska kunna tillämpas, är det nödvändigt att fastställa vad som utgör motpartens normalförväntning. I det här avseendet kan den *dispositiva rätten*

²⁵⁴ För detta ändamål anser *Hemmo* att förteckningen av oskäligen villkor som finns i bilagan till oskälighetsdirektivet fungerar som en utgångspunkt för att bestämma vilka villkor som ska anses överraskande och tyngande. Se *Hemmo* 2007, s. 164.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Wilhelmsson* 2008, s. 92.

²⁵⁷ *Tulokas* 1987, s. 451–452.

²⁵⁸ *Hemmo* 2007, s. 168. Om t.ex. motparten har sakkunskap och kännedom om en viss bransch, så kan det förutsättas att han eller hon har en viss inblick i den avtalspolicy som tillämpas inom branschen (*Hemmo* 2007, s. 165). Se även *Wilhelmsson* 2008, s. 92.

fungera som en riktgivande utgångspunkt för vad som kan tänkas motsvara motpartens normalförväntning.²⁵⁹ Vid avsaknad av dispositiv rätt kan allmänna avtalsrättsliga principer och rådande avtalspraxis i en viss bransch vara vägledande för vad som kan tänkas utgöra parternas normalförväntningar.²⁶⁰ Om ett villkor framstår som *exceptionellt* och *ensidigt* i förhållande till avtalsinnehållet i övrigt, eller till fördelningen av parternas rättigheter och skyldigheter, så kan villkoret anses strida mot parternas normalförväntningar och därmed betraktas som strängt.²⁶¹

I motsats till stränga villkor, så beskriver *Hemmo* även villkor som inte är stränga. Denna motsats kan fungera som ett tydliggörande till definitionen av stränga villkor. Ett villkor anses inte vara strängt ifall i) villkoret i det närmaste preciserar innehållet i den dispositiva rätten för att bättre motsvara de behov och förutsättningar som ställs på det enskilda avtalsförhållandet eller ii) då villkoret är av teknisk natur. Typiskt för dessa villkor är att de inte har någon märkbar effekt på avtalsbalansen mellan parterna. Därav har dylika villkor ingen betydande distributiv effekt på avtalet som helhet.²⁶²

Frågan är ifall ett villkor om över- eller upplåtelse av upphovsrätt till spelmodifieringar kan betraktas som strängt i detta avseende. Vad som kan räknas som strängt i förhållande till slutanvändaravtal måste utgångspunkten ligga i de förväntningar som spelarna har. Det flesta spelare kan antas vara medvetna om att spelutvecklarna kräver någonting i gengäld mot att spelarna får tillgång till spelplattformen. Däremot är det mera oklart ifall spelarna normalt förväntar sig att upphovsrätten till allt de skapar i samband med spelet eller med hjälp av modifieringsverktyg överförs till spelutvecklarna. Onlinespelare har ofta en stark känsla av äganderätt till sina modifieringar.²⁶³ Därtill måste spelarna även i någon mån vara medvetna

²⁵⁹ Hemmo 2007, s. 164, Wilhelmsson 2008, s. 91 och Bernitz 2018, s. 70–71. Enligt *Hemmo*, så ger den dispositiva rätten i många fall uttryck för lagstiftarens syn på hur ett välbalanserat avtal ska se ut. Ett villkor, med vars hjälp man i oklara ordalag försökt försäkra motpartens ställning i jämförelse med dispositiv rätt, kan anses sakna bindande verkan i det enskilda avtalet. Detta stöds även med ett avgörande från högsta domstolen, där domstolen jämförde användningen av en ansvarsfrihetsklausul med de dispositiva bestämmelserna i köplagen. Se HD 2014:61, punkterna 18–19.

²⁶⁰ Hemmo 2007, s. 164–165.

²⁶¹ HD 1997:4.

²⁶² Hemmo 2007, s. 166.

²⁶³ Se bl.a. Garlick 2004, s. 424, Lim 2006, s. 482, Reuveni 2007, s. 275 och Burk 2009, s. 16. *Van Den Bulck – De Bellefroid* understryker i det här avseendet att det går emot själva uppfattningen av hur upphovsrätten fungerar att utgå ifrån att skaparen av programmet har äganderätt till de verk som skapats med programmet. Se *Van Den Bulck – de Bellefroid* 2009, s. 262.

om att spelutvecklarna måste få tillgång till spelarskapat innehåll för att kunna upprätthålla spelplattformen, hantera spelets databaser och distribuera spelfiler mm., medan ett upphovsrättsligt förvärv som sträcker sig längre än så kan gå utöver spelarnas normala förväntningar. Å andra sidan kan det tänkas att spelmodifierare är mera insatta i slutanvändaravtalsvillkor och kan därmed förutsättas känna till dem bättre. I sista hand så lönar det sig för spelutvecklaren att säkerställa att de villkor som berör fördelningen av rättigheterna till modifieringar tydligt kommer till spelarnas kännedom.

För det andra måste det avgöras hur omfattande upplysningsplikten är i förhållande till stränga villkor och när den kan antas vara uppfylld. En grundförutsättning som kan antas gälla för när upplysningsplikten anses ha uppfyllts på ett effektivt sätt är när den på ett konkret sätt *förbättrar motpartens kunskapsnivå* om de stränga villkoren. Samtidigt får denna skyldighet inte försvåra avtalsprocessen i alltför hög grad.²⁶⁴ Enligt *Hultmark* erbjuder den digitala miljön många olika interaktiva metoder med vars hjälp man kan presentera villkoren på ett effektivt pedagogiskt sätt. Som exempel på metoder med vars hjälp man kan fästa motpartens uppmärksamhet vid stränga villkor är att specifikt markera dessa med en särskild färg, med ljudeffekter eller med speciellt utformade knappar.²⁶⁵ *Pawlo* föreslår även användning av e-post eller olika typer av frågelekar som metoder för att särskilt väcka motpartens uppmärksamhet vid de stränga villkoren.²⁶⁶

Däremot är det lätt hänt att användningen av e-postbekräftelser, obligatoriska förhör och frågelekar enbart skulle avskräcka eller till och med skrämja bort potentiella spelare, och därmed leda till att avtalsprocessen försvåras på ett sätt som gör det orimligt att ställa ett sådant krav för att fastställa att motparten förstått innebörden i ett slutanvändaravtal. Därtill är det ett välkänt faktum att majoriteten av spelarna ändå inte läser slutanvändaravtalen.

²⁶⁴ Hemmo 2007, s. 169 och Hultmark 1998, s. 86. Enligt *Hemmo* finns det inga klara riktlinjer att ge angående tillämpningen av olika typografiska metoder, såsom understrykningar, bokstäver i fetstil och användning av versaler. Oberoende av vilken metod som används, så finns det inga klara garantier för att valet av typografisk metod utgör en tillräcklig indikation på att upplysningsplikten uppfylls (Hemmo 2007, s. 169–170).

²⁶⁵ Hultmark 1998, s. 85–86. Samtidigt konstaterar Hultmark att användningen av interaktiva metoder inte är särskilt vanligt förekommande på nätet.

²⁶⁶ Pawlo 1999, s. 154.

Ett roligt exempel på detta är då Gamestation år 2010 som ett aprilskämt lade in ett villkor i deras slutanvändaravtal, enligt vilket spelarna uppgav sin själ till spelutvecklaren ifall de inte specifikt valde att avböja detta genom att klicka bort detta alternativ i en särskild box. Gamestation meddelade att nästan 9 av 10 spelare (88 %) antingen inte hade lagt märke till detta villkor, eller valt att avböja det, vilket högst sannolikt berodde på att de inte läst villkoren. Den tiondel som hade valt att avböja villkoret belönades med ett presentkort värt 5 pund.²⁶⁷

En mera rimlig metod som skulle kunna tillämpas för att *specifikt fästa spelarnas uppmärksamhet* på särskilt stränga villkor skulle vara att presentera en kort sammanställning av de mest väsentliga villkoren i anslutning till en kryssruta, som spelarna måste bocka av för att kunna gå vidare och godkänna slutanvändaravtalet. Eftersom spelare sällan läser slutanvändaravtalen, så skulle detta vara det mest effektiva sättet att uppfylla kravet på att *konkret förbättra spelarnas kunskapsnivå* om innehållet i villkoren.²⁶⁸ Denna metod är också försvarbar ur en avtalspraktisk synvinkel. Med tanke på att antalet stränga villkor i ett slutanvändaravtal sist och slutligen kan förväntas vara förhållandevis få till antalet (detta för att undvika oskälighet på ett allmänt plan), så skulle kravet att på detta sätt specifikt fästa spelarnas uppmärksamhet på enskilda stränga villkor, som spelarna uttryckligen måste godkänna, vara inom rimliga gränser; särskilt med tanke på att det kan förverkligas på ett förhållandevis enkelt sätt utan att försvåra avtalsprocessen i alltför stor grad.

4.3 Materiella begränsningar vid förvärv av upphovsrätt till spelmodifieringar

4.3.1 Jämkning av oskäliga avtalsvillkor

Den *sociala avtalsrätten* har fört med sig en större möjlighet för domstolar och andra myndigheter att i viss utsträckning ta i beaktande det *materiella innehållet* i ett avtal och ingripa i situationer där det förekommer oskälighet i ett avtalsförhållande. Det här avspeglar ett skifte där rent strikt formella kriterier som en grund för standardvillkors bindande verkan fått ge vika för en starkare betoning av de materiella kriterierna för standardvillkors bindande

²⁶⁷ Se <https://bit-tech.net/news/gaming/pc/gamestation-we-own-your-soul/1/> (senast besökt 2.12.2021).

²⁶⁸ När det gäller införlivandet av stränga villkor överlag, så är det värt att notera att det inte räcker att enbart framhäva villkoren för motparten för att de ska anses införlivade. Till skillnad från "vanliga" standardvillkor, som kan bli införlivade på den grunden att motparten haft en faktisk möjlighet att bekanta sig med dem, så är syftet med läran om stränga villkor att skydda motparten mot särskilt stränga villkor oberoende av om han eller hon skulle ha haft en faktisk möjlighet att bekanta sig med dem på egen hand.

verkan, dvs. för avtalsinnehållet, som möjliggör att uppenbart oskäligen avtalsvillkor kan åsidosättas.²⁶⁹ Denna skiftesförändring har i takt med utvecklingen av den sociala kontraktsrättsmodellen materialiserats i bestämmelser om *jämkning av avtal*, vilket möjliggör att även ett formellt giltigt och bindande avtal kan bli föremål för en jämningsprövning.²⁷⁰ Utöver rent *strikt formella kriterier* för avtalsbundenhet måste det vid jämningsprövningen även beredas plats för beaktande av etiska, materiella och moraliska värden.²⁷¹ Jämningen har på så vis en stark koppling till den *skälighetsprincip* som idag genomsyrar dagens kontraktsrätt, där sociala och etiska värden, såsom avtalsbalans, rättvisa påföljder och trygghet har beretts ett allt större utrymme.²⁷² Kopplingen till sociala och etiska värden säkerställer att domstolarna vid jämningsprövning av avtal åtnjuter en vidsträckt frihet att ingripa mot oskäligen avtalsvillkor och ändra avtalsinnehållet så att det leder till ett skäligt resultat.²⁷³

Även om det råder avtalsfrihet på upphovsrättens område, så är det möjligt att på basen av 29 § URL jämka oskäligen avtalsvillkor som berör upphovsrättsliga överlåtelse.²⁷⁴ Enligt 29

²⁶⁹ Hemmo 2003, s. 43–47 och Wilhelmsson 2008, s. 99. Såsom *Hemmo* påpekar, så kan ett avtal inte anses giltigt enkom på den grunden att alla formella kriterier uppfylldes vid uppkomsten av avtalet. För att ett avtal ska kunna verkställas, så måste det materiella innehållet i avtalet godtas.

²⁷⁰ Pöyhönen 2000, s. 100.

²⁷¹ Taxell 1984, s. 618, Mononen 2001, s. 332–33 och Wilhelmsson 2008, s. 104. Enligt *Taxell* ger jämningsprövningen domstolarna möjlighet att ta i beaktande *oskrivna samlevnadsregler* i avtalsrättsliga avgöranden (*Taxell* 1979, s. 491).

²⁷² Wilhelmsson 2008, s. 45 och s. 191–192 ff. *Pöyhönen* förknippar skälighetsprövningen inte bara med skälighetsprincipen, utan även med faktorer såsom *avtalsfrihet*, *omsättningens intressen* och *gottgörande av den svagare parten i avtalsförhållandet*. Se *Pöyhönen* 1988, s. 261–274.

²⁷³ Wilhelmsson 2008, s. 109. På så vis har domstolarna de facto befogenhet att med en flexibel skälighetsbedömning bestämma tillämpningsområdet av generalklausulen i 36 § AvtL (RP 247/1981, s. 12). Trots den svårförutsägbarhet som råder kring domstolens vidsträckta prövningsrätt, så menar *Hemmo* att den vedertagna praxisen på området inklusive förarbetena till rättshandlingslagen fungerar som en bra måttstock och stödande material för att kunna ge mera förutsägbarhet av vilka villkor som kan tänkas kunna ligga inom en ”gråzon” och vara förknippade med en oskälighetsrisk (*Hemmo* 2003, s. 53). Se även *Kaisto* 2008, s. 65 och *Taxell* 1984, s. 614. Enligt *Pöyhönen* är det nödvändigt att jämningsprövningen förverkligas utgående ifrån en färdig modell som erbjuder en tillräcklig förutsebarhet för att skälighet och balans ska kunna uppnås (*Pöyhönen* 1988, s. 252). Jfr. *Taxell*, 1979, s. 492.

²⁷⁴ *Harenko – Niiranen – Tarkela* 2016, s. 331, *Olsson* 2018, s. 265, *Oesch* 2009, s. 519, *Rosén* 2006, s. 80 och *OKM* 2010:9, s. 33. Eftersom överlåtelse av de moraliska rättigheterna är mera begränsade i enlighet 3 § URL och kan endast avstås, så gäller avtalsfriheten huvudsakligen överlåtelse av de ekonomiska rättigheterna. Se *Stray Vyrje* 1987, s. 294. Eftersom denna uppsats inte specifikt berör de moraliska rättigheterna, så kan utgångspunkten inom ramen för denna uppsats härmed konstateras vara den, att det råder avtalsfrihet för upphovsrättsliga överlåtelse.

§ URL kan ett villkor om överlåtelse av upphovsrätt som ingåtts av den ursprungliga upphovsmannen jämkas eller lämnas obeaktat ifall villkoret är oskäligt på ett sätt som strider mot rådande god avtalssed på området eller annars är oskäligt eller om dess tillämpning skulle leda till oskälighet.²⁷⁵ Bestämmelsen innehåller en hänvisning till den allmänna generalklausulen i 36 § AvtL. I förarbetena till URL framhålls det att syftet med jämningsbestämmelsen i 29 § URL är att skydda den *svagare parten* mot påtryckning och annat missbruk eller exploatering vid avtal om överlåtelse av upphovsrätt.²⁷⁶ I den nuvarande jämningsbestämmelsen är det dock alltid den *ursprungliga upphovsmannens* upphovsrättsliga överlåtelser som kan bli föremål för jämkning. Domstolspraxis gällande tillämpningen av jämningsbestämmelsen på upphovsrättsliga överlåtelser är dock väldigt sparsam.²⁷⁷ Orsakerna till detta beror nödvändigtvis inte på att det inte skulle förekomma oskäliga avtalsvillkor, vilket det högst sannolikt gör. En förklaring till den sparsamma rättspraxisen ligger sannolikt i det, att samma omständigheter som från början tillåter den

²⁷⁵ Jämningsbestämmelsen i 29 § URL återinfördes på nytt år 2015. URL hade också tidigare en egen jämningsbestämmelse för upphovsrättsliga avtal fram till att den allmänna jämningsbestämmelsen infördes i 36 § AvtL år 1982, varefter 29 § URL ändrades så att den endast innehöll en hänvisning till 36 § AvtL fram till dess att den återinfördes på nytt. Syftet med att återinföra bestämmelsen på nytt motiverades med att det skulle ha en positiv inverkan på upphovsmännens ställning, särskilt mot bakgrund av att den allmänna jämningsbestämmelsen i 36 § AvtL sällan tillämpas för upphovsrättsliga avtal och att den har gjort jämningsmöjligheten mera avlägsen från upphovsmannens perspektiv (RP 181/2014, s. 21–22 och s. 29). Både lagutskottet och kulturutskottet var emot förslaget, men godkände det till slut under förutsättning att det rådande rättsläget när det gäller jämkning av avtal inte ändras (LaUB 22/2014, KuUB 26/2014 och RP 181/2014, s. 32). I detaljmotiveringen till lagförarbetet konstateras det uttryckligen att motiveringarna till 36 § i AvtL och den rättspraxis som gäller denna paragraf kan tillämpas också på tolkningen av bestämmelserna i 29 § URL (RP 181/2014, s. 52). *Harenko – Niiranen – Tarkela* har även konstaterat att 29 § URL ska vid den praktiska lagtolkningen tolkas i enlighet med den allmänna jämningsbestämmelsen i 36 § AvtL (*Harenko – Niiranen – Tarkela* 2016, s. 365 och s. 369).

²⁷⁶ KB 5/1953, s. 65. I det här avseendet är vanligtvis upphovsmannen den svagare parten, men detta behöver inte alltid vara fallet. Se t.ex. RP 181/2014, s. 8, Haarmann 2005, s. 304–305 och *Harenko – Niiranen – Tarkela* 2016, s. 368. För att kunna konstatera att upphovsmannen är den svagare parten, så måste man närmare undersöka den faktiska situationen och omständigheterna som berör parterna. Upphovsmannen är inte alltid den svagare parten, särskilt när det gäller upphovsrättsliga avtal mellan två företag. Generellt sätt så betraktas dock upphovsmannen som den svagare parten (Se Kivimäki 1966, s. 118). *Nordell* har till och med anfört att upphovsmannens ställning kan jämföras med den partsrelationen som förekommer i konsumentavtalsförhållanden (*Nordell* 2008, s. 310).

²⁷⁷ Ännu år 2005 understrykte *Haarmann* att det inte finns ett enda exempel på där någondera av de två jämningsbestämmelserna har tillämpats på upphovsrättsliga överlåtelseavtal (*Haarmann* 2005, s. 298). I det nyssnämnda förarbetet framgår det att 36 § AvtL har tillämpats på upphovsrättsliga överlåtelser endast i ett fall i tingsrätten och i två fall i marknadsdomstolen (RP 181/2014, s. 20). Avsaknaden av rättspraxis kan möjligen förklaras med att jämningsbestämmelsen i 36 § AvtL fyller en viss dold funktion under ytan genom att bidra till att starkare avtalsparter undviker att driva igenom alltför oskäliga avtalsvillkor (*Bernitz* 2009, s. 358).

starkare motparten att diktera villkoren hindrar den svagare motparten att korrigera villkoren i domstol.²⁷⁸ På grund av den sparsamma rättspraxis måste analysen av upphovsrättsliga överlåtelser grunda sig i större utsträckning på den doktrin som berör generalklausulen i 36 § AvtL.

4.3.2 Betydelsen av oskälighet som en jämningsgrund

För att ett avtalsvillkor ska kunna jämkas måste det föreligga oskälighet i avtalsförhållandet. Oskälighet kan huvudsakligen delas in i två grupper: oskälighet som förekommer redan från början (*ursprunglig oskälighet*) och oskälighet på grund av förändrade förhållanden (*efterföljande oskälighet*).²⁷⁹ Jämningsbestämmelsen i 29.2 § URL nämner fyra omständigheter som alltid måste beaktas i skälighetsbedömningen. Dessa omständigheter är: 1) *avtalets innehåll i dess helhet*, 2) *parternas ställning*, 3) *förhållandena då avtalet ingicks och därefter* 4) *samt andra omständigheter*.²⁸⁰ Listan är dock inte uttömmande, vilket innebär att jämkning av avtalsvillkor alltid ska grunda sig på en *helhetsbedömning*, där domstolen ska beakta samtliga omständigheter som inverkar på avtalsförhållandet.²⁸¹

I rättslitteraturen brukar de omständigheter som ska beaktas vid skälighetsbedömningen delas in i *avtalsinterna* och *avtalsexterna*. Med avtalsinterna omständigheter avses *avtalsinnehållet* medan avtalsexterna omständigheter åsyftar på *omständigheter utanför avtalet*, såsom avtalsparternas egenskaper och deras ställning gentemot varandra samt omständigheterna

²⁷⁸ Aurejärvi 1979, s. 744,

²⁷⁹ RP 247/1981, s. 12 och Hemmo 2003, s. 54–56.

²⁸⁰ För närvarande har det föreslagits en ändring av 29 § URL. Till 2 mom. föreslås det att det fogas en uttrycklig hänvisning till att det vid bedömningen av oskäligheten ska fästas uppmärksamhet också vid verkets kommersiella värde och sättet att bestämma ersättningen samt upphovsmannens bidrag i skapandet av verket som helhet (VN/2245/2020, s. 35). Syftet med lagändringen är att få paragrafen att motsvara artikel 18 i DSM-direktivet (2019/790), som föreskriver om upphovsmäns och utövande konstnärers rätt till lämplig och proportionerlig ersättning för kommersiellt utnyttjande av sina verk. Av utkastet framgår att i och med de föreslagna ändringarna så motsvarar paragrafen artikel 18 i DSM-direktivet, som förutsätter att ersättningarna är skäligen från början, och artikel 20 i direktivet, som gäller jämkande av ersättningar i efterhand på grund av förändrade omständigheter (VN/2245/2020, s. 36). Se närmare om detta i kapitel 5.2.

²⁸¹ RP 181/2014, s. 52. Se även RP 247/1981, s. 15. För att jämkning ska kunna aktualiseras krävs det inte skuld (*culpa*) från den motpart som anbringat de oskäligen avtalsvillkoren, och således är en parts skuld i sammanhanget en irrelevant faktor när det kommer till skälighetsbedömningen (Taxell 1984, s. 617).

och förhållandena som råder inom ramen för avtalsförhållandet.²⁸² För att jämkning ska kunna aktualiseras förutsätts det att *avtalsinnehållet* är i obalans och att även *utomstående faktorer*, som vanligtvis tenderar att snedvrider avtalsförhållandet, ger stöd för ett ingripande i avtalsförhållandet.²⁸³ Således kan varken avtalsinnehållet eller avtalssammanhanget allenast föranleda jämkning av avtalsförhållandet.²⁸⁴

Eftersom oskälighet måste påvisas i både de avtalsinterna och avtalsexterna omständigheterna i avtalsförhållandet för att jämkning ska kunna aktualiseras, så är det nödvändigt att inom ramen för denna avhandling analysera dessa två omständigheter skilt. Således kommer det två följande kapitlen att handla om just detta. Kapitel 4.3.3 berör oskäligheten i avtalsinnehållet medan kapitel 4.3.4 berör de avtalsexterna, dvs. de utomkontraktuella, omständigheterna. När det gäller oskälighet i avtalsinnehållet, så kommer endast avtalsinnehållet som berör överlåtelse av spelmodifieringar från spelare till spelutvecklare att beaktas i denna avhandling. Därmed inte sagt att oskälighet även kan uppkomma på grundval av andra villkor i ett slutanvändaravtal. De utomkontraktuella omständigheterna som är relaterade till ett slutanvändaravtal är mera allmänna till sin karaktär och har därav samma effekt på alla villkor i slutanvändaravtalet, vilket innebär att det inte är nödvändigt att i det sammanhanget specifikt analysera överlåtelsevillkor av spelmodifieringar åtskilt från de övriga villkoren som finns i slutanvändaravtalet.

4.3.3 Är avtalsinnehållet i slutanvändaravtal oskäligt?

Det materiella innehållet i ett avtal kan bli föremål för jämkning i två situationer. För det första så kan jämkning bli aktuellt på grund av att tillämpningen av ett villkor leder till en obalans i avtalsförhållandet. För det andra kan jämkning komma ifråga på grunder som var

²⁸² För en allmän översikt beträffande indelningen, se Aurejärvi 1979, s. 731–736, Pöyhönen 1988, s. 286–295 och Hemmo 2003, s. 57–58. Enligt *Pöyhönen* kan indelningen i avtalsinterna och avtalsexterna omständigheter härledas från lagtexten, där man uppmärksammat skillnaden (Pöyhönen 1988, s. 256–258).

²⁸³ Hemmo 2003, s. 57–58, Pöyhönen 1988, s. 291 och Aurejärvi 1979, s. 736–737,

²⁸⁴ Aurejärvi 1979, s. 736–737. Ett annars oskäligt villkor kan vara fullkomligt giltigt på den grund att den baserar sig på förhandlingar mellan två jämnstarka parter under normala förhållanden (Aurejärvi 1979, s. 737. Se även SOU 1974:83, s. 114). Enligt *Pöyhönen* finns det en begreppsmässig koppling mellan avtalsinnehållet och utomstående omständigheter mot den bakgrunden att en avsevärd obalans i avtalsförhållandet kan oftast antagas att den har påverkats av en utomstående omständighet (Pöyhönen 1988, s. 292).

kända redan vid avtalsslutet, dvs. då det tillämpas villkor som är oskäliga som sådana (*typoskälighet*).²⁸⁵ Ifall ett villkor som sådant är oskäligt, så innebär det att tillämpningen av ett sådant villkor alltid är oskäligt.²⁸⁶ Eftersom spelutvecklare i viss utsträckning har godtagbara skäl till att kräva vissa rättigheter till spelmodifieringar av spelarna, t.ex. för att kunna distribuera spelfiler och installera serverkopior i spel databasen, så kan villkor om över- eller upplåtelse som avser sådana rättigheter inte i det här sammanhanget betraktas som villkor som är oskäliga i sig. Därför kommer oskälighet som sådant inte närmare att beröras i denna avhandling.

Förutsättningen för att avtalsinnehållet ska kunna bli föremål för jämkning är att det råder en *obalans* i avtalsförhållandet mellan avtalsparterna.²⁸⁷ Eftersom smärre obalanser i avtalsförhållandet vanligtvis måste accepteras av motparten, så krävs det att det råder en *betydande obalans* för att jämkning ska komma i fråga.²⁸⁸ Bedömningen av obalansen i avtalsförhållandet ska grunda sig på en objektiv måttstock, där värdet på parternas inbördes prestationer, den dispositiva rätten och branschpraxis fungerar som jämförelseobjekt.²⁸⁹

För att kunna grunda sig en uppfattning om vilka rättigheter och skyldigheter spelutvecklaren och spelaren har gentemot varandra måste man närmare granska hur villkoren i

²⁸⁵ Enligt Hemmo innebär förbudet mot villkor som är oskäliga som sådana ett mera interventionistiskt ingripande i partsautonomin än jämkning på senare uppkomna grunder (Hemmo 2003, s. 55). Ifall ett villkor är oskäligt som sådant, så finns det skäl att helt enkelt betrakta det som ogiltigt och därav lämna det utanför tillämpningsområdet för 36 § AvtL. Se Kaisto 2008, s. 66. Pöyhönen anser exempelvis att ett villkor som är oskäligt som sådant ska anses som *ogiltigt* istället för *oskäligt* (Pöyhönen 1988, s. 361 och 364). Kaisto föreslår däremot som alternativ att betrakta villkor som är oskäliga som sådana inneha en effekt *ex lege*, vilket skulle innebära att skälighetsbedömningen vid en domstol inte leder till en ändring av det materiella rättsläget, utan närmast bekräftar innehållet i rättsförhållandet ur ett skälighetsperspektiv (Kaisto 2008, s. 67).

²⁸⁶ Se RP 247/1981, s. 12, där det framgår att domstolarna bör motivera sina jämningsavgöranden så att av dem i dessa fall skulle framgå om det är ett villkor som är oskäligt som sådant vid ifrågavarande avtalstyp.

²⁸⁷ Hemmo 2003, s. 58–64, Mononen 2001, s. 325 och Pöyhönen 1988, s. 287–288. Enligt Pöyhönen har avtalsrättslig obalans en särskild ställning i och med att den utgör både en nödvändig omständighet (*ett indicium*) och en förutsättning för jämkning (Pöyhönen 1988, s. 287–288).

²⁸⁸ Hemmo 2003, s. 58. I konsumentavtal krävs det att obalansen i avtalsförhållandet ska vara betydande, vilket även stöds av artikel 3.1 i oskälighetsdirektivet, där det framgår att ”ett avtalsvillkor ska anses vara oskäligt om det medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter.”

²⁸⁹ Hemmo 2003, s. 58. Se också Wilhelmsson 2008, s. 143–147. Eftersom obalansen ska grunda sig på en *objektiv måttstock*, så innebär det att parternas subjektiva uppfattningar om obalansen i avtalsförhållandet inte ska tillmätas någon vikt. Värt att notera är, att bedömningsgrunderna för oskälighet liknar i mångt och mycket de som tillämpas vid bedömningen av stränga villkor (se fotnoterna 259–260 ovan).

slutanvändaravtalet ser ut. Syftet med slutanvändaravtalet är att fungera som en licens för spelarna för att få tillgång till spelplattformen och spelutvecklarens tjänster. I gengäld till denna licens åläggs spelaren med en rad skyldigheter relaterat till spelprodukten som reglerar vad spelaren får och inte får göra. Spelutvecklarna strävar oftast efter att i största möjliga mån utöka sina rättigheter och samtidigt begränsa sina skyldigheter med olika garantivillkor och villkor om ansvarsbegränsning, samtidigt som användarnas rättigheter begränsas så mycket som möjligt. Slutanvändaravtalen består i regel av en uppsättning villkor som reglerar avtalsförhållandet mellan spelaren och spelutvecklaren och pålägger spelaren skyldigheter.²⁹⁰

Mot bakgrund av detta är syftet med slutanvändaravtalet att reglera användarvillkoren för spelprodukten eller tjänsten mellan spelutvecklaren och spelaren. Utgående från detta bör det övervägas ifall en över- eller upplåtelse som går ut över vad som är nödvändigt i förhållande till rätten att få tillgång till och använda spelplattformen kan utgöra en grund för *obalans i avtalsförhållandet* mellan spelaren och spelutvecklaren. I denna övervägning måste man ta i beaktande två aspekter: hur *långtgående* överlåtelsevillkoren är, dvs. är det frågan om en upplåtelse eller en överlåtelse, och dels *omfattningen* av överlåtelseerna, dvs. vilka alla modifieringstyper som villkoren omfattar.

När det gäller hur *långtgående* överlåtelsevillkoren är, så är det rimligt att anta att en upplåtelse (exklusiv eller icke-exklusiv licens), enligt vilket spelaren enbart upplåter användarrättigheterna till modifieringen åt spelutvecklaren, inte rubbar på avtalsbalansen i ett slutanvändaravtalsförhållande mellan spelaren och spelutvecklaren i samma omfattning som verkställandet av en upphovsrättslig överlåtelse gör, enligt vilken spelaren överlåter alla rättigheter till spelmodifieringen till spelutvecklaren. Vanligtvis har en spelutvecklare godtagbara skäl att begära en icke-exklusiv licens till spelarskapade modifieringar. Spelutvecklaren måste nämligen i viss utsträckning ha möjlighet att få tillgång till spelarskapat innehåll för att kunna upprätthålla en normal användning av spelplattformen och

²⁹⁰ För en översikt av dessa villkor hänvisas till de slutanvändaravtal som presenterades i introduktionen till detta kapitel. Se särskilt fotnoterna 218–220 ovan.

hantera spelarskapade alster i spelets databas och spelarregister och spara spelarskapat innehåll på spelservern. Detta förorsakar närmast en mindre obalans mellan avtalsparterna. Däremot är det mera oklart ifall ett *överlåtelsevillkor* är nödvändigt att tillämpa i ett slutanvändaravtal. En överlåtelse avviker nämligen från vad som annars skulle följa av upphovsrättslagen. På så sätt går överlåtelsevillkor emot de grundläggande upphovsrättsliga principerna om upphovsmannens rätt att åtnjuta frukterna av sitt skapande arbete.²⁹¹ Visserligen är en upphovsman utgående från principen om avtalsfrihet berättigad att fritt bestämma över sina upphovsrättsliga rättigheter. Däremot är det tvivelaktigt ifall det råder någon verklig avtalsfrihet för en spelare inom ramen för ett slutanvändaravtal, särskilt med beaktande av att avtalsvillkoren är ensidigt uppgjorda. I dessa fall är det rimligt att anta att ett överlåtelsevillkor ställer en klart mera sträng skyldighet för en spelare än vad ett upplåtelsevillkor gör.

Vad gäller *omfattningen* av föremålet för rättsöverlåtelse, dvs. vilka modifieringar som villkoren omfattar och gör anspråk på, så är det ur ett skälighetsperspektiv mera godtagbart med villkor där spelutvecklaren gör anspråk på modifieringar som är väldigt starkt förknippade med spelet. Således ställer villkor som gör anspråk på modifieringar med en *stark anknytning* till spelet, såsom avatarer och modifieringar som omvandlar den estetiska nivån i originalspelet, inte lika omfattande skyldigheter för spelaren till skillnad från villkor som gör anspråk på mera komplexa modifieringar som är skapade på kodnivå eller med hjälp av modifieringsverktyg, och som inte längre är enbart kompletterande till spelet, såsom machinima och gamics. Den förstnämnda av dessa kan lättare sägas utgöra en slags ömsesidig motprestation för tillgången till spelplattformen och modifieringsverktygen,

²⁹¹ Upphovsrätten tillkommer direkt på basis av lagstiftningen. I det här avseendet kan tvingande lagstiftning, utöver de dispositiva bestämmelserna, få betydelse vid jämkningen, särskilt då det är frågan om ett villkor genom vilket man försöker kringgå ett tvingande stadgande (RP 247/1981, s. 13). Även *dispositiva allmänna rättsprinciper* kan uppfylla en liknande funktion (Wilhelmsson 2008, s. 144). Sådana dispositiva villkor kan uppfattas som ett ställningstagande från lagstiftarens sida, med vilka man rekommenderar att de angivna normerna används, även om de till sin natur inte är tvingande (RP 247/1981, s. 13). Av denna anledning är det inte otänkbart att jämka ett villkor som överensstämmer med dispositiv rätt (RP 247/1981, s. 16 ff.). *Wilhelmsson* hävdar också att företag inte bör ha rätt att för sig själva skapa en egen rättsordning, i vilken deras egen ställning blir förmånligare än vad den skulle vara enligt den dispositiva rätten (Wilhelmsson 2008, s. 100).

medan den senare ger uttryck för en situation där spelarnas och spelutvecklarens inbördes rättigheter och förpliktelser inte längre står i proportion till varandra.

För att det ska råda en *uppenbar obalans* i avtalsförhållandet mellan spelaren och spelutvecklaren, så bör överlåtelsen vara oskäligt långtgående samtidigt som omfattningen bör överskrida mer än vad som är nödvändigt. Detta kan illustreras med följande skiss:

Avtalsbalanseffekt	Icke-exklusiv	Exklusiv	Överlåtelse
Modificeringar som är förbehållna i spelet	Liten inverkan på balansen		Måttlig inverkan på balansen
Användarutvidgade modifieringar	Måttlig inverkan på balansen		Betydande inverkan på balansen

Utöver jämningsbestämmelserna, så kan upphovsrättsliga tolkningsprinciper fungera för att rätta till oskäliga avtalsvillkor och leda till ett liknande resultat. Den mest relevanta bland dessa är *specifikationsprincipen*, enligt vilken en upphovsrättslig överlåtelse ska tolkas restriktivt till upphovsmannens fördel och enbart gälla det som uttryckligen avtalats om, medan de delar, som inte enligt vad som framgår av avtalet anses ha överlåtits, stannar kvar hos upphovsmannen.²⁹² Dock har tillämpningen av dylika principer på standardavtal inte så stor verkan, eftersom villkoren i dem vanligtvis är slutna med mycket stor noggrannhet för att vara så precist formulerade som möjligt. Det här innebär att det för slutanvändaravtalens del, vars villkor vanligtvis är väldigt klart och tydligt specificerade när det gäller vilka typer av modifieringar som är föremål för överlåtelse, lämnar väldigt lite utrymme för en restriktiv tolkning. En annan tolkningsprincip som skulle vara mera tillämplig på slutanvändaravtal är *ändamålsprincipen*, enligt vilken en upphovsrättslig överlåtelse endast bör sträcka sig till att omfatta det som följer av avtalets *syfte* eller *ändamål*. För slutanvändaravtalets del skulle detta syfte och ändamål kunna sträcka sig till att gälla endast de rättigheter som är nödvändiga

²⁹² KB 5/1953, s. 63, Olsson 2018, s. 261 och Wolk 2016, s. 174–175. Oesch beskriver specifikationsprincipen som en av de mest centrala principerna till licensgivarens fördel vid överlåtelse av upphovsrätt (Oesch 2004, s. 925). Specifikationsprincipen har även fastställts i rättspraxis många gånger (se t.ex. HD 1984 II 26, HD 2005:92 och HD 2011:92). Inom doktrinen har vissa forskare ifrågasatt specifikationsprincipens ställning som en ledande princip inom immaterialrätten, och därav även för upphovsrättsliga överlåtelseavtal. *Sund-Norrgård* anser t.ex. att man istället för att fokusera på den svagare parten i ett avtalsförhållande, så bör man sträva efter att utföra en helhetsbedömning vid tolkning av upphovsrättsliga licensavtal, på så vis att både licensgivarens och licenstagarens intressen och övriga omständigheter tas i beaktande (Sund-Norrgård 2012, s. 300). Utgående från *Nordell*, så skulle specifikationsprincipen, trots vad som sagts i doktrinen, kunna tillämpas i egenskap av en *allmän tolkningsprincip* (Nordell 2008, s. 316). Se även SOU 1956:25, s. 277.

för att upprätthålla spelplattformen. Ändamålsprincipen har dock inte fått ett så starkt fäste inom den nordiska upphovsrätten.²⁹³

En annan viktig faktor att ta i beaktande vid skälighetsbedömningen av överlåtelsevillkor är *värdet* på spelutvecklarens och spelarens prestationer. En betydande sak när det gäller överlåtelsevillkor i slutanvändaravtal är att spelaren måste godkänna dem vid tidpunkten för införskaffandet av videospel. I det skedet kan det vara väldigt svårt för spelaren att blicka långt in i framtiden och kunna avgöra konsekvenserna av överlåtelsevillkoret, eftersom spelaren *de facto* förbinder sig till att upplåta eller överlåta rättigheterna till alla *framtida verk* som motsvarar de preciseringar av spelarskapade alster som förekommer i slutanvändaravtalet.²⁹⁴ Överlåtelse av upphovsrätt till framtida verk är i sig inget märkvärdigt på upphovsrättens område. Dessa typer av överlåtelsevillkor är *i sig* tillåtna enligt lagen.²⁹⁵ Däremot är förhållningssättet till avtal som gäller överlåtelse av *all rätt* till framtida verk mera avvaktande, eftersom dessa avtal är förknippade med mycket tvetydighet och svårförutsebarhet. Överlåtelseavtal av den senare typen är exempel på fall där jämningsbestämmelsen kan bli tillämplig.²⁹⁶ Vanligtvis är villkoren i ett slutanvändaravtal en slags *mellanform* av dessa två avtalstyper. Ett slutanvändaravtal kan omfatta alla framtida verk, men endast till den del som de motsvarar de preciseringar som ingår i slutanvändaravtalet.²⁹⁷

²⁹³ Nordell 2008, s. 311 och 329. Även om ändamålsprincipen inte fått så stor genomslagskraft i den nordiska upphovsrätten, så anser *Nordell* att den bör ha en lika viktig plats som specifikationsprincipen (Nordell 2008, s. 330).

²⁹⁴ Det krävs t.ex. i medeltal tre år för att utveckla M3-modifieringar fullt ut (Arakji – Lang 2007, s. 16). Det här innebär att spelmodifierare måste blicka in tre år i framtiden för att kunna avgöra vilken betydelse ett upplåtelse- eller överlåtelsevillkor har beträffande modifieringen.

²⁹⁵ Haarmann 2005, s. 297, Kivimäki 1948, s. 262. Se även Levin 2017, s. 515.

²⁹⁶ Haarmann 2005, s. 297–298, Harenko – Niiranen – Tarkela 2016, s. 343. Se även Weincke, 1976, s. 104–105, där han förklarar att det förr i tiden förekom situationer där upphovsmän i ekonomiskt trångmål inte sällan var tvungna att överlåta alla rättigheter till sina framtida verk till en förläggare, men att sådana situationer numera kan åsidosättas med stöd av jämningsbestämmelsen i den danska upphovsrättslagen.

²⁹⁷ Inte ens de mest omfattande överlåtelsevillkoren i ett slutanvändaravtal för videospel gör anspråk på verk som skapats utan någon som helst anknytning till spelprodukten. Även om överlåtelsevillkoren i slutanvändaravtal i övrigt kan vara väldigt omfattande, så sträcker de sig inte hur långt som helst och kan i det avseendet betraktas som begränsade.

I svensk doktrin förespråkar *Olsson* om att ett villkor om överlåtelse kan jämkas exempelvis vid en sådan situation där en upphovsman mot bättre vetande har överlåtit sin rätt till verket mot en blygsam engångsersättning och det sedan visar sig att verket blir en succé.²⁹⁸ I de fall där förändringar i förhållandena leder till oskälighet, så kan det bli aktuellt med jämkning, även då villkoret ursprungligen var skäligt.²⁹⁹ I förarbetena till upphovsrättslagen har det uttryckligen framhållits att *förändringar i förhållandena*, särskilt vad beträffar långvariga upphovsrättsliga överlåtelseavtal, kan leda till oskälighet för upphovsmannen.³⁰⁰

I ett slutanvändaravtalsförhållande kan dylika situationer uppstå i de fall då en modifiering, som spelutvecklaren gör anspråk på utan att erlagga ekonomisk ersättning, långt senare visar sig bli väldigt kommersiellt framgångsrik. I dessa fall kan det anses oskäligt att spelutvecklaren förvärvar en uteslutande rätt till modifieringen genom verkställandet av slutanvändaravtalet, emedan en sådan situation i praktiken innebär att spelutvecklaren orättmätigt kan skörda frukterna av spelarnas intellektuella insatser.³⁰¹ I detta sammanhang är det viktigt att skilja åt värdet som modifieringen i sig representerar och det ekonomiska värdet som modifieringen *genererar*. I många fall ligger det kommersiella värdet i en modifiering, särskilt vad beträffar totalomvandlingar, oftast till största delen i *det kreativa spelupplägget* som de bygger på, vilket i egenskap idéer, till skillnad från uttrycksformer, inte är upphovsrättsligt skyddade. Ett oskäligt förvärvande av idéer är inget som jämningsbestämmelsen i 29 § URL kan tillgripas mot. Däremot är det inte omöjligt att spelarskapade modifieringar kan vara förknippade med ett så högt ekonomiskt värde att en

²⁹⁸ Olsson 2018, s. 270–271. Se även SOU 2010:24, s. 113–114. Den situation som *Olsson* beskriver har likheter med den tyska *bestsellerklausulen*. Enligt denna har en upphovsman rätt att begära en tilläggsersättning för användningen av hans verk, ifall det visar sig att den ursprungligen överenskomna ekonomiska ersättningen mellan parterna visar sig stå i uppenbart missförhållande till intäkterna som nyttjandet av verket genererar för den andra parten (OKM 2010:9, s. 36). Se även SOU 2010:24, s. 110.

²⁹⁹ Gällande betydelsen av förändrade förhållanden som en oskälighetsgrund, se Wilhelmsson 2008, s. 130, Hemmo 2003, s. 73–74 och Pöyhönen 1988, s. 306 ff.

³⁰⁰ KB 5/1953, s. 65. Se motsvarande i SOU 1956:25, s. 293. Även om upphovsrättskommittén nämnde utvecklingen på teknikens område som orsaker till förändrade förhållanden, så bör samma premisser även kunna antas gälla i övriga fall där förändringar i förhållandena påverkar den upphovsrättsliga överlåtelsen.

³⁰¹ Argument förknippade med ”orättvist berikande” är dock en företeelse som vanligtvis förekommer i det angloamerikanska rättssystemet (Stokes 2014, s. 6). Enligt *Wilhelmsson* kan principen, enligt vilken en part inte bör tillåtas att i oskälig mån berika sig på den andra partens bekostnad, förväntas ha större genomslagskraft redan idag (Wilhelmsson 2008, s. 194).

tillämpning av ett överlåtelsevillkor där spelaren utebliver ekonomisk ersättning får tillstånd en *betydande obalans* i avtalsförhållandet mellan en spelare och en spelutvecklare.³⁰² En sådan slutsats är dock befogad endast ifall resultatet av överlåtelsevillkoret vida överträffar parternas *normala förväntningar*.³⁰³

Det går också att argumentera emot detta genom att anta att spelaren - förutsatt att villkoren presenterats på ett vederbörligt sätt vid avtalsslutet – haft vetskap om de oskäligen överlåtelsevillkoren och därmed tagit en *medveten risk* genom att godkänna slutanvändaravtalet. Detta sätt att argumentera understryker faktumet att jämningsbestämmelsen inte är ämnad att fungera som en slags *garanti* med vars hjälp det är möjligt att eliminera de negativa konsekvenserna som kan följa av ett sådant *risktagande* som vanligtvis förekommer i avtalsförhållanden.³⁰⁴ Detta följer redan av huvudregeln om att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda*). Däremot är det värt att beakta att det särskilt i ett ojämnt avtalsförhållande kan vara väldigt svårt för den svagare motparten att vid tidpunkten för avtalsslutet överblicka alla tänkbara negativa konsekvenser som ett visst villkor kan ha på avtalsförhållandet samt de omständigheter som ligger långt in i framtiden.³⁰⁵ Dock understryker beaktandet av risktagningselementet faktumet att jämningsbestämmelsen utgör en undantagsregel i förhållande till avtals bindande kraft som endast ska tillämpas i exceptionella fall.

4.3.4 Avtalsexterna omständigheter som grund för oskälighet i ett slutanvändaravtal

Även avtalsexterna omständigheter kan leda till en snedfördelning av avtalsbalansen på många sätt. Listan av avtalsexterna omständigheter som kan snedvrída balansen i

³⁰² För att detta ska lyckas, så måste det kunna gå att fastställa ett ekonomiskt värde på modifieringar på objektiva grunder. Eftersom modifieringar oftast består av flera olika uttrycksformer som är ihop klumpade i ett knippe, så måste det samlade värdet i modifieringarna beaktas. Spelmodifieringar kan sparas och distribueras som enskilda objekt i filformat som kan läggas till i spelet, vilket innebär att de i sig utgör individuella konkreta objekt som skulle kunna värderas.

³⁰³ Denna förutsättning kan härledas ur den allmänna avtalsrättsliga doktrinen som gäller förändringar i förhållandena efter att avtalet slutits. Enligt *Hemmo*, så måste en ändring i förhållandena ha en betydande effekt på avtalet för att jämkning ska komma i fråga (*Hemmo* 2003, s. 74–75). Jfr. HD 1999:42, där jämkning ansågs på sin plats då avtalsvillkoret till följd av förändringar i förhållandena hade fått ”en avsevärt avvikande betydelse i jämförelse med det som ursprungligen var menat.”

³⁰⁴ *Sevón* har granskat vilken betydelse en avtalsparts insikt om oskäligheten i ett villkor kan ha på en eventuell jämningsmöjligheten. Enligt *Sevón* är möjligheten att åberopa jämkning inte utesluten även om en avtalspart varit medveten om oskäligheten, särskilt i de fall då följderna av det oskäligen villkoret inte med lätthet kunde förutspås eller om villkoret på annat sätt blivit oskäligt till följd av senare förändrade förhållanden. *Sevón* understryker dock att möjligheten att jämka avtal p.g.a. förändringar i förhållandena inte är avsedd att utgöra ett instrument med vars hjälp man kunde eliminera de negativa konsekvenserna av ett sådant medvetet risktagande som gjordes vid ingåendet av avtalet (*Sevón* 1985, s. 164–170). Se även *Hemmo* 2003, s. 75 och *Wilhelmsson* 2008, s. 129–131.

³⁰⁵ *Hemmo* 2003, 59–60. Enligt *Wilhelmsson* är det även skäl att beakta att en avtalspart i många fall inte har anledning att utgå från att motparten inte fullt ut kommer att åberopa sina rättigheter enligt de oskäligen villkoren (*Wilhelmsson* 2008, s. 129–130). Se även RP 247/1981, s. 18.

avtalsförhållandet är väldigt lång, och därför ter det sig opraktiskt att lista upp dem alla här. Istället är det mera ändamålsenligt att fokusera på några av de viktigaste. Bland annat så räknar *Hemmo* upp avtalsparternas *sakkunskap*, *faktiska avtalsfrihet* och *ekonomiska ställning* som sådana utomstående faktorer som kan inverka på skäligheten i ett avtalsförhållande.³⁰⁶ Därtill är faktumet att avtalet är uppgjort av ensidigt utarbetade standardvillkor i sig ett argument för att oskälighet förekommer.³⁰⁷ Sammantaget ger dessa omständigheter uttryck för en snedfördelning i maktförhållandet som påverkar avtalsparternas förhandlingsposition. Ifall det förekommer en snedfördelning i avtalsparternas förhandlingsposition, så kan denna omständighet oftast innebära att det råder en obalans i avtalsförhållandet och att oskälighet i avtalsinnehållet förekommer.

I ljuset av dessa omständigheter förefaller det ganska klart att ett slutavtalsförhållande mellan en spelare och spelutvecklare för med sig en stor sannolikhet för att det förekommer oskälighet. Detta grundar sig åtminstone på följande omständigheter:

- i) villkoren i slutanvändaravtalet är ensidigt uppgjorda av spelutvecklaren (förekomsten av standardvillkor)
- ii) som bolag har spelutvecklare vanligtvis en starkare ekonomisk position i förhållande till spelaren, som är en privat person (snedfördelning i den ekonomiska maktpositionen)
- iii) spelutvecklaren har i egenskap av professionell aktör inom spelindustrin oftast mera sakkunskap och expertis till sitt förfogande i jämförelse med spelaren (snedfördelning i sakkunskap).

Alla dessa omständigheter talar för att det förekommer en snedfördelning i avtalsbalansen till förmån för spelutvecklaren. Förekomsten av dessa förutsättningar kan givetvis alltid i det enskilda fallet motbevisas. Den omständighet som är mest diskutabel av dessa tre är den sista,

³⁰⁶ Hemmo 2003, s. 57 och 64–71. I förarbetena till AvtL nämns det att avtalsparternas kunskaper och färdigheter samt ekonomiska relationer är omständigheter som alltid skall beaktas (RP 247/1981, s. 14). Tanken bakom detta är att motpartens svagare ställning vanligtvis leder lättare till ett oskäligt slutresultat (Mononen 2001, s. 335).

³⁰⁷ RP 247/1981, s. 16. Se även Aurejärvi 1979, s. 732–735 och Pöyhönen 1988, s. 298–299. Enligt *Aurejärvi* föreligger det en viss presumtion för att ensidigt uppgjorda avtalsvillkor är ensidiga till sitt innehåll till förmån för den som uppgjort dem (Aurejärvi 1979, s. 735).

dvs. nivån på kunskapen och expertisen. Spelarna är nödvändigtvis inte alltid i en underlägsen ställning i förhållande till spelutvecklaren. Det är t.ex. värt att notera att domstolen i *Davidson & Associates-målet* från USA fäste särskild uppmärksamhet i det faktumet att spelmodifierarna i fallet hade en stor kunskap inom området och var väl insatta i den slutanvändaravtalspolicy som spelutvecklaren tillämpade.³⁰⁸ Mot bakgrund av att spelmodifierare vanligtvis besitter en mera djupgående kunskap och expertis inom området än den genomsnittlige spelaren, så är det ett argument som kan tänkas tas i beaktande även i övriga fall. Överlag så ger de utomkontraktuella omständigheterna i förhållande till ett slutanvändaravtal dock uttryck för en sådan snedfördelning i maktförhållandet mellan spelarna och spelutvecklaren som kan utgöra en grund för jämkning, ifall det går att påvisa att det råder en *uppenbar obalans* i avtalsförhållandet.

4.4 Sammanfattande slutsatser om verkställandet av slutanvändaravtal

Ett slutanvändaravtal för videospel ålägger vanligtvis spelarna att upplåta (antingen genom en exklusiv eller icke-exklusiv licens) eller överlåta rättigheterna till sina modifieringar som de skapat inom ramen för videospalet till spelutvecklaren. Giltigheten i förfarandet där upphovsrätt till spelmodifieringar förvärvas med slutanvändaravtal kan granskas både utifrån *formella* och *materiella* kriterier. Båda dessa utgångspunkter skiljer sig åt från varandra angående vilka förutsättningar som måste uppfyllas för att en upphovsrättslig överlåtelse ska kunna verkställas.

Till den formella avtalsbundenheten följer av den allmänna rättsliga doktrinen rörande standardavtal vissa *formella kriterier* om införlivande av standardvillkor, vilket kan gälla villkoren i sin helhet eller enskilda villkor. I regel blir standardvillkor bindande för en motpart ifall han eller hon haft en faktisk möjlighet att bekanta sig med villkoren före avtalsslutet.³⁰⁹ Trots detta kan enskilda villkor däremot bli åsidosatta i enlighet med läran om överraskande och tyngande villkor. För att överraskande och tyngande villkor ska bli bindande för

³⁰⁸ Se fotnot 212 ovan.

³⁰⁹ Se kapitel 4.2.2 ovan.

motparten krävs det att han blivit *särskilt uppmärksam* på dem på ett sätt som *konkret förbättrar motpartens kunskapsnivå* om dem.³¹⁰

Därtill kan giltigheten i en överlåtelse med ett slutanvändaravtal bli föremål för en bedömning utgående från det *materiella avtalsinnehållet*. Detta förverkligas utgående från jämkningsbestämmelsen i 29 § URL (tillsammans med den generella jämkningsbestämmelsen i 36 § AvtL), som ger domstolarna en frihet att jämka villkor som är oskäligen eller ifall tillämpningen av dem skulle leda till oskälighet.³¹¹ Skälighetsbedömningen görs alltid på basis av en *helhetsbedömning* där alla omständigheter i fallet tas i beaktande. I rättslitteraturen framgår det att både avtalsinterna och avtalsexterna omständigheter alltid måste ligga för handen för att oskälighet ska anses kunna uppstå.³¹² Vanligtvis ger de avtalsexterna omständigheterna kring ett slutanvändaravtal stöd för förekomsten av oskälighet. Detta grundar sig på att villkoren i ett slutanvändaravtal är ensidigt uppgjorda och att spelutvecklarens ekonomiska och kunskapsmässiga övertag ger uttryck för ett snedvridet maktförhållande som vanligtvis präglar förhållandet mellan spelarna och spelutvecklarna.³¹³ För att jämkning av ett överlåtelsevillkor i ett slutanvändaravtal ska komma ifråga måste det råda en betydande obalans mellan spelutvecklarens och spelarens skyldigheter och rättigheter gentemot varandra. I denna uppsats har jag argumenterat för att villkor som berör överlåtelse av spelmodifieringar ska granskas utgående från hur långtgående överlåtelse det är frågan om (icke-exklusiv licens, exklusiv licens eller överlåtelse) och vilka spelarskapade modifieringar villkoret omfattar, såväl som värdet på modifieringarna som spelutvecklaren erhåller rättigheterna till. I detta avseende är det viktigt att särskilja de upphovsrättsligt skyddade uttrycksformerna i en modifiering från idéerna i dem, i vilka största delen av värdet vanligtvis ligger i.

De formella och materiella kriterierna för ett avtals giltighet skiljer sig åt från varandra med avseende på vilka följderna är av att inte uppfylla de uppsatta kriterierna för dem. Villkor

³¹⁰ Se kapitel 4.2.3 ovan.

³¹¹ Se kapitel 4.3.1 ovan.

³¹² Se kapitel 4.3.2 ovan.

³¹³ Se kapitel 4.3.4 ovan.

som inte uppfyller de formella kraven på införlivande är inte bindande.³¹⁴ Antingen så är villkoret bindande eller så är det inte bindande, och fungerar på så vis på en ganska simpel nivå. I motsats till detta är följderna av jämkning mera mångfacetterat. Om villkoren inte håller sig inom måttet för de materiella kriterierna så leder det till jämkning. En domstol kan jämka ett avtal med allt från 0 till 100 procent.³¹⁵ Domstolarna behöver dock inte nöja sig här, utan de kan även gå längre än så, och jämka avtalet så att de harmonierar tillräckligt med vad som kan anses skäligt sett till avtalet i sin helhet och utgående från omständigheterna i fallet med målet att återställa balansen i avtalsförhållandet.³¹⁶ Det här innebär i praktiken att det är omöjligt att exakt förutspå vad resultatet av en jämkning kommer att bli.

Skillnaden mellan formella och materiella kriterier kan även göra sig gällande på annat sätt. Det kan t.ex. påverka i vilken mån en spelutvecklare har möjlighet att åberopa s.k. tysta avtalsvillkor (implied licenses). Det talas ofta om att upphovsmannen får anses att ha implicit samtyckt till en viss begränsad användning av verket då han tillgängliggör det, särskilt via Internet (i en onlinemiljö).³¹⁷ Härav skulle det kunna tänkas vara möjligt att spelutvecklaren, i de fall då ett överlåtelse- eller upplåtelsevillkor inte lyckas med att bli införlivat i avtalet, kan hävda att en spelare genom att ha laddat upp en modifiering på spelplattformen gett sitt tysta godkännande för spelutvecklaren att nyttja verket inom en begränsad omfattning, såsom

³¹⁴ Däremot kan standardvillkor som inte blivit en del av avtalet påverka avtalsförhållandet. Även om standardvillkor inte införlivats i avtalet, så kan motparten i viss utsträckning, till sin egen fördel, åberopa någon förmån som dessa ”icke-införlivade” villkor erbjuder. Se Taxell 1972, s. 45 och Wilhelmsson 2008, s. 66

³¹⁵ Aho 1982, s. 528–529 och Pöyhönen 1988, s. 356.

³¹⁶ Detta gäller dock inte konsumentavtal som innehåller oskäligen villkor. Ett konsumentavtal kan inte förordnas att förfalla enbart på den grunden att balansen i avtalsförhållandet ändras till näringsidkarens nackdel på grund av att villkoret lämnas utan avseende och avtalet till övriga delar som sådant förblir i kraft (RP 230/2018, s. 29–30). Kravet på att villkoret ska fortsätta vara bindande grundar sig delvis på artikel 6.1 i oskälighetsdirektivet. När skälighetsbedömningen grundar sig på direktivet om oskäligen villkor, leder ett avtalsvillkors oskälighet till att villkoret förlorar sin giltighet, dvs. att avtalsvillkoret lämnas utan avseende medan avtalet i övrigt förblir i kraft med de tidigare villkoren. Domstolen ska alltså endast lämna ett oskäligt avtalsvillkor utan tillämpning, och får i princip inte ändra innehållet i villkoret. Syftet med en sträng påföljd är att redan på förhand hindra näringsidkare att i standardavtal använda villkor som är oskäligen för konsumenterna (RP 230/2018, s. 10).

³¹⁷ Lindberg – Westman 2001, s. 285. Se även Pihlajarinne 2012a, s. 222 ff. Allmänt om doktrinen gällande ”tysta avtal” i USA Fischman Afori 2009, s. 276–287 och Sieman 2007, s. 898–906. Gällande Internet som en ”opt-out miljö” och de motstridigheter det innebär upphovsrättsligt, se Sieman 2007, s. 889–893. Denna typ av licens kan endast sträcka sig till rimliga och transparenta nyttjanderättigheter. Se Pihlajarinne 2012c, s. 700–701 och Hetcher 2008, s. 866. Vid tysta viljeyttringar så är de exakta gränserna för överlåtandet oklara och kan leda till orimliga slutresultat för upphovsrättsinnehavaren. För att undvika att ”tyst medgivande” blir en formell utgångspunkt på Internet, så är det skäl att iaktta försiktighet vid dess tillämpning. Se Pihlajarinne 2012a, s. 238 Klein 2008, s. 480. *Seshadri* förespråkar att det skulle vara ett bättre alternativ att staka ut gränserna för ”tysta avtal” med hjälp av teknologiska begränsningar istället för att förlita sig på lagen (*Seshadri* 2007, s. 30).

t.ex. att göra serverkopior och tillgängliggöra spelinnehållet på spelplattformen. Däremot är det mindre troligt att ett åberopande av ett tyst avtal skulle kunna fungera som ett medel för att omintetgöra sådana oskäligen villkor som redan har blivit föremål för jämkning.

Mot bakgrund av detta går det att argumentera för att bestämmelserna om standardavtal och jämningsmöjligheten vad beträffar det materiella avtalsinnehållet i upphovsrättsliga överlåtelse innebär vissa begränsningar i själva förfarandet att förvärva spelarskapade modifieringar med slutanvändaravtal. Det är dock osäkert ifall dessa begränsningar är tillräckliga för att på ett effektivt sätt kunna motverka en sådan exploatering som lätt kan uppstå i skeva och ojämlika avtalsförhållanden, såsom i fallet mellan spelare och spelutvecklare. Existensen av en jämningsmöjlighet har närmast en preventiv effekt i de mest uppenbart oskäligen förhållandena. *Guibault* har t.ex. hävdade att det förekommer en ökande tendens att betrakta clickwrap-licenser som allmänt giltiga och verkställbara inom europeisk kontraktsrätt.³¹⁸ Även om det inte med säkerhet går att fastställa hur läget är i Finland, särskilt med tanke på den sparsamma rättspraxis som berör jämkning av upphovsrättsliga överlåtelse, så är det väldigt sannolikt att domstolarna i Finland skulle godkänna slutanvändaravtalsvillkor ifall de uppfyller de uppställda minimikraven på införlivande som behandlats tidigare.³¹⁹ Finska domstolar har därtill inte visat sig vara så jämningsvänliga när det kommer till upphovsrättsliga överlåtelse, vilket klart bevisas av de fåtal rättsfall som faktiskt har lett till jämkning.³²⁰ Mot bakgrund av detta är det rimligt att anta att domstolarna inte skulle vara så villiga att avfärda giltigheten i en upphovsrättslig överlåtelse med ett slutanvändaravtal, förutom i de mest uppenbart oskäligen fallen.

Därtill är det sannolikt att processuella risker *de facto* hindrar spelarna från att utmana oskäligheten i ett slutanvändaravtal. Privata personer drar sig vanligtvis från att gå till

³¹⁸ Guibault 2006, s. 97 och s. 100. Detta var dock skrivet år 2006, så mycket har hunnit ändrats sedan dess. Redan år 2012 skrev *Rustad* och *Onufrio* att USA-liknande ensidiga slutanvändarlicenser (Terms of Service) kommer att vara under lupp inom EU och övriga länder med en annorlunda rättstradition än den amerikanska (*Rustad – Onufrio* 2012, s. 1085).

³¹⁹ Se fotnoterna 309–310 ovan.

³²⁰ I lagförslaget till upphovsrättslagen framgår det att rättshandlingslagens 36 § har tillämpats på upphovsrättsliga överlåtelse i endast tre domstolsavgöranden; i ett fall i tingsrätten och i två fall i marknadsdomstolen (RP 181/2014, s. 20).

domstol mot storföretag, såsom spelföretag i det här fallet. En enskild spelare kan tänkas att undvika att starta en rättsprocess gällande ett oskäligt överlåtelsevillkor på grund av rädsla för kostnaderna och den processrisk det innebär.³²¹ Den ringa rättspraxis som förekommer på området kastar även en lång skugga över sannolikheten att lyckas i ärendet, vilket ytterligare kan avskräcka en spelare från att ta ärendet till domstol, även om en spelare är övertygad om att spelutvecklaren överträtt sina befogenheter. Detta kan leda till att spelare avstår från att tillvarata sina intressen även i situationer där de skulle ha haft en rimlig möjlighet till framgång. Den låga sannolikheten för ett domstolsingripande kan samtidigt också leda till en situation där spelutvecklarna börjar påföra ännu strängare överlåtelsevillkor, eftersom de inte har någonting att förlora på det.

Å andra sidan är det möjligt att sådana situationer, som annars med hög sannolikhet skulle leda till ett oskäligt resultat, handskas med på ett sätt som står utanför slutanvändaravtalet. I vissa fall förekommer det att spelutvecklare samarbetar med spelmodifieringsteam med målet att göra särskilt framgångsrika spelmodifieringar till kommersiella videospel. Såsom nämndes tidigare i uppsatsen, så brukar spelutvecklare utnyttja modifieringssamhället genom att plocka ut de bästa modifieringarna i syfte att vidareutveckla och anpassa dem för att sedan ge ut dem som fristående officiella spelutgåvor.³²² I de sammanhang, då modifieringar har valts att inkluderas i spelet, så är det vanligt att spelutvecklarna i efterhand rekryterar de spelare som skapat dessa modifieringar och ger dem en anställning i spelbolaget.³²³ I dessa fall är de ekonomiska intressena för båda parterna så stora att de upphovsrättsliga överlåtelseerna sköts på ett som är mera anpassade efter omständigheterna i fallet.

På det hela taget framstår det som att spelutvecklare åtnjuter en relativt stor frihet att kräva upphovsrättsliga över- och upplåtelser till spelmodifieringar från spelare med slutanvändaravtal, så länge de iakttar de formella kriterierna och undviker att det uppstår alltför uppenbart oskäliga situationer. Med andra ord innebär det här att spelutvecklarnas

³²¹ Se Oesch 2009, s. 542–543. Det som ytterligare kan tänkas höja tröskeln för att föra ärendet till en domstolsprocess är det faktumet att det inte är möjligt att begära utlåtanden av upphovsrättsrådet om upphovsrättsliga överlåtelser. Se även Wilhelmsson 2008, s. 167–168.

³²² Se fotnot 23 ovan.

³²³ Kücklich 2005 under ”The Economy of modding,” där det framgår att modifieringsscenen används som en rekryteringsplattform av skickliga och talangfulla modifierare för spelindustrin. Ett exempel på detta är att många medlemmar av modifieringssamhället till Cyberpunkt 2077 rekryterades av CD Projekt. Om detta, se <https://www.techdirt.com/articles/20210831/11341747475/make-it-trend-more-modders-get-hired-developers-this-time-cd-projekt-red.shtml> (senast besökt 2.12.2021).

praxis att förvärva rättigheter till spelmodifieringar med slutanvändaravtal är fullkomligt godtagbart i finsk upphovsrätt och kan endast utmanas i de mest uppenbart oskäligen fallen. Dock så är det diskutabelt ifall detta ger uttryck för en rättvis policy. I det följande kommer jag därför att diskutera detta närmare.

5 Slutdiskussion och lösningsmodeller

5.1 Sammanfattning av uppsatsen

Denna avhandling har diskuterat kring fenomenet spelmodifiering – dvs. skapandet av innehåll till datorspel. Spelmodifieringar omfattar en myriad olika typer av spelarskapade alster som är förknippade med ett videospel. Modifiering som skapandeverksamhet innefattar många olika möjligheter för spelarna att bidra till ett videospel med eget skapat innehåll. Vid modifiering kan spelarna antingen bearbeta redan befintligt spelinnehåll eller skapa helt nytt spelinnehåll. Detta kan förverkligas antingen med funktioner som är inbyggda i spelet eller med hjälp av modifieringsverktyg.³²⁴

Jag har till att börja med utrett ifall modifieringar enligt finsk upphovsrättslig lagstiftning kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd, och därefter utrett ifall de kan åtnjuta ett självständigt skydd i förhållande till originalspelet. Då det saknas närmare bestämmelser på området, så måste de allmänna upphovsrättsliga principerna vara gällande för det upphovsrättsliga skyddet av modifieringar på precis samma sätt som för övriga verk. På så sätt kan upphovsrätt till en modifiering uppstå ifall den utgör spelarens egen intellektuella skapelse. De väsentliga grunderna för att kunna uppnå originalitetskravet handlar om upphovsmannens frihet att göra kreativa val. Originalitet kan *prima facie* uppstå för både spelinbyggda modifieringar och övriga modifieringar. Dock så kan spelinbyggda funktioner oftast vara så begränsade att sannolikheten till originalitet är svåruppnåbar. Spelmodifieringar kan omfatta många olika delar av spelet. De vanligaste typerna är avatarer, estetiska omvandlingar i form av audiovisuella inkluderingar, spelobjekt, spelnivåer, källkod, machinima och gamics. Även om det är fullt möjligt att originalitetskravet kan uppnås i samband med skapandet av

³²⁴ Se allmänt kapitel 1.1.2 ovan.

modifieringar, så behöver detta nödvändigtvis inte alltid vara fallet. I många fall kan uppnåendet av originalitetskravet begränsas av tekniska faktorer eller av att spelaren inte haft ett tillräckligt stort kreativt utrymme. Därtill hamnar många innovativa och värdefulla inslag i spelmodifieringar, såsom olika spelupplägg som bygger på funktioner, spelmekanik, idéer och funktionsprinciper utanför skyddsområdet av upphovsrätten.

Vid modifiering är det möjligt att skapa både originalverk och härledda verk. En modifiering kan utgöra ett härlett verk antingen i form av en bearbetning enligt 4.1 § URL eller som ett samlingsverk enligt 5 § URL. Tillämpningen av 5 § URL på modifieringar är främst begränsad till fall där spelaren skapar en ny spelnivå genom att välja och kombinera befintliga speltillgångar. Det vanligaste är dock att modifieringar betraktas som härledda på basen av 4.1 § URL. Huruvida en modifiering skyddas som ett självständigt verk avgörs i enlighet med tillämpning av en *likhetsbedömning*. Det här innebär att en modifiering av en spelkaraktär, ett spelobjekt eller någon annan beståndsdel utgör ett härlett verk ifall det hos betraktaren väcker en likhetsupplevelse. Så länge som videospelet endast fungerat som en källa för inspiration vid skapandet så är modifieringen att betrakta som ett självständigt verk. I det här sammanhanget har jag hävdad att det saknar upphovsrättslig betydelse att spelaren åstadkommit modifieringen med hjälp av modifieringsverktyg som tillhandahålls av spelutvecklaren eller att modifieringen drivs av spelmotorn.³²⁵

I de fall upphovsrätt till modifieringar uppstår, så strävar spelutvecklaren efter att förvärva rättigheterna till dessa med villkor om över- och upplåtelse.³²⁶ För att underlätta hanteringen av spelplattformen har spelutvecklarna oftast ett praktiskt behov av att få rättigheter till modifieringar, särskilt då mängden spelarskapade alster är stor.

Gällande rättighetsförvärven, så har jag kartlagt både de formella och materiella villkoren som måste uppfyllas för att upphovsrätt till modifieringar ska kunna övergå med ett slutanvändaravtal. De formella kriterierna kan härledas från den allmänna doktrinen om

³²⁵ Se allmänt kapitel 3 ovan.

³²⁶ Se allmänt kapitel 4.1 ovan.

standardavtal, där den centrala frågan handlar om införlivandet av villkor i ett enskilt avtal. För att införlivande ska kunna äga rum, och därmed bindande för motparten, krävs det att motparten haft en faktisk möjlighet att bekanta sig med villkoren före avtalsslutet. Ifall ett villkor om upphovsrättslig överlåtelse betraktas som överraskande och tyngande, så krävs det att spelutvecklaren vidtar åtgärder för att göra spelaren medveten om detta på ett sätt som konkret förbättrar spelarens kunskapsnivå om innehållet i den.³²⁷

Gällande avtalsinnehållet, så kan en upphovsrättslig överlåtelse jämkas utgående från 29 § URL. Detta är fallet då ett villkor anses vara oskäligt. Bedömningen av oskälighet ska alltid göras utgående från en helhetsbedömning. När det gäller slutanvändaravtal, så kan jämkning anses komma ifråga då slutanvändaravtalet ger uttryck för en betydande obalans. Vid bedömningen av vilken påverkan en överföring av upphovsrätt har på balansen i ett slutanvändaravtal, så har jag hävdad att typen av överföring, dvs. är det frågan om en över- eller upplåtelse, och omfattningen av överföringen, dvs. vilka alla modifieringar är föremål för överföring, ska tas i beaktande. Därutöver kan oskälighet förekomma då modifieringen påvisar ett exceptionellt högt värde, och rättigheterna till denna övergår helt och hållet till spelutvecklaren med alla de fördelar det innebär utan att spelaren erläggs någon ersättning.³²⁸

Även om både de formella och materiella kriterierna kan ställa vissa begränsningar för rättsförvärv med slutanvändaravtal, så kan spelutvecklarnas förfarande att förvärva rättigheter till spelmodifieringar på detta sätt sannolikt anses som fullkomligt godtagbart i finsk upphovsrätt. Det här beror dels på att det är högst sannolikt att finska domstolar överlag erkänner verkställandet av standardvillkor och dels på att finska domstolar har visat sig väldigt ovilliga att tillämpa jämkning på upphovsrättsliga överlåtelseavtal. Dessa två faktorer tillsammans med övriga processuella hinder som grundar sig på spelarens generellt sett svaga position i förhållande till spelutvecklaren är ägnat åt att höja tröskeln för en spelare att kunna få sin sak prövad i domstol mot ett spelbolag. Däremot behöver detta nödvändigtvis inte betyda att en spelare är helt och hållet utan rättsligt skydd. Bland annat så är det troligt att

³²⁷ Se allmänt kapitel 4.2.3 ovan.

³²⁸ Se allmänt kapitel 4.3.3 ovan.

det i de mest uppenbart oskäligen fallen, såsom t.ex. då en spelutvecklare ämnar förvärva alla rättigheter till en totalomvandling genom verkställande av slutanvändaravtalet, hanteras på andra sätt, såsom t.ex. att spelutvecklaren i efterhand anställer en särskilt talangfull modifierare.³²⁹

5.2 Diskussion om olika lösningsmodeller

I denna uppsats har jag hävdade att spelarskapade modifieringar kan utgöra intellektuella skapelser enligt finsk upphovsrätt. Spelmodifieringar kan antingen skyddas som härledda verk eller som självständiga verk i förhållande till originalspelet.³³⁰ Därtill har jag granskat giltigheten i den praxis som spelutvecklarna tillämpar i syfte att förvärva spelarskapade modifieringar med ensidigt uppgjorda standardvillkor i sina slutanvändaravtal och kommit till slutsatsen att det inte finns några direkt trängande behov att ifrågasätta denna typ av förfarande utgående från den finska doktrinen om standardvillkor och jämkning av oskäligen avtalsvillkor.³³¹ Även om spelarna i stor utsträckning kan bidra med originella uttrycksformer till utvecklarnas spelprodukter, så tycks det på grundval av de överväganden som presenterats i denna avhandling förefalla som att spelutvecklarna åtnjuter en stor frihet att bestämma över ödet för de upphovsrättsliga intressena till dessa.

Det är av grundläggande vikt för en upphovsman att ha förmågan att kunna bibehålla en tillräcklig kontroll över de upphovsrättsliga alster han skapat, även då de förekommer i ett digitalt landskap. Endast då har en upphovsman en verklig möjlighet att kräva en skälig ersättning för det ekonomiska utnyttjandet av hans verk.³³² Upphovsmannens rätt till skälig ersättning är en viktig hörnsten i upphovsrätten.³³³ Det följer även av punkt 10 i ingressen till InfoSocdirektivet (2001/29/EG) att upphovsmännen till ett verk ska erhålla en skälig ekonomisk ersättning för utnyttjandet av sina verk och att ett tillfredsställande rättsligt skydd

³²⁹ Se kapitel 4.4 ovan.

³³⁰ Se kapitel 3 ovan.

³³¹ Se kapitel 4 ovan.

³³² OKM 2010:9, s. 18 och s. 35.

³³³ Se SOU 2010:24, s. 137. Enligt delbetänkandet bör en upphovsman i princip alltid få en del av intäkterna för det kommersiella utnyttjandet av hans eller hennes verk.

är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och möjliggöra en tillfredsställande avkastning på investeringarna.³³⁴ Detta sammanhänger med upphovsrättens centrala syfte, dvs. att belöna upphovsmannen för sin skapande insats, vilket även hänvisats till i EU-domstolens praxis ett flertal gånger.³³⁵

Mot denna bakgrund måste det då frågas ifall det är skäligt i ljuset av upphovsrättens syften och målsättningar att en spelutvecklare på ett oberättigat sätt kan förvärva värdefullt innehåll från spelarna helt efter eget gottfinnande. Ett sådant förfarande innebär nämligen att skaparna av dessa verk oftast blir helt utan skälig ersättning, eller får ingen ersättning alls. Det går visserligen att hävda att upphovsmannens exklusiva rätt till sitt verk tillsammans med avtalsfriheten garanterar upphovsmannen en möjlighet att kräva ersättning, ifall han så önskar.³³⁶ Detta ger dock inte en rättvis bild av de verkliga förhållandena som råder vid överlåtelse av spelmodifieringar. I praktiken är spelarna begränsade till valet att antingen avstå från att bidra med spelarskapat innehåll eller bidra med spelarskapat innehåll på spelutvecklarens villkor.

Som nämnts tidigare, har det för närvarande föreslagits en ändring av 29 § URL. Enligt lagförslaget kommer jämningsbestämmelsen i 29 § URL att kompletteras med en uttrycklig hänvisning till att det vid bedömningen av oskäligheten ska fästas uppmärksamhet också vid verkets kommersiella värde och sättet att bestämma ersättningen samt upphovsmannens bidrag i skapandet av verket som helhet.³³⁷ Syftet med lagförslaget är bland annat att implementera artikel 18 i DSM-direktivet (EU/2019/979).³³⁸ Ett av de främsta målen med DSM-direktivet är att skydda upphovsmän och utövande konstnärer när de överlåter och licensierar sina rättigheter. I Artikel 18 i nämnda direktiv fastställs principen om lämplig och

³³⁴ Punkt 10 i ingressen till Infosocdirektivet.

³³⁵ Se bland annat punkt 40 i *Infopaq*, punkt 37 i *Peek & Cloppenburg*, punkt 37 i *SGAE*, punkterna 108–116 och 186 i *Football Association Premier League*, punkt 63 i *UsedSoft*, punkterna 47–48 i *Art & Allposters* och punkt 109 i *Luksan*.

³³⁶ Se OKM 2010:9, s. 36.

³³⁷ VN/2245/2020, s. 35.

³³⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG (DSM-direktivet).

proportionell ersättning. Av skäl 73 i DSM-direktivet framgår det att när ersättningen bestäms ska man beakta upphovsmannens bidrag till verket i sin helhet och alla andra omständigheter i det enskilda fallet, till exempel praxis på marknaden eller det faktiska utnyttjandet av verket. I lagförslaget till URL föreslås också införande av en ny paragraf som innehåller bestämmelser om kommersiellt utnyttjande av ett verk.³³⁹ I korthet innebär den föreslagna paragrafen (30 § redovisning om kommersiellt utnyttjande av verk) att den ursprungliga upphovsmannen har en rätt att i den form och i den omfattning som god sed kräver få en redovisning om kommersiellt utnyttjande av ett verk av den till vilken upphovsmannen har överlåtit sina rättigheter. Med upphovsman avses den som har skapat verket.³⁴⁰ I och med de föreslagna ändringarna skulle jämkningsbestämmelsen bättre motsvara artikel 18 i DSM-direktivet, som förutsätter att ersättningarna är skäliga från början, och artikel 20 i direktivet, som gäller jämkande av ersättningar i efterhand på grund av förändrade omständigheter.³⁴¹

Det nämnda lagförslaget skulle kunna medföra att spelutvecklarna börjar utforma över- och upplåtelsevillkoren i sina slutanvändaravtal på ett sätt som gör det möjligt att ta i beaktande framtida ekonomisk ersättning för spelarskapat innehåll. Principen om lämplig och proportionell ersättning är nämligen tänkt att ha inflytande och att vägleda avtalsparterna när upphovsrättsliga avtal förhandlas.³⁴² Det föreslagna ändringarna till jämkningsbestämmelsen skulle kunna förbättra på spelarnas möjligheter att erhålla ett skäligt vederlag, särskilt i situationer då de överlåter modifieringar som visar sig bli väldigt ekonomiskt framgångsrika.

Frågan är då vad som ska utgöra skälig ersättning. Såsom nämns i lagförslaget, så kan det i vissa fall vara svårt att fastställa verkets kommersiella värde. Detta gäller särskilt för spelmodifieringars del, vars kommersiella värde oftast blir fastställt långt senare efter att produktionen av den har börjat.³⁴³ Vid kommersialiseringen av modifieringar så borde den

³³⁹ VN/2245/2020, s. 36.

³⁴⁰ VN/2245/2020, s. 36.

³⁴¹ VN/2245/2020, s. 36.

³⁴² Xalabarder, s. 10.

³⁴³ Se fotnot 294 ovan.

ekonomiska kompensationen vara beroende av hur mycket det användarskapade spelinnehållet ekonomiskt genererar och den genererade inkomsten skulle fördelas mellan både spelutvecklaren och spelaren.³⁴⁴ Det är dock värt att ta i beaktande att jämningsbestämmelsen är avsedd som ett skydd för de mest uppenbart oskäligen situationerna. Det här innebär att den föreslagna ändringen i jämningsbestämmelsen skulle bli tillämplig främst i sådana situationer där slutanvändaravtalsvillkoren vad gäller den ekonomiska ersättningen skulle stå i ett uppenbart missförhållande till förtjänsterna av nyttjandet av verket.

Eftersom domstolarna dock inte har visat sig så jämningsvilliga så skulle det i detta avseende även finnas skäl till att överväga ifall det borde införas en dispositiv bestämmelse i URL som skulle försäkra upphovsmannens rätt till skälig ersättning vid över- och upplåtelse av upphovsrätt. I Sverige har den svenska upphovsrättskommittén i ett delbetänkande som gällde behovet att ändra bestämmelserna om upphovsrättens övergång i den svenska upphovsrättslagen föreslagit ett införande av en generalklausul om ekonomisk ersättning.³⁴⁵ I Sverige har föreslagits ett införande av en allmän avtalsrättslig bestämmelse om rätt till ersättning skulle införas i den svenska upphovsrättslagen. En sådan bestämmelse skulle kunna ha gynnsamma effekter för innehållsskapare generellt sätt. Det är här värt att notera att både i läran om stränga villkor och i skälighetsbedömningen tillämpas dispositiva bestämmelser som en måttstock då man avgör strängheten och skäligheten i villkoren.³⁴⁶ På detta sätt kan dispositiva bestämmelser få ”semi-indispositiva” drag, mot vilka det går att avtala bort från endast då det finns sakliga skäl för det.³⁴⁷ En införelse av en bestämmelse om rätt till lagstadgad ekonomisk ersättning skulle innebära att den som använder villkor som avviker från den bestämmelsen skulle behöva ha sakliga skäl för att undvika att oskäligen situationer uppstår.

³⁴⁴ Se allmänt om fastställandet av värdet i modifieringar i Poretski – Arazy 2017.

³⁴⁵ SOU 2010:24, s. 137. Enligt upphovsrättskommittén skulle en sådan bestämmelse medföra att det blir nödvändigt för parterna att förelse ersättningsfrågan på tal i avtalsförhandlingarna.

³⁴⁶ Se fotnoterna 254 och not 291 ovan.

³⁴⁷ Mononen 1988, s. 308 och Hemmo 2003, s. 60.

Ett införande av generella bestämmelser om ekonomisk ersättning skulle dock ha sina nackdelar. Det förekommer nämligen många situationer där upphovsrättsliga överlåtelser av användarskapat innehåll i digitala miljöer sker helt utan ekonomisk kompensation.³⁴⁸ Precis som med den föreslagna ändringen i jämningsbestämmelsen, så skulle dispositiva ersättningsbestämmelser i de flesta fall utgöra ett undantag. Därtill nöjer sig många spelmodifierare oftast med icke-monetära belöningar, såsom erkännande från övriga spelare eller bara möjligheten att få skapa någonting nytt.³⁴⁹ Förekomsten av lagstadgade ersättningsbestämmelser skulle i dessa fall ”tvinga” spelarna att avstå från sin rätt till skälig ekonomisk ersättning. En annan sak att ta i beaktande är att spelare vanligtvis inte är villiga att betala för spelmodifieringar. Ett exempel på detta är då Valve Corporation erbjöd sina användare en möjlighet att sälja och marknadsföra sina modifieringar via tjänsten Steam Workshop.³⁵⁰ Denna affärsmodell visade sig dock vara långt ifrån lyckad och fick mycket kritik från spelarnas sida.³⁵¹

Mot bakgrund av att spelmodifierare generellt sett inte har några kommersiella intressen i relation till spelmodifiering, samt att spelarbasen inte har visat sig så villig att betala för modifieringar, så kan man fråga sig ifall oron över kommersialiseringen av spelmodifieringar är något överskattad. I detta sammanhang kan man även fråga sig om tröskeln för att få upphovsrätt är alltför lågt ställd. I det nuvarande upphovsrättsliga systemet uppstår ett upphovsrättsligt skydd till alla verk som utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse.³⁵² Det här innebär att upphovsmannen direkt på basis av lagen tilldelas en uteslutande rätt, dvs. både ekonomiska och moraliska rättigheter, till sina verk. Om man då tar i beaktande att de flesta spelmodifierare inte har något intresse i de ekonomiska rättigheterna till sina verk, så innebär det att det skulle uppstå onödiga transaktionskostnader till följd av att de ekonomiska rättigheterna skilt skulle behöva överlåtas från spelmodifierare till spelutvecklare. Av denna anledning bör det sökas efter mera flexibla lösningsmodeller.

³⁴⁸ OKM 2010:9, s. 37.

³⁴⁹ Se fotnot 7 ovan gällande spelarnas syften till att modifiera.

³⁵⁰ Se <https://www.pcworld.com/article/2914235/valve-now-allows-devs-to-charge-for-steam-workshop-mods-community-riots.html> (senast besökt 2.12.2021).

³⁵¹ Se bland annat Rosen 2018, s. 283–284.

³⁵² Se kapitel 3.2.2 ovan.

Ett alternativ skulle vara att införa Creative Commons-licenser eller Copyright 2.0 i enlighet med vad *Ricolfi* föreslår. Kännetecknande för dessa flexibla alternativ är att enbart vissa rättigheter förblir hos upphovsmannen, medan andra rättigheter tilldelas endast ifall upphovsmannen uttryckligen begär detta.³⁵³ I en icke-monetär modifieringsmiljö skulle denna lösningsmodell troligen inte minska på spelarnas incitament att skapa kreativa verk i spelvärlden.

Såsom situationen ser ut i nuläget, så måste spelutvecklarna bära de risker som kan medfölja av misslyckade rättighetsöverlåtelser. Implementeringen av artikel 18 i upphovsrättslagens jämkningsbestämmelse kan även leda till en ökning av denna risk, då det ger domstolarna mera spelrum i jämkningsfrågan. Som en motvikt till den låga tröskeln för att erhålla upphovsrätt samt för att underlätta riskerna med upphovsrättsliga överlåtelser, så kan domstolarna dock känna sig tvungna att hålla en någorlunda avvaktande inställning till jämkningsfrågan när det gäller upphovsrättsliga överlåtelser som i övrigt kan anses som aningen ifrågasättande. Ifall domstolarna skulle bli mera jämkningsvänliga, så kan det leda till att affärsmodeller som förlitar sig på decentraliserad innehållsproduktion, såsom spelmodifiering, minskar i attraktivitet eller blir helt olönsamma, vilket i slutändan inte gynnar någondera.³⁵⁴ För att i en sådan situation kunna upprätthålla det kreativa innehållsskapandet som förekommer i en decentraliserad digital miljö, så skulle det bli nödvändigt att förlita sig på oklara och skenbara avtalslicenser för att komma förbi de följder som oönskade upphovsrätter för med sig. I ljuset av detta bör det då frågas ifall det upphovsrättsliga systemet är till för- eller nackdel för spelmodifiering.

³⁵³ Se *Ricolfi* 2011.

³⁵⁴ I det här fallet syftar jag både på spelutvecklare, spelmodifierare och spelare. Då spelutvecklarnas verksamhet skulle bli mindre lönsam, så skulle modifierare få mindre chanser till att fullfölja sin skaparanda, samtidigt som spelarbasen skulle få mindre spelarskapat innehåll att konsumera.